

Sygn. akt: KIO 1888/18

WYROK

z dnia 4 października 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Poprawa
Anna Osiecka
Anna Packo**

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **2 października 2018 roku** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **10 września 2018 r.** przez odwołującego **M. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Drogowych i Komunalnych „Dromar”**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Zarząd Dróg Miejskich z siedzibą w Gliwicach**

przy udziale wykonawcy **J. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Konserwacji Terenów Zielonych J. W.**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz wykluczenie wykonawcy J. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Konserwacji Terenów Zielonych J. W. z postępowania w zakresie zadania nr 1, na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Prawo zamówień publicznych,**

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Zarząd Dróg Miejskich z siedzibą 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 **M. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Drogowych i Komunalnych „Dromar”** tytułem wpisu od odwołania;
- 2.2. zasądza od **zamawiającego Zarządu Dróg Miejskich z siedzibą w Gliwicach** na rzecz wykonawcy **M. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Drogowych i Komunalnych „Dromar”** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., 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 **Gliwicach**.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający - Zarząd Dróg Miejskich, ul. Płowiecka 31, 44-121 Gliwice prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zadanie pn.: „Oczyszczanie pasów drogowych na terenie miasta Gliwice w latach 2018-2020”. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w dniu 27 kwietnia 2018 r. w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej Nr 2018/S 082-184189, numer sprawy nadany przez Zamawiającego: ZDM.26.7.2018. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, o wartości zamówienia równej lub przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz.1579 z późn. zm.) zwaną dalej „ustawą” lub „Pzp”.

Dnia 20 września 2018 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę M. K. prowadzący działalność gospodarczą pn. Zakład Usług Drogowych i Komunalnych DROMAR M. K., ul. Gliwicka 25, 44-145 Stanica (zwanym dalej Odwołującym), wobec niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego w postępowaniu (w zakresie zadania nr 1 -) polegającej na:

- zaniechaniu wykluczenia J. W. prowadzącego działalność gospodarczą pn. Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J. W., ul. W. Łokietka 4, 41-933 Bytom (dalej: „ZUKTZ J. W.”),
- zaniechaniu odrzucenia oferty ZUKTZ J. W.,
- dokonaniu wyboru - jako oferty najkorzystniejszej, oferty złożonej przez ZUKTZ J. W. mimo że wykonawca ten podlega wykluczeniu, a ponadto nie złożył on oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

Według Odwołującego na skutek ww. działań i zaniechań Zamawiający dopuścił się naruszenia następujących przepisów ustawy:

1. art 24 ust. 1 pkt 16 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia ZUKTZ J. W. z postępowania pomimo, że wykonawca ten wprowadził (w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa) Zamawiającego w błąd, przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej i zawodowej w zakresie posiadanego doświadczenia, co stanowi naruszenie zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji;
2. ewentualnie art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia ZUKTZ J. W. z Postępowania w związku z tym,

że wykonawca ten przedstawił (w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa) informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego a powyższe miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, tj. na wybór oferty ZUKTZ J. W. jako najkorzystniejszej, co stanowi naruszenie zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji;

3. ewentualnie art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy ZUKTZ J. W. z uwagi na niewykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej dotyczącego doświadczenia, określonego w pkt 9.3. SIWZ i uznania oferty tego wykonawcy za odrzuconą, co stanowi naruszenie zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji;
4. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty złożonej przez Wykonawcę podlegającego wykluczeniu, która powinna zostać uznana za odrzuconą, i która nie jest ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu.

W związku z powyższymi naruszeniami Odwołujący wniósł o:

- uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności o oceny ofert oraz uznania, że ZUKTZ J. W. podlega wykluczeniu, a jego oferta podlega odrzuceniu;
- zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego od Zamawiającego na rzecz Odwołującego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, zgodnie z przedłożonym na rozprawie rachunkiem.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu niniejszego odwołania, przywołując poniższą argumentację.

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. Zgodnie z powyższym, aby wykonawca był legitymowany do wniesienia środków ochrony prawnej muszą łącznie wystąpić dwie przesłanki materialno-prawne wskazane w ww. przepisie:

- wykonawca musi posiadać interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz
- wykonawca poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Jakkolwiek, wyrokiem KIO z dnia 24.08.2018 r. o sygn. akt KIO 1600/18 Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołanie Odwołującego w zakresie zarzutu odnoszącego się do bezzasadnego odrzucenia Jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, to wyrok ten nie jest ostateczny, ani prawomocny. Odwołujący odebrał przedmiotowy wyrok w dniu 20.09.2018 r. (dowód: kopia podpisanej zwrotki potwierdzającej doręczenie wyroku KIO o sygn. akt KIO 1600/18 - Załącznik nr 6) i planuje złożyć skargę na przedmiotowe rozstrzygnięcie, na co - wedle przepisu art. 198b ust. 2 ustawy Pzp - ma 7 dni od daty doręczenia orzeczenia Izby, Powyższe jasno wskazuje, że decyzja o odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego nie wywiera skutków prawnych, bowiem nie jest ostateczna i prawomocna, a Odwołujący cały czas posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz może ponieść szkodę poprzez nieuzyskanie zamówienia i utracić korzyści, które mogłyby przyspaść mu w przypadku jego realizacji, na skutek wskazanych wyżej niezgodnych z przepisami ustawy Pzp działań i zaniechań Zamawiającego w niniejszym Postępowaniu. W wyniku uwzględnienia skargi przez sąd, Odwołujący może liczyć na zmianę wyroku i uwzględnienie odwołania w zakresie dotyczącym odrzucenia jego oferty, a w konsekwencji na uchylenie decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego i uzyskanie zamówienia.

Według Odwołującego, Jego oferta nie została ostatecznie odrzucona, a Odwołujący nie utracił w żadnej mierze przymiotu wykonawcy w niniejszym postępowaniu i przysługuje mu kwalifikowany możliwością poniesienia szkody interes w uzyskaniu zamówienia objętego niniejszym postępowaniem.

Odwołujący podkreśla, że prawidłowość argumentacji Odwołującego w kontekście posiadania interesu w kwestionowaniu wadliwych czynności i zaniechań Zamawiającego potwierdza orzecznictwo KIO. W swym orzecznictwie Izba przesądzała o braku interesu wykonawcy we wnoszeniu środków ochrony prawnej jedynie wówczas, gdy oferta danego wykonawcy została odrzucona na mocy wyroku KIO, a wykonawca nie zaskarżył swojego odrzucenia do sądu okręgowego i zakwestionował jedynie ponowny wybór jako najkorzystniejszej oferty konkurenta w postępowaniu. Takie rozumienie kwestii interesu przedstawione zostało w m.in. wyroku KIO z dnia 17.05.2018 r., KIO 840/18. w którym Izba wskazała:

„Rozpatrując odwołanie, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana jest ustalić czy zostały spełnione przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej określone w art. 179 ust. 1 Pzp, tj. czy podmiotowi wnoszącemu odwołanie przysługuje legitymacja procesowa do wniesienia odwołania. W postępowaniu o udzielenie zamówienia, którego dotyczy odwołanie złożono dwie oferty. Oferta Odwołującego, w wyniku wydanego w postępowaniu odwoławczym w sprawie o sygn. akt KIO 423/18 wyroku, została odrzucona, co przyznał sam Odwołujący w odwołaniu. Odwołujący, nie zakwestionował

ww. rozstrzygnięcia, tj. nie skorzystał z przysługującego mu prawa do zaskarżenia wyroku do sadu okręgowego. Zamawiający o wykonaniu wyroku i odrzuceniu oferty poinformował Odwołującego w dniu 18 kwietnia 2018r. W związku z powyższym, oferta Odwołującego została ostatecznie odrzucona, wobec czego Odwołujący nie bierze już udziału w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu o udzielenie zamówienia".

Mając na względzie ww. wyrok, wnioskując a contrario: skoro oferta Odwołującego nie jest ostatecznie odrzucona, to Odwołujący cały czas ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia i może ponieść szkodę na skutek niezgodnych z ustawą Pzp. decyzji zamawiającego, a tym samym ma interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ustawy Pzp.

Niezależnie od powyższego, Odwołujący podkreśla dodatkowo, że przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp należy interpretować z uwzględnieniem ostatnio zapadłych wyroków TSUE odnoszących kwestii interesu, które nakazują traktować interes w uzyskaniu danego zamówienia jeszcze szerzej, tj.:

- wyroku w sprawie C-110/12 Fastweb, gdzie Trybunał wskazał: „każdy z konkurentów może powołać się na uzasadniony interes w postaci wykluczenia ofert innych wykonawców, co może prowadzić instytucję zamawiającą do stwierdzenia niemożności dokonania wyboru prawidłowej oferty" (pkt 33),
- wyroku z dnia 5.4.2016 r. w sprawie C-689/13 PFE, w którym Trybunał potwierdził ww. stanowisko i ponownie orzekł, że w sytuacji, w której dwóch oferentów wnosi odwołania zmierzające do ich wzajemnego wykluczenia, każdy z tych oferentów ma interes w uzyskaniu odnośnego zamówienia. Po pierwsze, zdaniem TSUE, wykluczenie jednego z oferentów może bowiem doprowadzić do tego, że drugi uzyska zamówienie bezpośrednio w ramach tego samego postępowania. Po drugie, jeśli miałyby nastąpić wykluczenie obu oferentów i wszczęcie nowego postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, to każdy z nich mógłby wziąć w nim udział i w ten sposób pośrednio otrzymać zamówienie. Tym samym, TSUE wprowadził rozróżnienie między możliwością bezpośredniego a pośredniego uzyskania danego zamówienia, przy czym i w pierwszym i w drugim przypadku mamy do czynienia ze spełnieniem przesłanki interesu, o której mowa w art. 179 ust 1 ustawy Pzp. Stanowisko TSUE spotkało się z powszechną aprobatą w literaturze przedmiotu,

- wyroku w sprawie C-131/16 Archus et Gama, w którym TSUE orzekł, że w sytuacji, w której „w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego złożono dwie oferty, a instytucja Zamawiająca wydała jednocześnie dwie decyzje. odpowiednio, o odrzuceniu oferty jednego z oferentów i o udzieleniu zamówienia drugiemu, odrzucony oferent który zaskarżył obie te decyzje, powinien mieć możliwość żądania wykluczenia oferty wygrywającego oferenta, w związku z czym pojęcie »danego zamówienia« w rozumieniu art. 1 ust 3 dyrektywy 92/13 zmienionej dyrektywa 2007/66, może w danym razie dotyczyć ewentualnego wszczęcia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego” .

Odwołujący podkreśla, że z ww. orzeczeń jasno wynika, że Trybunał rozumie interes w uzyskaniu zamówienia szeroko, co na gruncie polskich przepisów przekłada się na to, że interesu wykonawcy w uzyskaniu kontraktu nie należy odnosić tylko do „danego postępowania”, ale do „danego zamówienia”. Pojęcie „danego zamówienia” jest więc pojęciem szerszym od pojęcia samego postępowania o udzielenie zamówienia. Zamówienia bowiem można udzielić nie tylko w wyniku przeprowadzenia jednego postępowania, ale tych postępowań może być więcej. Przykładem może być sytuacja, w której zamawiający na podstawie art. 93 ust. 1 ustawy Pzp unieważnia dane postępowanie, a następnie wszczyna kolejne postępowanie na to samo zamówienie. To samo zamówienie, obejmujące ten sam zakres zadania, może być ponownie ogłoszone, co powoduje, że mamy do czynienia z tym samym zamówieniem, choć z innym (następnym) postępowaniem.

Takie zapatrywanie wyraziła również KIO w wyroku z dnia 22.01.2018 r. (KIO 18/18), w którym wskazano, że:

„Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania. Izba oddaliła wniosek przystępującego o odrzucenie odwołania z uwagi na to, że zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony oraz z uwagi na jego wniesienie po terminie przewidzianym ustawą. Przystępujący podnosił, iż - wobec odrzucenia oferty odwołującego na podstawie wyroku KIO 2406/17 - odwołujący utracił status wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu. Podnosił też, iż zarzuty wobec oferty przystępującego odwołujący powinien podnosić w terminie liczonym od wyboru oferty odwołującego.,

tj. od 6 listopada 2017 roku. (...) Izba wskazuje w tym zakresie na wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 11 maja 2017 r, (sygn. C-131/16), zgodnie z którym oferentowi, który wniósł skargę, przysługuje uzasadniony interes w wykluczeniu oferty wybranego wykonawcy, które może w odpowiednim razie doprowadzić do stwierdzenia, że instytucja zamawiająca nie jest w stanie dokonać

wyboru prawidłowo złożonej oferty. Stanowisko to zostało potwierdzone m.in. w wyroku Krajowej izby Odwoławczej z dnia 14 listopada 2017 roku sygn. akt KIO 2218/17;

Podobne stanowisko zostało wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30.11.2017, KIO 2422/17. W stanie faktycznym przedmiotowej sprawy oferta Wykonawcy X została przez zamawiającego odrzucona. Wykonawca X nie wniósł skargi na ww. odrzucenie i następnie zaskarżył wybór oferty wykonawcy Y. Wykonawca Y wniósł o odrzucenie tego odwołania, wskazując, że: *„Odwołujący utracił status wykonawcy w niniejszym postępowaniu, albowiem jego oferta została już ostatecznie i niepodważalnie odrzucona. Tym samym, choć złożył ofertę w niniejszym postępowaniu, to jednak posiadany wcześniej status wykonawcy już utracił. Tymczasem w świetle art. 179 ust 1 Pzp w zw. z art. 2 pkt 11 8 Pzp do korzystania ze środków ochrony prawnej niezbędne jest dysponowanie takim statusem”. Izba w wyroku uznała, że „Odwołujący wykazał legitymację do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 ust 1 Pzp, skoro dowodził, że oferta wykonawcy A. M. Sp. z o.o. została wybrana z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, zatem interes odwołującego sprowadzał się do odrzucenia oferty konkurenta i unieważnienia postępowania oraz ponownego ubiegania się o przedmiotowe zamówienie - po wszczęciu nowej procedury przetargowej, co potwierdza aktualne orzecznictwo TSUE przytaczane na wstępie uzasadnienia wyroku”. Z powyższego jasno wynika, że nawet w przypadku niewniesienia skargi, czyjej oddalenia, Odwołującemu nadal przysługuje interes w uzyskaniu danego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody.*

Podsumowując, w ocenie Odwołującego wykazane powyżej okoliczności jednoznacznie przesądzają o uprawnieniu do wniesienia przedmiotowego odwołania oraz konieczności rozpatrzenia podniesionych w nim zarzutów.

W uzasadnieniu odwołania, Odwołujący przedstawił następujący stan faktyczny: Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, dalej „ustawy Pzp”. Przedmiotem Zadania nr 1, którego dotyczy Odwołanie, jest: „Oczyszczanie jezdni oraz tunelu”.

W pkt 9.3. SIWZ (9. Warunki udziału w Postępowaniu; 3. Zdolność techniczna lub zawodowa) Zamawiający postawił warunek udziału w Postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia w brzmieniu:

„Wykonawco musi wykazać, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzonej działalności jest krótszy w tym okresie, wykonał należycie lub nadal wykonuje, co najmniej jedną usługę polegającą na: mechanicznym i ręcznym

zamiataniu oraz myciu nawierzchni ulic, o powierzchni dróg min. 3 000 000 m² (w tym powierzchni z asfaltu, betonu i granitu).

Zamawiający dopuszcza łączenie doświadczenia z maksymalnie z 3 umów realizowanych w tym samym czasie przez okres minimum 1 sezonu letniego.

Dowód: treść SIWZ w Postępowaniu - wyciąg z SIWZ stanowi Załącznik nr 7);

ZUKTZ J. W. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, skierowane do niego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, przedłożył Zamawiającemu „Wykaz usług” (dalej: „Wykaz”), w którym żadna z usług nie obejmuje nawierzchni o powierzchni min. 3 000 000 m², co oznacza, że zastosowanie znajduje dopuszczone przez Zamawiającego łączenie doświadczenia z maksymalnie 3 umów. Jak wynika wprost z treści warunku, łączenie nawierzchni (która podlegała mechanicznemu i ręcznemu zmiataniu oraz myciu) z różnych usług jest możliwe, jeżeli były one realizowane:

* w tym samym czasie

* przez okres minimum 1 sezonu letniego,

tj. w jednym sezonie letnim Wykonawca świadczył jednocześnie usługi obejmujące powierzchnię min 3 000 000 m².

Wykaz obejmuje 4 usługi, realizowane bezpośrednio przez ZUKTZ J. W. dla miasta Bytom (usługa 1 i 2), Jaworzna (usługa 3) oraz Chorzowa (usługa 4).

Dowód: Wykaz usług złożony przez ZUKTZ J. W. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wraz z referencjami (Załącznik nr 8).

W dniu 31 lipca 2018 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu pierwsze zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej wykonawcy ZUKTZ J. W. oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego z uwagi na błąd w obliczeniu ceny na podstawie art. 89 ust, 1 pkt 6 ustawy Pzp.

W związku z faktem, że 31 lipca 2018 roku Zamawiający dokonał wyboru oferty ZUKTZ J. W. jako najkorzystniejszej, a w ocenie DROMAR, Wykaz zawierał informacje nieprawdziwe, a co najmniej wprowadzające Zamawiającego w błąd, DROMAR wniósł do Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie z dnia 8 sierpnia 2018 r. na niezasadne odrzucenie swojej oferty i na zaniechanie wykluczenia wykonawcy ZUKTZ J. W. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16, ewentualnie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, ewentualnie zaniechanie wezwania wykonawcy ZUKTZ J. W. do uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

W dniu 24 sierpnia 2018 r. Krajowa Izba Odwoławcza rozstrzygnęła ww. odwołanie DROMAR, wskazując w wyroku w sprawie KIO 1600/18 m.in. że rozstrzygnięcie tego, czy wykonawca przedstawił Zamawiającemu nieprawdziwe informacje jest przedwczesne, a Zamawiający przed dokonaniem oceny oferty ZUKTZ J. W. w kontekście art. 24 ust, 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp, powinien dokonać wyjaśnienia/uzupełnienia dokumentów podmiotowych wykonawcy i skorzystać z wynikającego z § 2 ust. 6 Rozporządzenia w sprawie dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Uzasadniając powyższe, Izba w szczególności wskazała, że:

Mając na względzie powyższe, Izba nakazała:

*„wezwanie wykonawcy J. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Konserwacji Terenów Zielonych J. W., w trybie art. 26 ust 4 do złożenia wyjaśnień dotyczących zakresu prac wykonanych na rzecz podmiotów wskazanych w załączniku nr 9 do oferty - „Wykaz Usług”, ewentualnie wezwanie wykonawcy w trybie art. 26 ust 3 ustawy Pzp do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowania określonego w punkcie 9.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia
Dowód: kopia wyroku KIO z dnia 24.08.2018 r. (KIO 1600/18) wraz z uzasadnieniem (Załącznik nr 9)*

Mając na względzie wyżej wskazaną treść wyroku KIO, Zamawiający zobowiązany był do wyjaśnienia/uzupełnienia dokumentów podmiotowych złożonych przez Wykonawcę ZUKTZ J. W., przy czym Izba w sposób jasny sformułowała w wyroku, że użyte w treści warunku z pkt 9.3. SIWZ sformułowanie „mycie nawierzchni ulic” winno być w Postępowaniu rozumiane przez pryzmat wymagań opisu przedmiotu zamówienia i to rozumienie winno być podstawą oceny, czy dana usługa obejmowała „mycie”. Biorąc więc pod uwagę przywołany w wyroku w tym zakresie pkt 2.1. SIWZ w Postępowaniu: mycie to zmywanie jezdni przy użyciu wysokociśnieniowej myjki drogowej zabudowanej na samochodzie ciężarowym oraz zamiatarki ulicznej z odkurzaczem poruszającej się za myjką i odbierającej zanieczyszczenia. KIO nie zaaprobowała poglądu o tym, jakoby każda czynność dokonywana „z użyciem wody”, jak np. oczyszczanie za pomocą zamiatarki, która używa wody w celu ograniczenia pylenia, czy polewanie ulic w celu schłodzenia nawierzchni, stanowiła „mycie” nawierzchni drogi.

Zaprezentowany przez KIO sposób rozumienia warunku jest dla Zamawiającego obowiązujący w niniejszym postępowaniu i jak wynika z treści wyroku - Zamawiający został przez Izbę zobowiązany do uzyskania od ZUKTZ J. W. wyjaśnień, czy wskazane w wykazie usługi obejmowały czynność „mycia” w rozumieniu SIWZ w Postępowaniu. Izba w sposób jasny i konkretny wskazała, że Zamawiający powinien szczegółowo wyjaśnić i ocenić, czy

wykonawca ZUKTZ J. W. nie wprowadził go w błąd i nie podał nieprawdziwych informacji odnoszących się do rzeczywistego zakresu usług wskazanych w wykazie celem potwierdzenia posiadania stosownego doświadczenia, przy czym Izba przesądziła w wyroku, że usługi wskazane w wykazie można uznać za „usługi mycia” w rozumieniu SIWZ w Postępowaniu tylko wówczas, gdy będą one obejmowały zmywanie jezdni przy użyciu wysokociśnieniowej myjki drogowej zabudowanej na samochodzie ciężarowym oraz zamiatarki ulicznej z odkurzaczem poruszającej się za myjką i odbierającej zanieczyszczenia. A zatem każda inna czynność, choćby dokonywana z „użyciem wody” i oceniana przez podmioty trzecie jako „mająca wpływ na stan sanitarno - porządkowy dróg”, nieobjęta wskazanym wyżej zakresem czynności, nie może być uznana za spełniającą warunek postawiony przez Zamawiającego. Zamawiający był więc związany wyrokiem KIO w zakresie rozumienia treści warunku odnoszącego się do treści zdolności technicznej w zakresie doświadczenia.

Co więcej, Zamawiający nie zaskarżył przedmiotowego wyroku KIO poprzez wskazanie, że nie zgadza się przyjętym przez KIO rozumieniem warunku i nakazem wezwania do wyjaśnień/uzupełnień dokumentów podmiotowych wykonawcy ZUKTZ J. W. . Z informacji posiadanych przez Odwołującego wynika ponadto, że termin na wniesienie skargi przez Zamawiającego na dzień wniesienia niniejszego odwołania już upłynął.

Również wykonawca ZUKTZ J. W. nie wniósł skargi na przedmiotowy wyrok KIO. kwestionując zasadność nakazanych wezwań, a z przekazanych Odwołującemu dokumentów wynika, że termin na wniesienie skargi przez ZUKTZ J. W. już upłynął.

Podsumowując, Zamawiający zobowiązany był wykonać wyrok KIO z uwzględnieniem wskazań Izby zawartych w jego treści, z której jednoznacznie wynikało, w jaki sposób Zamawiający powinien przeprowadzić czynność badania spełnienia warunku przy weryfikacji, czy w ramach wskazanych w wykazie usług wykonywana była czynność mycia.

Na skutek ww. wyroku Zamawiający dokonał następujących czynności:

- 1) w dniu 30.08.2018 r. wystosował pismo do Miejskiego Zarządu Zieleni i Gospodarki Komunalnej w Bytomiu (znak: ZDM.26.11.2018.PP), w którym wskazał:
„W związku z prowadzonym postępowaniem przetargowym na „Oczyszczanie pasów drogowych na terenie miasta Gliwice” oraz toczącym się postępowaniem odwoławczym, bardzo proszę o wyjaśnienie wątpliwości dotyczących usługi realizowanej na Państwa zlecenie przez Wykonawcę Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J. W. z siedzibą w Bytomiu przy ul. Łokietka 4.

Proszę o informację czy wykazane przez Wykonawcę, na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, usługi świadczone w ramach zadania „Realizacja pakietu usług sanitarno - porządkowych i konserwacyjnych na terenie miasta Bytomia” w latach 2015-16 i 2016-17 obejmowały, oprócz utrzymania nawierzchni asfaltowych, także (nawet w niewielkiej ilości) nawierzchnie z betonu, kostki betonowej i granitu bądź kostki kamiennej.

Proszę również o informację, czy w ramach ww. zadań Wykonawca, poza usługami mechanicznego i ręcznego zamywania ulic, świadczył również usługi mycia części lub całości nawierzchni utrzymywanych ulic.

Powyższe informacje są nam niezbędne do rozstrzygnięcia postępowania zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej, która nakazała ponowną ocenę dokumentów złożonych przez ww. Wykonawcę.

Mając na uwadze konieczność podpisania umowy z Wykonawcą będziemy wdzięczni za możliwie jak najszybsze udzielenie odpowiedzi".

Dowód: kopia pisma Zamawiającego do MZZiGK w Bytomiu z dnia 30.08.2018 r. (znak: ZDM.26.11.2018) - Załącznik nr 10.

2) w dniu 30.08.2018 r. wystosował pismo do Miejskiego Zarządu Dróg i Mostów w Jaworznie (znak: ZDM.26.11.2018.PP), w którym wskazał:

„W związku z prowadzonym postępowaniem przetargowym na „Oczyszczanie pasów drogowych na terenie miasta Gliwice” oraz toczącym się postępowaniem odwoławczym, bardzo proszę o wyjaśnienie wątpliwości dotyczących usługi realizowanej na Państwa zlecenie przez Wykonawcę Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J. W. z siedzibą w Bytomiu przy ul. Łokietka 4.

Proszę o informację czy wykazane przez Wykonawcę, na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, usługi świadczone w ramach zadania „Utrzymanie czystości i porządku na terenie miasta Jaworzna” w 2016 roku obejmowały, oprócz utrzymania nawierzchni asfaltowych, także (nawet w niewielkiej ilości) nawierzchnie z betonu, kostki betonowej i granitu bądź kostki kamiennej.

Proszę również o informację, czy w ramach ww. zadań Wykonawca, poza usługami mechanicznego i ręcznego zamywania ulic, świadczył również usługi mycia części lub całości nawierzchni utrzymywanych ulic.

Powyższe informacje są nam niezbędne do rozstrzygnięcia postępowania zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej, która nakazała ponowną ocenę dokumentów złożonych przez ww. Wykonawcę. Mając na uwadze konieczność podpisania umowy z Wykonawcą

Dowód: kopia pisma Zamawiającego do MZZiGK w Jaworznie z dnia 30.08.2018 r. (znak: ZDM.26.11.2018.PP) - Załącznik nr 11.

3) w dniu 05.09.2018 r. wezwał wykonawcę ZUKTZ J. W. do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonych dokumentów oraz do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, wskazując w treści wezwania:

„Na podstawie art. 26 ust 3 i 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 z późn. zm.) w imieniu Zamawiającego wzywam Państwa do złożenia wyjaśnień dotyczących następujących dokumentów: Wykazu usług dla Zadania Nr 1.

Zgodnie z wyrokiem KIO 1600/2018 z dnia 24.08.2018 r. proszę o wyjaśnienie wątpliwości dotyczących wiedzy i doświadczenia w zakresie utrzymania powierzchni z asfaltu, betonu i granitu oraz czynności mycia nawierzchni ulic. Proszę również o przedstawienie dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w powyższym zakresie”.

Dowód: kopia pisma Zamawiającego do ZUKTZ J. W. z dnia 05.09.2018 r. (znak: ZDM.26.7.2018.PP) - Załącznik nr 12.

Tym samym Zamawiający wykonując dyspozycję wyroku KIO z dnia 24.08.2018 r. w wezwaniu do Wykonawcy wskazał jasno, że prosi o wyjaśnienie wątpliwości dotyczących wiedzy i doświadczenia m.in. w zakresie czynności mycia nawierzchni ulic zgodnie z wyrokiem KIO 1600/2018 z dnia 24.08.2018 r”.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie, wykonawca ZUKTZ J. W. pismem z dnia 07.09.2018 r. (znak: Ldz. KTZ/1762-I/WA/09/2018) złożył wyjaśnienia, w ramach których odnosząc się do kwestii mycia ulic wskazał, co następuje:

„W zakresie wykonywania czynności mycia ulic.

Jak wykazaliśmy w ofercie i udowodniliśmy referencjami, że dla Miejskiego Zarządu Zieleni i Gospodarki Komunalnej w Bytomiu wykonaliśmy usługę, która polegała m.in. na myciu ulic. Oświadczenie uzupełniające i wyjaśniające wcześniej wydane opinie w tym zakresie na naszą prośbę Miejski Zarząd Zieleni i Gospodarki Komunalnej w Bytomiu - pismo DAZ.4021.77.2018, i.dz. 5182 z dnia 29.08.2018r. Zakres prac, który został wymieniony w dokumentacji przetargowej w postępowaniu pn. „Oczyszczanie pasów drogowych na terenie miasta Gliwice w latach 2018-2020” (oznaczenie sprawy: ZDM.26.7.2018.PP) nie różni się niczym od zakresu czy też technologii, które są wykonywane na rzecz innych klientów.

Odnosząc się do zarzutów stawianych w tym postępowaniu, podnoszonych na rozprawie w dniu 22.08.2018r. zamieszczonych w Wyroku sygnatura akt KIO 1600/18 złożyliśmy, bez wezwania szczegółowe wyjaśnienia wraz z dowodami, które w całości podtrzymujemy

(załącznik nr 1 - pismo KTZ/1737/WA/09/2018 z dnia 03.09.2018r.) Z treści tych pism jednoznacznie wynika, że wykazane usługi potwierdzają określone w SIWZ warunki.

Realizując obowiązek wezwania, które Państwo kierujecie realizując obowiązek wynikający z wyroku KIO w załączeniu ponownie przedkładamy Nasze wyjaśnienia wraz z dowodami, że oświadczenia mające podważyć Nasze doświadczenie były nieprawdziwe. W naszej ocenie Zamawiający od początku dokonując oceny naszej oferty poprawnie ocenił jej zawartość dokonując zgodnie z prawem łącznej analizy treści wykazu i złożonych referencji”.

Do ww. wyjaśnień wykonawca ZUKTZ J. W. załączył wyjaśnienia i dokumenty przesłane Zamawiającemu bez odrębnego wezwania już w dniu 03.09.2018 r., w których w odniesieniu do mycia ulic wykonawca ZUKTZ J. W. wskazał m.in., że:

**(...) w zakresie „mycia ulic”. Nieprawdą jest, że w ramach umowy „Realizacja pakietu usług sanitarno-porządkowych i konserwacyjnych na terenie Bytomia” nie jest wykonywana usługa „mycia ulic”. Usługi wykonywane w ramach tej umowy obejmują cały zakres usług sprzątających, które są wykonywane każdą dostępną technologią polegającą na:*

- > zbieraniu zanieczyszczeń ręcznie*
- > zbieraniu zanieczyszczeń do pojemników i wywóz odpadów;*
- > zagrabianie nawierzchni grabiami, osuszanie nawierzchni;*
- > zbieraniu zanieczyszczeń mechanicznie - różnymi urządzeniami, w tym ładowarką, koparką, zamiatarką, odkurzaczami, dmuchawami itp.;*
- > zmiatanie z użyciem wody;*
- > oczyszczaniu z użyciem wody zanieczyszczeń - myciu*
- > zasysaniu zanieczyszczeń ciągiem powietrza np. odkurzaczem*
- > polewaniu - myciu wodą o różnym stopniu ciśnienia za pomocą polewaczek wyposażonych w listwy, dysze, polewacze i inne;*
- > myciu pod wysokim ciśnieniem prądownicą, czy też pistoletem;*
- > usuwaniu wycieków za pomocą pomp ssących i wozu asenizacyjnego - usuwanie odpadów płynnych;*
- > szorowaniu nawierzchni wraz z użyciem środków chemicznych.*

Umowa ta polega na świadczeniu pakietu usług sanitarno-porządkowych, kompleksowo w pełnym zakresie prac, pełną paletą technologii i urządzeń. Jej zakres jest szerszy niż określony w kontrakcie, o który się ubiegamy.

W związku z postawionym zarzutem przez Pana M. K., że rzekomo na terenie Gminy Bytom nie wykonywano czynności mycia nawierzchni ulic opartym na piśmie MZZiGK w Bytomiu z dnia 10.08.2018r. znak DAZ.0134.13.2018 l.dz. 4697 wyjaśniam, że zamówienie obejmuje mycie wszystkich ulic objętych umowa. Ponadto mycie to odbywa się różnymi technikami adekwatnymi do pożądanego rezultatu. W załączeniu przedstawiamy pismo L.dz.

KTZ/1694/WA/08/2018 z dnia 28.08.2018r. i udzieloną odpowiedź przez MZZiGK w Bytomiu z dnia 29.08.2018r. znak DAZ.4021.77.2018 L.dz. 5182.

Przy okazji pragnę Państwu wyjaśnić, że współczesny, a nawet dwudziestoparoletni pojazd specjalny typu polewaczka jest zbudowany w taki sposób, że może on wykonywać prace: zraszania, polewania, jak i zmywania. Możliwości te zapewniają mu pompy ciśnieniowe, zawory, automatyka, która pozwala na dowolną regulację ciśnienia wody dostosowaną do potrzeb. Odpowiedni strumień, jego rodzaj, zaś zapewniają mu urządzenia potocznie nazywane dyszami, tryskami, polewakami, listwą. Wybór na rynku tych urządzeń, ich gama jest szeroki i zapewniają one różne efekty. Usługa - czynność polewania zawsze myje nawierzchnię. To oczywisty, nierozzerwalny efekt wykonania tej pracy".

Dowód: kopia skanu wyjaśnień i dokumentów złożonych przez ZUKTZ J. W. w dniu 07.09.2018 r. - Załącznik nr 13.

Z powyższych wyjaśnień wynika więc, że ZUKTZ J. W. potwierdza i podtrzymuje nieprawdziwą informację, że „wskazane usługi potwierdzają określone w SIWZ warunki”, jak również, że: namówienie obejmuje mycie wszystkich ulic objętych umową”. Podkreślić należy, że wskazany w wyjaśnieniach opis czynności umownych nie stanowi realnej treści szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia w tym postępowaniu, a jedynie przedstawia „własne” rozumienie zleczanych czynności przez ZUKTZ J. W. zaprezentowane w taki sposób, by wprowadzić Zamawiającego w błąd co do świadczenia usługi mycia. Wykonawca usilnie stara się przedstawić oczyszczanie jezdni przy użyciu wody polegające na zamiataniu i usuwaniu zanieczyszczeń z ulic jako specjalistyczną i droższą usługę mycia, podczas, gdy usługa mycia w powszechnym rozumieniu w branży oczyszczania i SIWZ w ramach umów w Bytomiu w ogóle nie była świadczona (z wyjątkiem płyty Rynku, która miała być myta i szorowana w innej technologii niż wynikająca z OPZ w postępowaniu, dodatkowo nie będącej ulicą i o niewystarczającym metrażu do spełniania warunku). Podkreślić należy, że z opisu przedmiotu zamówienia w Bytomiu w odniesieniu do oczyszczania wynika:

„2. Oczyszczanie nawierzchni jezdni ulic, placów i parkingów, z użyciem wody, na całej ich szerokości i długości. Zadanie oczyszczania to usługa polegająca na usuwaniu wszelkich zanieczyszczeń z całej nawierzchni jezdni, placów i parkingów, w tym z całych powierzchni skrzyżowań (powierzchnię skrzyżowań wytyczają oznakowania poziome przejść dla pieszych, wysepki rozjazdowe bądź zakończenia łuków krawężnikowych na ulicach poprzecznych), z liniowych odwodnień (koryt ściekowych, wodościeków) będących w ciągach ulic, z martwych pól, zatok autobusowych, torowisk tramwajowych wbudowanych w jezdnię, po których odbywa się ruch kołowy, utwardzonych wysepki rozjazdowych, a także górnych powierzchni krawężnika i opasek przyulicznych. Zadanie obejmuje również

wszystkie zatoki postojowe przylegające do pasów ruchu, niezależnie od rodzaju nawierzchni i występowania ewentualnych krawężników.

Szczególną uwagę należy zwrócić na oczyszczanie placów, parkingów, zatok dla ławek i koszy, miejsc pod ławkami i koszami oraz innych elementów placów, parkingów. Oczyszczanie (czyszczenie ręczne) należy wykonywać w taki sposób, aby nie zmiatać kurzu i śmieci na pobocza, chodniki, place, parkingi, aby pył i kurz nie unosił się w powietrzu. Ponadto Wykonawca zobowiązany jest w ramach oczyszczania do likwidacji dowolną technologią roślinności z oczyszczanej powierzchni, z wyjątkiem roślin wprowadzonych celowo. Nawierzchnia musi być czysta.

Oczekiwany standardem jest oczyszczenie nawierzchni do takiego stanu; że nie wystąpią na niej żadne zanieczyszczenia, nawierzchnia będzie miała widoczną strukturę, przy krawężnikach woda deszczowa będzie miała swobodny przepływ zgodnie ze spadkiem do studzienek, o krawężniki i kratki wpustów ulicznych będą całe odsłonięte. Na godzinę zakończenia prac teren winien być oczyszczony a zwierzęce odchody będą usuwane na bieżąco".

Tym samym, z przedmiotowego opisu wynika jedynie, że czynność oczyszczania zanieczyszczeń i ich usuwania ma być wykonywana z użyciem wody, nie zaś, że ulice mają być „myte”. Co więcej, zamawiający z Bytomia jasno odróżnia te czynności w opisie przedmiotu zamówienia, bowiem w sytuacji, gdy w stosunku do jakiejś powierzchni ma być świadczona usługa mycia, czy szorowania jasno wskazuje na taki obowiązek wykonawcy, potwierdzenie czego znajduje się w zapisach opisu przedmiotu zamówienia na str. 6 - pkt V ust. 3:

- „W ramach ryczału Wykonawca winien skalkulować umycie woda z dodatkiem detergentów nieszkodzących środowisku nawierzchni płyty Rynku 1 raz w miesiącu, w okresie letnim urządzeniem wyposażonym w głowice szorująca z systemem odsysania nie niszcząca fug".

Powyższe jest istotne, gdyż w odniesieniu do płyty Rynku ma być również świadczona usługa oczyszczania z użyciem wody - na str. 6 OPZ w pkt V ust. 1 wskazano, że „Oczyszczanie z użyciem wody winno się odbywać z takim skutkiem aby pył i kurz nie unosił się na powierzchni” Tym samym w odniesieniu do płyty Rynku zamawiający z Bytomia jasno rozróżnił usługę mycia wodą z dodatkiem detergentów nieszkodzących środowisku nawierzchni płyty Rynku 1 raz w miesiącu w okresie letnim urządzeniem wyposażonym w głowice szorująca z systemem odsysania nie niszcząca fug, od zwykłego oczyszczania płyty rynku z użyciem wody. Odwołujący zaś wprowadza w błąd Zamawiającego, wskazując, że mycie było realizowane na wszystkich ulicach objętych umową.

Podobną argumentację przedstawia wykonawca ZUKTZ J. W. w odniesieniu do świadczonej w ramach umowy usługi polewania, którą wykonawca ten znów przedstawia jako usługę mycia. Zważyć należy, że polewanie wodą nie myje nawierzchni! Z opisu przedmiotu zamówienia w Bytomiu wynika, że:

„Polewanie nawierzchni jezdni ulic. Czynność polewania obejmuje jezdnie ulic i placów wskazane przez Zamawiającego w zleceniu. Czynność polewania odbywać się będzie w warunkach wysokich temperatur, tj. powyżej 25°C. Zamawiający zastrzega sobie możliwość decydowania o terminie i zakresie prac w zależności od warunków pogodowych. Czynność polega na polewaniu nawierzchni jezdni ulicy polewaczką o pojemności zbiornika od 6 do 10 m³, a w przypadku „Ścisłego centrum” do 2 m³ pojemności zbiornika. Wyżej wymieniona czynność polewania dotyczy czynności niezależnej od zmiatania, ma na celu obniżenie temperatury nawierzchni jezdni ulic i nie zwalnia wykonawcy z obowiązku użycia wody w trakcie prac związanych z zmiataniem opisanym w pkt 2”.

Sam zamawiający z Bytomia wskazuje więc, że wykonawca ma wykonywać usługę polewania - niezależnie od użycia wody w trakcie prac związanych Z ZAMIATANIEM OPISANYCH W PKT. 2. które wykonawca ZUKTZ J. W. przedstawia jako „mycie” w rozumieniu powszechnym w branży i w rozumieniu SIWZ w postępowaniu, wprowadzając Zamawiającego umyślnie w błąd.

Dowód: Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia w Bytomiu dot. MZZiGK 27233.2016 (Załącznik nr 17)

Co istotne, do ww. wyjaśnień (Załącznik nr 13), Wykonawca załączył m.in. pismo uzyskane z Miejskiego Zarządu Zieleni i Gospodarki Komunalnej w Bytomiu z dnia 29.08.2018 r., z którego wynika wprost, że:

- w ramach umowy MZZiGK.272.31.2015 oraz MZZiGK.27233.2016 ZUKTZ J. W. nie wykonywał usługi mycia ulic, a taką usługą nigdzie nie występowała samodzielnie, stąd nie udostępniono wykazu ulic mytych:
- umowa MZZiGK.272.33.2016 zawarta w dniu 2 maja 2016 r. nie zawiera bezpośrednio zapisu, a także nie precyzuje określenia „mycie ulic”, jednak podmiot zlecający „uważa”, że:

„niezależnie od nomenklatury przyjętej w obowiązującej umowie, zlecenie oczyszczania zawiera w sobie użycie technologii polegającej na myciu jezdni. Nadmieniamy, że oczyszczanie jezdni zgodnie z zapisem w SOPZ - dział II, pkt I, ppkt 2, musi zostać wykonane z użyciem wody a zgodnie z definicją słownika języka polskiego, mycie to „usuwanie brudu za pomocą wody”. Zgodnie z załącznikiem nr 3 do SIWZ, dział II, pkt I, ppkt 3. polewanie jezdni ma na celu obniżenie temperatury ich nawierzchni. Efektem ubocznym tego procesu jest splukiwanie zanieczyszczeń z jezdni, gdyż ze względu

na użycie sprzętu mechanicznego posiadającego pompy wysokociśnieniowe woda sypcha zanieczyszczenia do strefy przykrawężnikowej jezdni. Czynność ta wymaga użycia wody i ma wpływ na stan sanitarno - porządkowy polewanych dróg, więc można ją zakwalifikować także jako mycie.

4. W SIWZ w załączniku nr. 3, dział II, pkt V, ppkt 1 do ww. umowy istnieje zapis, który nakłada na Państwa obowiązek, jednokrotnego w skali miesiąca, mycia nawierzchni płyty Rynku, co jest realizowane na mocy obowiązującej umowy".

Fakt braku wykonywania czynności mycia w rozumieniu zapisów SIWZ znalazł również potwierdzenie, w odpowiedziach udzielonych na wnioski Zamawiającego, o których mowa w pkt 1) i 2) powyżej.

W piśmie z dnia 06.09.2018 r. MZZiGK w Bytomiu (znak: DAZ.0134.19.2018; I.dz. 5258) wskazano, że umowa nie definiuje pojęcia „mycie”, w związku z czym wedle subiektywnej opinii podmiotu udzielającego odpowiedzi „mycie” to „usuwanie brudu za pomocą wody” i przez „mycie” należy rozumieć wszelkie czynności na ulicach realizowane przez wykonawcę z użyciem wody, w tym polewanie, mające na celu zmniejszenie temperatury nawierzchni, którego - zdaniem autora pisma - „efektem ubocznym” jest mycie!

Dowód: pismo z dnia 06.09.2018 r. MZZiGK w Bytomiu (znak: DAZ.0134.19.2018; I.dz. 5258) - Załącznik nr 14.

MZDiM w Jaworznie w piśmie z dnia 04.09.2018 r. (znak: MZDiM.DT.7021.58.2018), wskazał z kolei, że:

„informuję, że w czasie trwania przedmiotowej umowy (tj. 1.04.2016 r. - 31.10.2016 r.) na powierzchni około 1 116 612 m² (186 102 mb) przy wykonywaniu pracy w technologii zmiatania mechanicznego dokonywane było polewanie (zwilżanie) ww. powierzchni ulic w celu zmniejszenia wydzielania kurzu. Ponadto pragnę nadmienić, że zgodnie z zapisami umowy w zamian za zmiatanie powierzchni dróg i ulic przewidywany był zabieg zmywania nawierzchni jezdni - na wskazanie Zamawiającego, jednakże nie został on wykorzystany w omawianym okresie obowiązywania umowy”.

Z pisma tego wynika więc, że przedmiotem umowy była usługa polewania, nie zaś usługa mycia.

Dowód: pismo MZDiM w Jaworznie z dnia 04.09.2018 r. (znak: MZDiM.DT.7021.58.2018); Załącznik nr 15.

Dodatkowo, w toku ponownego badania oferty ZUKTZ J. W., Zamawiającemu przekazane zostały dodatkowe dowody w postaci korespondencji Odwołującego z MZDiM w Jaworznie, w Bytomiu i w Chorzowie, z których wynika, że w ramach usług wskazanych

przez ZUTZ J. W. w wykazie, nie była świadczona usługa mycia w rozumieniu wskazanym w wyroku KIO z dnia 24.08.2018 r., a które to dokumenty zostały w ogóle pominięte przez Zamawiającego, pomimo że dotyczyły istotnych z punktu widzenia oceny spełnienia warunku udziału w Postępowaniu okoliczności.

Dowód: kopia przekazanej Zamawiającemu w dniu 05.09.2018 r. DROMAR z MZDiM w Jaworznie, w Bytomiu i Chorzowie - Załącznik nr 16.

Zamawiający dokonał ponownej oceny ofert i w dniu 10.09.2018 roku ponownie dokonał wyboru oferty ZUKTZ J. W.. Decyzja powyższa została podjęta w warunkach, które muszą budzić wątpliwości co do rzetelności działań Zamawiającego, gdyż Zamawiający uwzględnił wyjaśnienia ZUKTZ J. W., dotyczące sposobu rozumienia zakresu zrealizowanych usług, które stoją w oczywistej sprzeczności z wyrokiem KIO 1600/18, który Zamawiający zobowiązany był wykonać.

W zakresie zarzutów naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 ewentualnie art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp;

W toku ponownego badania i oceny oferty ZUKTZ J. W. Zamawiający zobowiązany był wziąć pod uwagę wytyczne wskazane w wyroku KIO z dnia 24.08.2018 r. (KIO 1600/18). Podkreślić należy, że pomiędzy stronami istniał spór co do rozumienia użytego w warunku pojęcia „mycia”, który to spór został w ww. wyroku przesądzony poprzez wskazanie przez Izbę, że użyte w treści warunku zawartego w pkt 9.3. SIWZ pojęcie „mycie ulic” winno być odniesione do znaczenia tego wyrazu w języku polskim oraz przedmiotu zamówienia i wymagań wskazanych w tym zakresie przez Zamawiającego w SIWZ, I tak w Rozdziale II, pkt 2.1 sam Zamawiający określił zakres czynności obejmujących mycie ulic oraz sposób ich wykonania i ten właśnie opis (pokrywający się z powszechnym w branży oczyszczania miast rozumieniem pojęcia mycia nawierzchni, które odróżnia się od czynności oczyszczania poprzez zamiatanie (mechaniczne lub ręczne) oraz czynności polewania, którego celem jest chłodzenie nawierzchni w warunkach wysokich temperatur - choć wszystkie te czynności wykonywane są z użyciem wody) winien stanowić punkt wyjścia do analizy, jaki zakres usług był wykonany przez Przystępującego w ramach realizacji zadań na rzecz Miejskiego Zarządu Zieleni i Gospodarki w Bytomiu. Takiej analizy winien dokonać Zamawiający wzywając DO pierwsze Przystępującego w trybie art. 26 ust. 4 /26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień czy w zakres zrealizowanej usługi wchodziło mycie wysokociśnieniowa myjka zabudowana na samochodzie (...) i jakie powierzchnie podlegały myciu w rozumieniu SIWZ.

Jak zostało wcześniej wskazane ani Zamawiający, ani ZUKTZ nie zaskarżyli ww. wyroku ani w całości, ani w części, a zatem jego treść jest w tym zakresie wiążąca.

Mając na względzie powyższe Odwołujący wskazuje, że biorąc pod uwagę całość dokumentów posiadanych przez Zamawiającego w ramach niniejszego postępowania na

etapie dokonywania ponownej oceny zakresu usług referencyjnych wskazanych przez ZUKTZ J. W. Zamawiający bezzasadnie zaniechał wykluczenia tego wykonawcy, pomimo faktu, że wykonawca ten w treści złożonych w postępowaniu dokumentów, oświadczeń i wyjaśnień umyślnie wprowadzał Zamawiającego w błąd, co do faktu posiadania doświadczenia w myciu nawierzchni ulic w rozumieniu powszechnym w branży, wynikającym też z SIWZ i wyroku KIO 1600/18, podczas gdy zdawał sobie sprawę, że czynności, które przedstawiał jako „spełniające warunek” w rzeczywistości w żadnej mierze nie były czynnościami, które Zamawiający mógł uznać za mycie w powszechnym rozumieniu w branży i w rozumieniu zapisów SIWZ w postępowaniu. Z treści będących w posiadaniu Zamawiającego dokumentów wynika bowiem, że wykonawca ZUKTZ J. W. nie realizował czynności mycia nawierzchni, w rozumieniu powszechnym w branży oczyszczania dróg i przyjętym w sprawie przez KIO (KIO 1600/18), ale inne czynności, np. polewanie, czyszczenie ulic, które próbował od początku przedstawiać jako „mycie”, z zamiarem wywołania wrażenia, że posiada on potrzebne do realizacji zamówienia doświadczenie, a które to myciem w żadnym razie nie są. Nawet gdyby przyjąć, że ZUKTZ J. W. rzeczywiście nie odróżniał tej czynności od pozostałych, realizowanych z użyciem wody, na etapie formułowania Wykazu, to na etapie wyjaśnień przedstawianych Zamawiającemu po 24 sierpnia 2018 roku musiał formułować oświadczenia o zakresie zrealizowanych usług mając na uwadze stanowisko ujęte w wyroku KIO 1600/18, bowiem w wezwaniu sam Zamawiający wymagał złożenia tych wyjaśnień z uwzględnieniem wyroku KIO 1600/18, po drugie zaś w treści wyjaśnień sam wykonawca powoływał się i cytował fragmenty wyroku.

Raz jeszcze wskazać należy, że w ramach profesjonalnych czynności oczyszczania pasów drogowych wyraźnie odróżnia się:

- powszechnie stosowane oczyszczanie za pomocą zamiatarek (które również używają wodą, w celu ograniczenia pylenia),
- polewanie, które dokonywane jest przy użyciu wody „grawitacyjnej” i ma na celu schłodzenie nawierzchni w okresach wysokich temperatur i
- mycie, realizowane za pomocą wysokociśnieniowej myjki drogowej zabudowanej na samochodzie ciężarowym oraz zamiatarki ulicznej z odkurzaczem poruszającej się za myjką i odbierającej zanieczyszczenia.

Czynności powyższe dokonywane są za pomocą innych urządzeń i mają zasadniczo różny koszt wykonania. Nie sposób więc twierdzić, co cały czas próbuje czynić ZUKTZ J. W., i do czego zdaje się nakłaniać swoich kontrahentów w kierowanych do nich pytaniach sugerując, że „popelnili błędy w pierwotnych odpowiedziach na wnioski skierowane do nich w trybie dostępu do informacji niejawnych przez Odwołującego”, że zamiatanie lub polewanie, tylko dlatego, że realizowane jest przy użyciu wody, można traktować jako mycie, w sytuacji, gdy mycie to najdroższa i najbardziej skomplikowana czynność w ramach

oczyszczania pasów drogowych, zamawiana tylko przez niektóre miasta. Zwrócić należy, że w samej ofercie ZUKTZ W. podał on cenę za zmywanie jezdni o ok. 30% wyższą niż cena za zamiatanie.

Odwołujący jeszcze raz wskazuje, że MZZiGK w Bytomiu pierwotnie oświadczyło wprost i bez wątpliwości, że usługa mycia nie była w ogóle realizowana (co najlepiej pokazuje, że rozumienie tego pojęcia nie budziło wątpliwości). Dopiero w treści swoich kolejnych odpowiedzi zdaje się „nagle” nie odróżniać ww. czynności z zakresu utrzymywania czystości i uznawać, że każde użycie wody oznacza „mycie” (co jest tym bardziej wątpliwe w okolicznościach, w których SIWZ MZZiGK w Bytomiu sam rozróżnia mycie, od innych form oczyszczania i polewania, wymagając dokonywania tej czynności np. na płycie rynku).

Wyjaśnienia udzielone w odpowiedzi na wnioski Zamawiającego, Odwołującego i ZUKTZ J. W. wskazują wprost, że w ramach realizacji pakietu usług sanitarno - porządkowych i konserwacyjnych na terenie Bytomia nie było w ogóle realizowane „mycie” w rozumieniu przyjętym przez KIO w niniejszej sprawie, a wykonawca ZUKTZ J. W. próbuje usilnie wywołać wrażenie, że czynności te takim myciem są. Tym samym brak jest podstaw do uznania, że czynność mycia w rozumieniu warunku postawionego w pkt 9.3. SIWZ była rzeczywiście była realizowana przez ZUKTZ J. W..

Nawet jednak w przypadku potwierdzenia się, iż w ramach niniejszych usług ZUKTZ J. W. realizował mycie (czemu Wnioskodawca zaprzecza), Odwołujący podkreśla, że usługi niniejsze nie były by wystarczające do wykazania spełnienia warunku. Po pierwsze z żadnego z przedstawionych wyjaśnień nie wynika, na jakiej powierzchni „mycie” (nawet w rozumieniu prezentowanym przez ZUKTZ J. W., było realizowane. Po drugie, każda z usług wykonanych dla miasta Bytom (usługa nr 1 i 2) była realizowana w innym czasie i obejmowała maksymalnie 2 000 000 m² nawierzchni. Nawet gdyby miało się potwierdzić, że cała powierzchnia objęta usługami nr 1 i 2 była myta (czemu przeczą prezentowane wyżej dokumenty) nie ma możliwości, by usługi te były wystarczające dla potwierdzenia spełnienia warunku (wymaganie dotyczące 3 000 000 m² realizowanych w jednym czasie w jednym sezonie letnim). Nawet więc, gdyby usługi te rzeczywiście obejmowały mycie objętych umową nawierzchni, i tak ZUKTZ J. W. - by spełnić warunek 3.000.000 m² powierzchni mytej w jednym czasie w jednym sezonie letnim - musiałby wykazać, że realizował również „usługi mycia” w rozumieniu SIWZ dla miasta Jaworzna (usługa nr 3 w Wykazie) albo Chorzowa (usługa nr 4 w Wykazie), zaś dowody wskazują że usługa mycia nie była realizowana ani w Jaworznie, ani w Chorzowie.

W odniesieniu zaś do Jaworzna (usługa nr 3 w Wykazie), z wyjaśnień udzielonych przez MZZiGK w Jaworznie w dniu 04.09.2018 r. na wezwanie Zamawiającego z dnia 30.08.2018 r. wynika wprost, że wykonawca ZUKTZ J. W. nie świadczył usługi mycia w rozumieniu SIWZ, a jedynie, że „w czasie zamiatania wykonywał polewanie (zwilżanie)

powierzchni ulic w celu zmniejszenia wydzielania kurzu", Również zatem i ta odpowiedź dowodzi o odmiennym, niebudzącym wątpliwości, zakresie znaczeniowym „mycia” i „polewania” nawierzchni i potwierdza brak doświadczenia wykonawcy w usłudze mycia.

Dowód: pismo MZZiGK w Jaworznie w dniu 04.09.2018 r. - Załącznik nr 15.

Analogicznie rzecz ma się do pozycji z wykazu odnoszącej się do świadczenia usług w Chorzowie. W odpowiedzi na wnioski z dnia 6.08.2018 r. i 7.08.2018 r. w dniu 22.08.2018 o udostępnienie wykazu ulic mytych i polewanych MZUiM w Chorzowie wskazuje wyłącznie na realizację usługi polewania (a zatem w ramach umowy nie realizowano usługi mycia).

Dowód: odpowiedź Miejskiego Zarządu Ulic i Mostów w Chorzowie z dnia 22.08.2018 r. (znak: GI/TW/7045/044/000/18) - Załącznik nr 16.

Tym samym, Odwołujący od początku - już w oświadczeniu zawartym w Wykazie, przedstawił Zamawiającemu informację nieprawdziwą, iż w ramach wskazanych tam usług 1-4 realizował czynność mycia, którą to informację podtrzymywał w składanych wyjaśnieniach, pomimo faktu, że miał pełną świadomość, że usługa mycia w rozumieniu SIWZ nie była przezeń w ramach przedstawionych w wykazie usług realizowana.

Wbrew wyraźnemu oświadczeniu ZUKTZ J. W., ujętemu w sporządzonym przez niego Wykazie Usług i treści składanych po wydaniu przez KIO wyroku w sprawie KIO 1600/18 oświadczeń, w rzeczywistości zrealizowane przez niego usługi nie spełniają wymagań Zamawiającego, określonych w pkt 9.3. SIWZ. Sporządzając oświadczenie (Wykaz Usług) i składając wyjaśnienia po wydaniu przez KIO wyroku w sprawie 1600/18 ZUKTZ J. W. wprowadził (w wyniku zamierzonego działania, a co najmniej rażącego niedbalstwa) Zamawiającego w błąd (dotyczący informacji, że spełnia warunki udziału w Postępowaniu dotyczące zdolności technicznej i zawodowej), co skutkuje obowiązkiem wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp. Z ostrożności Odwołujący wskazuje, iż nawet uznanie, że podanie w Wykazie usług i w wyjaśnieniach złożonych Zamawiającemu po wydaniu przez KIO wyroku w sprawie 1600/18 nie mających pokrycia w faktach informacji nie było wynikiem zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa z pewnością należałoby je zakwalifikować jako lekkomyślność lub niedbalstwo poprzez przedstawienie informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co wypełnia dyspozycję art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Jak wynika z orzecznictwa, przez przedstawienie nieprawdziwych informacji (informacji wprowadzających w błąd) należy rozumieć m.in. złożenie przez wykonawcę własnego oświadczenia wiedzy (lub nawet przedstawienie oświadczenia wiedzy podmiotu trzeciego), którego treść pozostaje w sprzeczności z faktami, ich skutkiem zaś winno być pozostawanie podmiotu zamawiającego w błędnym przekonaniu, co do rzeczywistego stanu rzeczy (vide: wyrok KIO z dnia 18 kwietnia 2017 r., sygn. akt KIO 576/17).

Kwestia stopnia winy Wykonawcy we wprowadzeniu w błąd rozpatrywana jest z uwzględnieniem profesjonalnego charakteru działalności Wykonawcy. Ponad wszelką wątpliwość wszyscy uczestnicy postępowania przetargowego mają obowiązek podawania informacji prawdziwych, co oznacza, iż Wykonawcy jako profesjonalści działający na rynku, składając oświadczenia winni byli dochować należytej staranności przy wypełnianiu dokumentów. Jak stwierdziła KIO w wyroku z 12 maja 2017 r., sygn. KIO 782/17): *„Ponieważ do czynności zamawiającego i wykonawców podjętych w postępowaniu stosuje się z mocy art. 14 pzp przepisy Kodeksu cywilnego, zachowanie wykonawcy polegające na przedstawieniu informacji wprowadzających w błąd zamawiającego i mogących mieć wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego należy oceniać cywilistycznie, czyli pod kątem dochowania przez wykonawcę należytej staranności wymaganej od uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia*.*

Pojęcie „zamierzone działania” ujęte w będącym przedmiotem zarzutu art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp nie wymaga szerszego omówienia a jedynie wskazania, że Jest to świadomie zachowanie się podmiotu, zmierzające do wywołania określonych skutków” (vide: np. wyrok KIO z dnia 2 maja 2017, sygn. KIO 836/17, Mackiewicz Łukasz, Konsekwencje złożenia przez wykonawcę nieprawdziwego oświadczenia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego”, LEX). Pojęcie „rażące niedbalstwo” odnoszone jest natomiast do „naruszenia elementarnych reguł prawidłowego zachowania się w danej sytuacji lub nieprzestrzegania podstawowych zasad ostrożności. Ma to być szczególnie negatywna, naganna ocena postępowania dłużnika; stopień naganności postępowania, które drastycznie odbiega od modelu właściwego w danych warunkach [wyrok SN z 22 kwietnia 2004 r. w spr. II CK 142/03]. Jak wskazano w wyroku SN z 10 marca 2004 r. w sprawie IV CK 151/03: „Przypisanie określonej osobie niedbalstwa uznaje się za uzasadnione wtedy; gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności. Przez rażące niedbalstwo rozumie się natomiast niezachowanie minimalnych (elementarnych) zasad prawidłowego zachowania się w danej sytuacji. O przypisaniu pewnej osobie winy w tej postaci decyduje więc zachowanie się przez nią w określonej sytuacji w sposób odbiegający od miernika staranności minimalnej” (wyrok KIO z dnia 2 maja 2017, sygn. KIO 836/17, wyrok KIO z dnia 1 czerwca 2015 roku, sygn. KIO 758/15).

W wyroku KIO z dnia 14 czerwca 2017 r. (sygn. akt 1085/17) Izba wskazała natomiast, że: *„Okres przeznaczony na opracowanie oferty, czyli okres od opublikowania lub zamieszczenia ogłoszenia o postępowaniu do upływu terminu składania ofert powinien być wykorzystany przez wykonawcę nie tylko do sporządzenia i złożenia oferty, ale także na sprawdzeniu czy podane w ofercie informacje odpowiadają prawdzie i nie będą mogły*

wprowadzić zamawiającego w błąd w zakresie mogącym mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia”.

W niniejszej sprawie nieprawdziwe informacje złożone zostały poprzez ich wyraźne podanie w sporządzanym przez Wykonawcę Wykazie Usług, a następnie w wyjaśnieniach złożonych Zamawiającemu na jego wezwanie na skutek wyroku KIO w sprawie 1600/18, w których to dokumentach wykonawca opisywał realizowane przez siebie (własne) zamówienia, co do których dysponuje on pełną wiedzą i pełną dokumentacją. Zarówno w wykazie, jak i wyjaśnieniach w trakcie ponownego badania ofert, wykonawca twierdził, próbując narzucić własną odbiegającą od przedmiotu zamówienia interpretację pojęcia „mycie”, że realizował usługę mycia spełniającą warunek - a za taką uznać można jedynie mycie wysokociśnieniową myjką na samochodzie, podczas gdy z całości dokumentacji wynika, że w ramach wskazanych w Wykazie usług jedynie oczyszczał ulice (zamiatał) przy użyciu wody w celu zapobiegania pyleniu, lub polewał je wodą w celu obniżenia temperatury jezdni. Tym samym, nie sposób nie przyjąć, że wprost nieprawdziwe informacje nie zostały tam ujęte w złożonych przez wykonawcę oświadczeniach w wyniku zamierzonego działania, ukierunkowanego na wywołanie u Zamawiającego błędnego przekonania, że ZUKTZ J. W. posiada wymagane doświadczenie, a co najmniej w wyniku rażącego niedbalstwa, w rozumieniu zaprezentowanym powyżej. Z uwagi na charakter podanych informacji i sposób ich prezentacji brak jest jakichkolwiek okoliczności łagodzących, mogących prowadzić do obniżenia stopnia winy składającego oświadczenie.

Dodatkowo Odwołujący wskazuje, że niezależnie od faktu, że w ocenie Odwołującego żadna z usług nr 1-4, na które powołuje się ZUKTZ J. W., nie obejmowała „mycia” wskazać należy, że nawet w przypadku, gdyby okoliczność ta (braku „mycia”) potwierdziła się tylko w odniesieniu do jednej z tych usług referencyjnych, zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, potwierdziłby się. Powyższe informacje zostały przedstawione w złożonych przez wykonawcę oświadczeniach oraz w sposób, który miał Zamawiającego wprowadzić w błąd co do rzeczywistego zakresu świadczonych usług bowiem ZUKTZ J.W. sam świadczy usługi dla MZZGiK Bytom, MZUiM w Chorzowie oraz MZDiM w Jaworznie, zna ich zakres i jest w posiadaniu wszystkich dokumentów dotyczących realizowanych czynności i przebiegu ich realizacji, w tym zaangażowanych zasobów. Jako profesjonalista w sposób zamierzony, ewentualnie w wyniku rażącego niedbalstwa wskazał w swoich oświadczeniach składanych w toku Postępowania, że wszystkie 4 ww. usługi obejmowały czynność „mycia” nawierzchni, podczas gdy - jak wynika z całokształtu okoliczności sprawy, czynność mycia nie była zlecana, opłacana i

odbierana przez żadnego z kontrahentów ZUKTZ J. W. w ramach usług wskazanych w Wykazie (z wyjątkiem niewielkiego metrażu niebędącej jezdnią płyty Rynku w Bytomiu).

Z ostrożności Odwołujący wskazuje, iż nawet uznanie, iż podanie ww. nie mających pokrycia w faktach informacji nie było wynikiem zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa z pewnością należałoby je zakwalifikować jako lekkomyślność lub niedbalstwo poprzez przedstawienie informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co skutkuje potwierdzeniem się zarzutu ewentualnego dot. naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 4 maja 2017 r. (sygn. akt KIO 734/17): „Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, wykluczenie wykonawcy z postępowania w oparciu o ten przepis wymaga łącznego wystąpienia następujących przesłanek:

- 1) przedstawienia przez wykonawcę informacji wprowadzających zamawiającego w błąd,
- 2) informacje te mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia,
- 3) przedstawienie tych informacji nastąpiło w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa wykonawcy”.

Na restrykcyjne podejście KIO do oceny stopnia winy Wykonawcy podającego informacje wprowadzające w błąd wskazuje wyrok KIO z dnia 4 maja 2017 r., sygn. akt 734/17, w którym KIO stwierdziła: „Odwołujący podnosił, że nie można w niniejszej sprawie przypisać Odwołującemu ani winy umyślnej, ani nieumyślnej, gdyż przypisanie p. M.S. funkcji kierownika budowy na zadaniu "Modernizacja ul. Powstańców Śląskich i ul. Karkonoskiej (...)" nie było świadomym działaniem Odwołującego, skierowanym na wywołanie u Zamawiającego błędnego przekonania, że pełnił on funkcję kierownika budowy na ww. zadaniu. Izba nie podzieliła powyższego stanowiska, bo jeśli nawet uznać, że nie było zamiarem Odwołującego wprowadzenie Zamawiającego w błąd, to fakt wprowadzenia w błąd nastąpił i to w wyniku działania Odwołującego. Działanie to należy oceniać w kategoriach zachowania należytej staranności wymaganej od przedsiębiorcy - profesjonalisty. Nie sposób przyjąć, że wykonawca działał w powyższym zakresie z należyłą starannością, skoro nie miał pewności co do spełniania warunku udziału w postępowaniu i nie potrafił danych okoliczności wykazać, uwzględniając zasadę pisemności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W świetle powyższego należało uznać; że złożenie przez Odwołującego w JEDZ nieprawdziwej informacji co do doświadczenia p. M.S. w charakterze kierownika budowy stanowi wyraz co najmniej niedbalstwa ze strony wykonawcy.” Mając na uwadze powyższe, łączne wystąpienie w okolicznościach sprawy trzech ww. przesłanek jest ewidentne.

Jedynie z ostrożności Odwołujący wskazuje też, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem KIO złożenie przez wykonawcę dokumentów / informacji, które wprowadzają zamawiającego w błąd powoduje skutek bezpośredni polegający na wykluczeniu takiego wykonawcy z postępowania. W powyższym zakresie wykluczona jest możliwość wzywania wykonawcy do uzupełnień lub wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy Pzp (vide m.in. wyrok KIO z dnia 19 czerwca 2017 roku, sygn. akt KIO 1058/17), która nota bene została już i tak w niniejszym Postępowaniu wykorzystana (po wyroku KIO w sprawie 1600/18), gdyż:

- po pierwsze w dniu 03.09.2018 r. Wykonawca sam złożył wyjaśnienia i przekazał dokumenty od swoich kontrahentów (bez wezwania Zamawiającego) podtrzymując prawidłowość wskazanych pierwotnie w Wykazie pozycji do oceny w ramach warunku opisanego w pkt 9.3. SIWZ, dokonując „samowjaśnienia” i „samouzupełnienia”;
- po drugie zaś - Wykonawca został już wezwany do wyjaśnień i uzupełnień w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp przez Zamawiającego pismem z dnia 05.09.2018 r.

W związku z powyższym jedynie z ostrożności Odwołujący podkreśla, że jak wskazała KIO w wyroku z dnia 2 lutego 2018 roku, sygn. KIO 113/18, KIO 116/18: „Rację ma Zamawiający twierdząc; że umożliwienie Odwołującemu uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku doświadczenia w praktyce byłoby tożsame z pozwoleniem mu na zamianę dokumentów zawierających informacje nieprawdziwe na prawdziwe i to w sytuacji, gdy Zamawiający sam odkrył, że został wprowadzony w błąd. Takie traktowanie przepisów art. 24 ust 1 pkt 16 i 17 Pzp przeczyłoby ich sensowi. Przepisy te stanowią sankcję dla nieuczciwych bądź niedbałych wykonawców. Celem tej regulacji jest zmuszanie wykonawców do zachowywania należytej staranności i uczciwego postępowania wobec zamawiającego, pod rygorem wykluczenia z postępowania. Pozostawienie w postępowaniu wykonawcy, który wprowadził Zamawiającego w błąd, z zastosowaniem art. 26 ust. 3 Pzp lub art. 26 ust 4 Pzp doprowadzałoby do sytuacji, gdy nieuczciwym wykonawcom wręcz opłacałoby się posługiwać nieprawdziwymi informacjami, bo nie wiązałoby się to dla nich z żadnym ryzykiem.”

Odwołujący podkreśla przy tym, że zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej - dokonując ponownej oceny spełniania warunków przez wykonawcę (ZUKTZ J. W.) Zamawiający winien dokonać tej czynności rzetelnie, w tym uwzględniając nowe okoliczności i dowody, jakie uzyskał w toku tej czynności. Tymczasem Zamawiający zupełnie pominął rzeczywistą i literalną treść pism kontrahentów ZUKTZ J. W. z Jaworzna, Bytomia, jak również Chorzowa, z których jasno wynika, że ZUKTZ J. W. wprowadza Zamawiającego w błąd. Odwołujący wskazuje w tym zakresie na orzecznictwo KIO, w którym wskazano:

- wyrok z dnia 18 marca 2011 r., KIO/467/11: „W niniejszym stanie faktycznym zamawiający dokonał ponownego badania i oceny ofert, stwierdzając w trakcie badania

oferty Odwołującego, iż Odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Wątpliwości Odwołującego budzi okoliczność czy Zamawiający mógł, mimo wyroku w sprawie o sygn. akt KIO/122/11, czynności takiej dokonać. Zdaniem izby Zamawiający na każdym etapie postępowania powziąwszy wątpliwości co do prawidłowości oferty danego wykonawcy, w tym także na skutek pojawienia się nowych informacji, w tym pochodzących także od innych wykonawców, zobowiązany jest niezależnie od etapu postępowania dokonać ich sprawdzenia, a gdyby wątpliwości takie, na skutek dokonanego następnie badania oferty i wyjaśnienia jej treści, potwierdziły się, a taka sytuacja miała miejsce w niniejszym stanie faktycznym, powinien takiego wykonawcę wykluczyć, tym samym odrzucając jego ofertę. Niedopuszczalnym byłoby, mimo istnienia podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania, a okoliczność tę potwierdził sam Odwołujący w toku rozprawy, sanować ten fakt, wykonując wyrok Izby, która w istocie orzekła wyłącznie w zakresie oceny oferty w ramach kwestionowanego kryterium, a więc jedynie w zakresie objętym wówczas zaskarżeniem."

- wyrok z dnia 30 sierpnia 2010 r., KIO 1766/10: „Należy przy tym stwierdzić, że Izba rozpatrując sprawę w poprzednim postępowaniu uwzględniła zarzut nieuzasadnionego odrzucenia oferty i w zakresie tego zarzutu uznała, że oferta nie podlega odrzuceniu. Tym samym nakazanie przywrócenia oferty odwołującego do postępowania stało się równoznaczne z koniecznością unieważnienia odrzucenia jego oferty oraz dokonaniem ponownej oceny ofert z uwzględnieniem jego oferty z powodu braku podstaw do odrzucenia oferty. Nie oznacza to jednak konieczności wyboru oferty przywróconej do postępowania w przypadku, gdy w toku powtórzonych czynności zajdą nowe okoliczności odnoszące się do badanej oferty, w tym także do wykonawcy, który tę ofertę złożył, wskazujących na zaistnienie przesłanek do wykluczenia wykonawcy."
- wyrok z dnia z dnia 28 lipca 2011 r., KIO 1529/11: „W ocenie Izby Zamawiający ma każdorazowo prawo do samoistnego podjęcia decyzji o powtórzeniu dokonanych przez siebie czynności w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o ile uzna, iż dokonane uprzednio czynności są obarczone wadą lub zachodzą inne okoliczności uzasadniające ich unieważnienie. (...) W takim wypadku Zamawiający dokonując powtórnie czynności, nawet wskutek uwzględnienia odwołania, winien kierować się w swoich działaniach przepisami prawa, postanowieniami SIWZ i opierać swoje działania na prawidłowo ustalonym stanie faktycznym. W przeciwnym wypadku mogłoby dojść do sytuacji, iż pomimo wiedzy Zamawiającego o dokonaniu czynności z naruszeniem prawa, Zamawiający utrzymałby je w mocy pomimo ich oczywistej wadliwości. Nadzędną zasadą dotyczącą wszelkiego rodzaju czynności przedsięwziętych przez instytucje zamawiające w toku postępowania o udzielenie

zamówienia publicznego jest ich zgodność z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych.”

W zakresie naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp

Jak już wcześniej wskazano, wykonawca w Postępowaniu musi wykazać się usługą / usługami polegającymi na „zamiataniu oraz myciu nawierzchni ulic, o powierzchni dróg min. 3 000 000 m²”, co oznacza, iż usługą mycia musiała być objęta co najmniej wymagana powierzchnia 3 000 000 m² i opisane usługi referencyjne musiały być realizowane:

- w tym samym czasie,
- przez okres minimum 1 sezonu letniego.

W zakresie naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Jak już wcześniej wskazano, wykonawca w Postępowaniu musi wykazać się usługą / usługami polegającymi na „zamiataniu oraz myciu nawierzchni ulic, o powierzchni dróg min. 3 000 000 m²”, co oznacza, iż usługą mycia musiała być objęta co najmniej wymagana powierzchnia 3 000 000 m² i opisane usługi referencyjne musiały być realizowane:

- w tym samym czasie,
- przez okres minimum 1 sezonu letniego.

treść tego wyroku przy ocenie złożonych w Postępowaniu wyjaśnień wykonawcy ZUKTZ J. W., Mając na względzie powyższe, brak podstaw do uznania, że wykonawca ZUKTZ J. W. spełnia warunek udziału w Postępowaniu wskazany w pkt 9.3. SIWZ.

Podsumowując, Odwołujący wskazuje, że Zamawiający, wbrew wyraźnej regulacji ustawy Pzp oraz szeroko rozumianej uczciwości milcząco zaaprobował naganne zachowanie ZUKTZ J. W., polegające na podaniu informacji nieprawdziwych. Dodatkowo uwzględnił wyjaśnienia ZUKTZ J. W., dotyczące sposobu rozumienia zakresu zrealizowanych usług, które stoją w oczywistej sprzeczności z wyrokiem KIO 1600/18, który Zamawiający zobowiązany był wykonać. W ponownej ocenie oferty ZUKTZ J. W. Zamawiający zupełnie pominął też aspekt warunku odnoszący się do wymaganej ilości m² nawierzchni, na jakich miała być realizowana m.in. usługa mycia w tym samym czasie, w ramach jednego sezonu letniego.

Wobec powyższych okoliczności, odwołanie w ocenie Odwołującego jest w pełni uzasadnione.

Dnia 24 sierpnia 2018 roku do postępowania odwoławczego zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawca J. W. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą

Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J W., ul. Władysława Łokietka 4, 41-933 Bytom (zwany dalej Przystępującym) wnosząc o oddalenie odwołania.

Dnia 28 września 2018 roku Przystępujący złożył pismo procesowe, w którym podtrzymał złożone w dniu 24 września 2018 roku oświadczenie o bezzasadności podnoszonych w odwołaniu zarzutów oraz wniósł o:

- 1) rozważenie okoliczności odrzucenia odwołania na posiedzeniu, w oparciu o przepis
 - art. 189 ust. 2 pkt 2) Pzp - z uwagi na wniesienie odwołania przez podmiot nieuprawniony,
 - art. 189 ust. 2 pkt 4) Pzp - z uwagi na to iż Odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie o sygnaturze akt KIO 1600/18, dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego Odwołującego, oraz
 - art. 189 ust. 2 pkt 5) ustawy Pzp – z uwagi na to, iż odwołanie dotyczy czynności, którą Zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku o sygnaturze akt KIO 1600/18,
- 2) ewentualnie oddalenie odwołania jako wniesionego przez podmiot nieposiadający interesu we wniesieniu odwołania z uwagi na to, że oferta Odwołującego została odrzucona, a Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku KIO 1600/18 uznała czynność Zamawiającego z dnia 31 lipca 2018 roku w tym zakresie za prawidłową,
- 3) ewentualnie, oddalenie odwołania jako bezzasadnego.

Zamawiający, na posiedzeniu w dniu 2 września 2018 roku wniósł o odrzucenie odwołania powołując się na przepis art. 189 ust. 2 pkt 2), art. 189 ust. 2 pkt 4) i art. 189 ust. 2 pkt 5) ustawy Pzp, lub ewentualnie o oddalenie odwołania z uwagi na brak interesu Odwołującego we wniesieniu odwołania, w pełni podzielając argumentację Przystępującego, zawartą w piśmie procesowym z dnia 28 września 2018 roku.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017 roku, poz. 1579 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania.

Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 20 września 2018 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co zostało potwierdzone na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika postępowania.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy – Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Izba stwierdziła także skuteczność wniesionego przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Zgłoszenie przystąpienia nastąpiło z zachowaniem terminu określonego w art. 185 ust. 2 Pzp. Kopia przystąpienia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu – co również zostało potwierdzone na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika postępowania.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie złożoną do akt sprawy, pismo procesowe Przystępującego a także stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie na posiedzeniu i rozprawie, do protokołu.

Izba włączyła również w poczet materiału dowodowego dokumentację postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1600/18, którego przedmiotem rozpoznania było odwołania wniesione na czynności Zamawiającego podjęte w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Izba ustaliła, co następuje:

W przedmiotowym postępowaniu, w zakresie Zadania nr 1 pn.: „Oczyszczanie jezdni oraz tunelu” wpłynęły do Zamawiającego dwie oferty, oferta złożona przez Odwołującego i Przystępującego.

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ) dla Zadania 1, w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej (pkt 9.3 str. 3) Zamawiający ustanowił następujący warunek udziału w postępowaniu:

„Wykonawca musi wykazać, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzonej działalności jest krótszy w tym okresie, wykonał należycie lub nadal wykonuje, usługę lub usługi polegające na: mechanicznym i ręcznym zmiataniu oraz myciu nawierzchni ulic, o powierzchni dróg min. 3.000.000 m² (w tym powierzchni z asfaltu, betonu i granitu). Zamawiający dopuszcza łączenie doświadczenia z

maksymalnie 3 umów realizowanych w tym samym czasie przez okres minimum 1 sezonu letniego”.

Decyzją z dnia 31 lipca 2018 roku Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp z uwagi na to, że oferta zawierała błąd w obliczeniu ceny.

W dniu 10 sierpnia 2018 roku Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej Odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów Pzp:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez uznanie, że Odwołujący złożył ofertę z błędną stawką podatku VAT dla czynności „Mycia ścian tunelu” a w konsekwencji, że oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny i podlega odrzuceniu, podczas gdy cena oferty (w tym VAT) została wyliczona prawidłowo;
- 2) art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia ZUKTZ J. W. z Postępowania pomimo, że wykonawca ten wprowadził (w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa) Zamawiającego w błąd, przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w Postępowaniu dotyczące zdolności technicznej i zawodowej w zakresie posiadanego doświadczenia;
- 3) ewentualnie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia ZUKTZ J. W. z Postępowania w związku z tym, że wykonawca ten przedstawił (w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa) informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego a powyższe miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, tj. na wybór oferty ZUKTZ J. W. jako najkorzystniejszej;
- 4) ewentualnie art. 26 ust. 3 w związku z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania ZUKTZ J. W. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp pomimo, że wykonawca ten w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp nie wykazał spełniania warunku udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej dotyczącego doświadczenia, określonego w pkt 9.3. SIWZ;
- 5) art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez uznanie, że ZUKTZ J. W. złożył ofertę niezawierającą błędów w obliczeniu ceny, podczas gdy całe zamówienie (Zadanie 1) podlega stawce VAT 8%;
- 6) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty złożonej przez Wykonawcę podlegającego wykluczeniu, która nie jest ofertą najkorzystniejszą w Postępowaniu, bowiem najkorzystniejszą, nie podlegającą odrzuceniu ofertę złożył Odwołujący, i wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert oraz uznanie, że Przystępujący podlega wykluczeniu oraz, że oferta Odwołującego nie podlega odrzuceniu, a w konsekwencji stanowi ofertę najkorzystniejszą.

Wyrokiem z dnia 24 sierpnia 2018 roku sygnatura akt KIO 1600/18 Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp (zarzut trzeci) i nakazała Zamawiającemu unieważnienie wyboru oferty Przystępującego jako oferty najkorzystniejszej oraz wezwanie Przystępującego w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących zakresu prac wykonanych na rzecz podmiotów wskazanych w załączniku nr 9 do oferty – „Wykaz Usług”, ewentualnie wezwanie wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu określonego w punkcie 9.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Pozostałe zarzuty podniesione w odwołaniu zostały oddalone. Zatem Izba utrzymała w mocy decyzję Zamawiającego dotyczącą odrzucenia oferty Odwołującego. W zakresie zarzutów dotyczących naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12, 16 i 17 Pzp Izba wskazała, iż *„Wykluczenie Przystępującego na podstawie któregośkolwiek z w/w przepisów w oparciu wyłącznie o odmienną terminologię, bez zbadania zakresu faktycznie wykonanych czynności, których opis zawarty jest w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia oraz umowach zawartych z wykonawcą, byłoby sankcją przedwczesną”*. W związku z powyższym nakazała Zamawiającemu wezwanie Przystępującego w trybie art. 26 ust. 4 Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących zakresu prac wykonanych na rzecz podmiotów wskazanych w załączniku nr 9 do oferty – „Wykaz Usług”. Zamawiający wykonał czynność nakazaną w wyroku i wystąpił do Przystępującego na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp o złożenie wyjaśnień wraz z załączeniem dokumentów dotyczących wykazu usług dla Zadania nr 1 w związku z wątpliwościami dotyczącymi posiadanej wiedzy i doświadczenia w zakresie utrzymania powierzchni z asfaltu, betonu i granitu oraz czynności mycia nawierzchni ulic. Dodatkowo, Zamawiający wystąpił do podmiotów na rzecz których realizowane były usługi referencyjne, tj. do:

- 1) Zarządu Zieleni Miejskiej i Gospodarki Komunalnej w Bytomiu pismem z dnia 28 sierpnia 2018 roku,
 - 2) Miejskiego Zarządu Dróg i Mostów w Jaworznie pismem z dnia 30 sierpnia 2018 roku,
 - 3) Miejskiego Zarządu Ulic i Mostów w Chorzowie pismem z dnia 30 sierpnia 2018 roku
- o informacje, czy usługi wykazane przez Przystępującego obejmowały oprócz utrzymania nawierzchni asfaltowych, także (nawet w niewielkiej ilości) nawierzchnie z betonu, z kostki betonowej i granitu bądź kostki kamiennej, oraz czy w ramach ww. zadań Przystępujący, poza usługami mechanicznego i ręcznego zmiatania ulic, świadczył również usługi mycia części lub całości nawierzchni utrzymywanych ulic.

W wyniku udzielonych przez Przystępującego oraz wystawców Poświadczeń wyjaśnień, które w ocenie Zamawiającego potwierdziły iż Przystępujący spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia, Zamawiający w dniu 10 września

2018 roku dokonał ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej, za którą została uznana oferta złożona przez Przystępującego. Czynność ta została zaskarżona przez Odwołującego, poprzez wniesienie w dniu 20 września 2018 roku odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Izba zważyła co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba odniosła się do podnoszonych na posiedzeniu przez Zamawiającego oraz Przystępującego przesłanek odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2, 4 i 5 ustawy Pzp oraz podnoszonego braku interesu Odwołującego we wniesieniu odwołania.

W ocenie Izby w analizowanym stanie faktycznym nie zaistniały przesłanki skutkujące odrzuceniem odwołania. Nie można się zgodzić ze stanowiskiem, że odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony, którym według Zamawiającego i Przystępującego jest Odwołujący, z uwagi na utratę statusu wykonawcy. Zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp „środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy”. Odwołujący co najmniej miał interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, a szkodę może ponieść nie uzyskując tego zamówienia w przyszłości. Ponadto Odwołujący wniósł skargę od wyroku KIO 1600/18, w którym Krajowa Izba Odwoławcza nakazała odrzucenie jego oferty i do momentu odrzucenia lub oddalenia skargi Odwołujący nie utracił statusu wykonawcy, a co za tym idzie, nie utracił statusu podmiotu uprawnionego do wniesienia odwołania.

Odnosząc się do twierdzenia, że Odwołujący powołuje się na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego Odwołującego, wskazać należy, iż co prawda zarzuty dotyczące naruszenia art. 24 ust. 12, 16 i 17 ustawy Pzp były podnoszone w odwołaniu o sygnaturze akt KIO 1600/18, jednak nie były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę – a tylko taka okoliczność faktyczna może być podstawą odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt. 5 Pzp. Izba w wyroku KIO 1600/18 uznała, iż wykluczenie Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 12, 16 i 17 Pzp byłoby sankcją przedwczesną i nakazała wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących zakresu wykonanych prac na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp, ewentualnie na

podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu określonych w pkt. 9.3 SIWZ.

Co do okoliczności, iż odwołanie dotyczy czynności, którą Zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby, również i w tym zakresie Izba nie podzieliła argumentacji Zamawiającego i Przystępującego. Wskazać należy, iż Zamawiający wykonując czynność zgodnie z wyrokiem Izby, wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień i uzupełnień w zakresie złożonych oświadczeń i dokumentów. Czynnością stanowiącą podstawę odwołania nie było natomiast wezwanie skierowane do Przystępującego, lecz ocena otrzymanych w wyniku tego wezwania wyjaśnień, dokonana przez Zamawiającego. Ocena ta stanowiła nową okoliczność (czynność), która jest przedmiotem niniejszego odwołania. Wobec powyższego, w ocenie Izby nie zaistniały okoliczności skutkujące odrzuceniem odwołania.

Odnosząc się do kwestii interesu we wniesieniu odwołania, Izba uznała, iż Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania. Izba wskazuje na konieczność szerokiego rozumienia interesu we wnoszeniu środków ochrony prawnej, co na gruncie polskich przepisów przekłada się na to, że interesu wykonawcy w uzyskaniu kontraktu nie należy odnosić tylko do „danego postępowania”, ale do „danego zamówienia”. Pojęcie „danego zamówienia” jest więc pojęciem szerszym od pojęcia samego postępowania o udzielenie zamówienia. Zamówienia bowiem można udzielić nie tylko w wyniku przeprowadzenia jednego postępowania, lecz tych postępowań może być więcej, zwłaszcza w sytuacji, kiedy w wyniku poprzedniego postępowania w tej samej sprawie nie wyłoniono wykonawcy albo nie udzielono zamówienia. Odwołujący, jako podmiot, który wniósł skargę na wyrok KIO 1600/18, nie utracił statusu wykonawcy i cały czas ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia, może zatem ponieść szkodę na skutek niezgodnych z ustawą decyzji Zamawiającego, a tym samym ma interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ustawy Pzp. Pogląd ten jest zgodny z poglądem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej wyrażonym m.in. w wyroku w sprawie C-131/16.

Odnosząc się do zarzutów podniesionych w odwołaniu, Izba za zasadny i potwierdzony uznała zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp w związku z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt. 16 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić

wymaganych dokumentów. Dla właściwej wykładni przepisu art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp należy odwołać się do pojęć, do których odsyła interpretowany przepis, a więc do pojęcia zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, którego wykładnię podzieliła również Izba. Pojęcie „zamierzone działanie” to świadome zachowanie się podmiotu, zmierzające do wywołania określonych skutków (por. np. wyrok KIO z 12 maja 2017, sygn. KIO 836/17), zaś pojęcie „rażące niedbalstwo” odnosi się do „naruszenia elementarnych reguł prawidłowego zachowania się w danej sytuacji lub nieprzestrzegania podstawowych zasad ostrożności. Ma to być szczególnie negatywna, naganna ocena postępowania dłużnika; stopień naganności postępowania, które drastycznie odbiega od modelu właściwego w danych warunkach (wyrok SN z 22 kwietnia 2004 r. w spr. II CK 142/03). Jak wskazano w wyroku Sądu Najwyższego z 10 marca 2004 r. w sprawie IV CK 151/03 Przepisanie określonej osobie niedbalstwa uznaje się za uzasadnione wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności. Przez rażące niedbalstwo rozumie się natomiast niezachowanie minimalnych (elementarnych) zasad prawidłowego zachowania się w danej sytuacji. O przypisaniu pewnej osobie winy w tej postaci decyduje więc zachowanie się przez nią w określonej sytuacji w sposób odbiegający od miernika staranności minimalnej”.

Z kolei przesłanka wprowadzenia zamawiającego w błąd polega na przedstawieniu przez wykonawcę nieprawdziwych informacji, czyli zaistnienia sprzeczności pomiędzy informacją wynikającą z treści dokumentu złożonego przez wykonawcę a rzeczywistością. Stan ten zaistnieje, gdy przedstawione zostaną informacje obiektywnie nieprawdziwe, niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy, który ma znaczenie dla danego postępowania. Na skutek podania takich informacji zamawiający zostaje wprowadzony w błąd, czyli nabiera mylnego wyobrażenia o stanie faktycznym lub też skutkuje to po jego stronie brakiem jakiegokolwiek wyobrażenia o nim (por. „Informacja o działalności Krajowej Izby Odwoławczej w 2017 roku”).

Kwestia niezgodności informacji z rzeczywistością, stanowiąca rozróżnienie „prawda” czy „fałsz”, nie jest zależna od intencji, czy też źródła, lecz stanowi wartość bezwzględną nie podlegającą ocenie. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 5 kwietnia 2002r. II CKN 1095/99 „wypowiedź o rzeczywistości jest prawdziwa tylko wtedy, gdy głosi tak, jak jest w rzeczywistości. Powyższe rozumienie pojęcia <<nieprawdziwych>> informacji nawiązuje do obiektywnej niezgodności treści podawanych oświadczeń z rzeczywistością. Podkreślenia przy tym wymaga, że informacje podawane w postępowaniu o zamówienie są oświadczeniami wiedzy składanymi w sposób celowy, w odpowiedzi na warunki określone przez zamawiającego, zatem ich podanie winno być rozpatrywane w kategorii staranności wymaganej w danych okolicznościach, z uwzględnieniem profesjonalnego charakteru postępowania o zamówienie oraz zawodowego charakteru prowadzonej działalności przez

wykonawców. Jak wskazuje się w orzecznictwie, należyta staranność dłużnika określana przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej działalności gospodarczej uzasadnia zwiększone oczekiwanie, co do umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania. Obejmuje także znajomość obowiązującego prawa oraz następstw z niego wynikających w zakresie prowadzonej działalności”. Powyższe rozważania można bez przeszkód przenieść na grunt obecnej regulacji art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp, z tą różnicą, że obecnie naruszenie to przybrało wymiar ściśle skutkowy, co nie zmienia faktu, że nadal hipotezą obu regulacji jest objęta kwestia prezentacji przez wykonawcę informacji niezgodnych z rzeczywistym stanem rzeczy.

Przenosząc powyższe rozważania na płaszczyznę będącą przedmiotem odwołania, wskazać należy, iż jednym z warunków udziału w postępowaniu była konieczność wykazania się doświadczeniem wymaganym w SIWZ pkt 9.3., polegającym na tym, iż wykonawca musi wykazać wykonanie co najmniej jednej usługi polegającej na: mechanicznym i ręcznym zmiataniu oraz myciu nawierzchni ulic, o powierzchni dróg min. 3 000 000 m², w tym powierzchni z asfaltu, betonu i granitu”. Zamawiający dopuścił możliwość łączenia doświadczenia z maksymalnie 3 umów realizowanych w tym samym czasie przez okres minimum 1 sezonu letniego.

Sporny element warunku udziału w postępowaniu, dotyczył doświadczenia w zakresie niezdefiniowanego przez zamawiającego „mycia nawierzchni ulic”. W ocenie Izby „mycie nawierzchni ulic” jest usługą inną, odmienną od usługi zmiatania, jak też usługi polewania, zwilżania czy zraszania ulic i nie należy usług tych utożsamiać. Pomimo pewnego podobieństwa czynności istotą i celem usługi mycia jest utrzymanie czystości nawierzchni, a nie jedynie jej zwilżenie/zmoczenie np. w celu obniżenia temperatury czy w celu zapobiegania rozproszaniu się kurzu przy zmiataniu. Usługa ta, jak wskazał Zamawiający w treści warunku, ma „polegać na” myciu, a mycie lub częściowe umycie nie może być ubocznym skutkiem innej czynności np. przy polewaniu czy zraszaniu, lecz ma stanowić realizację konkretnej, zamówionej i zleconej usługi, której celem jest utrzymanie czystości. Ponadto, jeżeli zamawiający wymagają, aby w ramach przedmiotu zamówienia została wykonana usługa mycia nawierzchni ulic, czynność tę wyraźnie wskazują w opisie przedmiotu zamówienia, tak jak uczynił to Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu. Ma to o tyle znaczenie, że jak wskazano podczas rozprawy, tylko niektóre miasta usługę mycia ulic zamawiają – zatem uzyskanie doświadczenia w tym zakresie jest trudniejsze i brak takiego konkretnego doświadczenia mógł stanowić podstawę decyzji wykonawców o nieprzystępowaniu do przetargu, która byłaby podjęta przy świadomości, że Zamawiający czynność tę będzie interpretował rozszerzająco.

Co więcej, usługa taka jest osobno wyceniana w formularzu oferty, co również świadczy o jej odrębności od usługi zmiatania z użyciem wody czy zwilżania w celu obniżenia temperatury nawierzchni. Potwierdzają to również dowody złożone na rozprawie przez Odwołującego:

- kopia formularza cenowego z przedmiotowego postępowania, w którym usługi zmiatania oraz mycia wyraźnie zostały odróżnione, wyodrębnione do osobnej wyceny (jako usługi nietożsame), ponadto usługa zmywania jezdni w wycenie Przystępującego jest droższa od usługi zmiatania, co potwierdza odmienność obu usług,
- wyciąg SIWZ wraz z formularzem oferty na usługę „letniego mechanicznego utrzymania czystości dróg i placów na terenie miasta Zabrze”, gdzie mycie nawierzchni ulic jest wskazane jako odrębna od zmiatania usługa i oddzielnie wyceniana w formularzu oferty.

W związku z powyższym, za mycie nie może zostać uznane zmiatanie z użyciem wody (w celu zmniejszenia kurzu), bowiem usługa ta ze swej istoty dalej jest usługą zmiatania, a poprzez użycie wody nie staje się zmiataniem i myciem.

W ocenie Izby, Przystępujący jako profesjonalista w przedmiotowej dziedzinie potrafi odróżnić usługę mycia nawierzchni ulic od jej zraszania czy zwilżania, zwłaszcza że ich cel oraz metoda świadczenia są odmienne.

Wskazać należy, iż w analizowanym stanie faktycznym nie jest istotne, czy usługa mycia nawierzchni ulic została wykonana przez pojazdy wyposażone w myjki wysokociśnieniowe, czy też nie, bowiem takiego warunku nie stawiał Zamawiający w SIWZ. Zatem ocena sposobu wykonywania usługi mycia byłaby niezgodna z intencją Zamawiającego, który w tym zakresie nie sformułował żadnych wymagań. Istotne było jedynie, aby wykonawca ubiegający się o przedmiotowe zamówienie, wykazał się doświadczeniem w zmiataniu mechanicznym i ręcznym oraz myciu określonej powierzchni ulic. Wobec powyższego Izba nie uwzględniła dowodów złożonych przez Odwołującego i Przystępującego w zakresie pojazdów przeznaczonych do zmiatania i mycia ulic, wydruku ze stron internetowych dotyczących znaczenia słów „polewaczka” i „zmywarka”, bowiem zostały one złożone na okoliczność, która nie jest objęta warunkiem udziału w postępowaniu, oraz zestawienia własnego Odwołującego w zakresie porównania przedmiotu zamówienia dla Bytomia, Jaworzna, Chorzowa i Zabrze z uwagi na brak opatrzenia ich podpisem lub poświadczeniem za zgodność z oryginałem.

Zamawiający na rozprawie oświadczył, iż dla potwierdzenia spełnienia warunku zaliczył Przystępującemu dwie usługi realizowane dla Bytomia wymienione w poz. 1 i 2 wykazu usług. Wskazać należy, że usługi te, jako realizowane w kolejnych latach, nie spełniały

wymogu realizacji w tym samym czasie. Ponadto, nawet przyjęcie wykazanych w wykazie usług w innej konfiguracji nie potwierdziłoby spełnienia wymaganego warunku udziału w postępowaniu w zakresie powierzchni mytej.

Usługi realizowane dla Miejskiego Zarządu Zieleni i Gospodarki Komunalnej w Bytomiu (poz. 1 i 2 wykazu usług).

Przystępujący w wykazie usług (załącznik nr 8 do oferty) wykazał dwie umowy „Realizacja pakietu usług sanitarno-porządkowych i konserwacyjnych na terenie miasta Bytomia” realizowane w okresie do 01.05.2015 r. do 30.06.2016 r. i od 01.07.2016 r. do 30.06.2017 r. o takiej samej powierzchni zamiatanej i mytej, tj. powyżej 2.000.000 m² dla każdej z umów. Załączone poświadczenia wskazują na należyte wykonanie usługi, bez odniesienia się do wykonywanego zakresu.

W odpowiedzi na pismo Zamawiającego z 30 sierpnia 2018 roku, skierowane do MZZIGK w Bytomiu (wystawcy poświadczeń) z prośbą o udzielenie informacji, czy w ramach zadań w 2016 roku, poza usługami mechanicznego i ręcznego zamiatania ulic, wykonawca świadczył również usługi mycia części lub całości nawierzchni utrzymywanych ulic, otrzymał pismem z 6 września 2018 roku odpowiedź, iż umowa dotycząca zadania nie precyzuje określenia „mycie ulic”, a wykonawca mógł użyć każdej możliwej technologii, nie wyłączając mycia ulic. MZZIGK w Bytomiu wskazał, iż wykonana została usługa polewania w celu obniżenia temperatury nawierzchni, której efektem ubocznym było splukiwanie, które można zakwalifikować jako mycie. Ponadto, w odpowiedzi wyraźnie wskazano, że wykonawca zobowiązany jest do mycia nawierzchni Rynku. Podobna treść znalazła się również w piśmie z 29 sierpnia 2018 roku skierowanym do Przystępującego. Odwołujący złożył na rozprawie dowód – „Wniosek o udostępnienie informacji publicznej” z dnia 13 września 2018 roku skierowany do MZZIGK w Bytomiu w celu doprecyzowania poprzednio udzielonych informacji wraz z odpowiedzią z 19 września 2018 roku. Z odpowiedzi wynika, iż w ramach umowy nie występuje samodzielna pozycja „mycie ulic”, jednakże umowa obejmowała mycie płyty Rynku (co wynika z opisu przedmiotu zamówienia), do którego nawiązuje treść pisma. Ponadto ze złożonych przez Przystępującego na rozprawie dowodów, tj.

- opisu przedmiotu zamówienia dla usług realizowanych dla Bytomia: wyciąg z załącznika nr 3 do umowy MZZiGK.272.33.2016 z 02.05.2016 r. i MZZiGK.272.31.2015 z 30.04.2015 r. wyraźnie wynika, że przedmiot zamówienia (w zakresie spornego zakresu) obejmował zamiatanie mechaniczne i/lub ręczne nawierzchni z użyciem wody w celu zapobiegania rozproszeniu się kurzu, polewanie nawierzchni jezdni ulic przy temperaturze otoczenia powyżej 25°C w celu obniżenia temperatury nawierzchni, oraz

mycie wodą z dodatkiem detergentów (...) nawierzchni płyty Rynku – jako usługa wyodrębniona od zmiatania,

- opisu przedmiotu zamówienia (wyciąg z załącznika nr 1 do umowy nr MZDiM.SA.272.3/2016 z 21.03.2016) dla usługi realizowanej w Jaworznie, z którego wynika, iż przedmiot zamówienia obejmował mechaniczne zmiatanie, w ramach którego należy dokonać polewania, zwilżania powierzchni ulic w celu zmniejszenia wydzielania się kurzu, oraz przy temperaturach powyżej 25°C zabieg zmywania powierzchni jezdni (odróżniony od zmiatania),

wynika, iż w ramach umów wskazanych w wykazie usług mycie nawierzchni ulic dotyczyło jedynie płyty Rynku w Bytomiu, której powierzchnia nie spełnia wielkości wymaganej w SIWZ. Pozostałe usługi, pomimo iż realizowane były z użyciem wody, nie stanowią usługi mycia nawierzchni ulic. Zatem w ocenie Izby powierzchnia mytych ulic, jaką mógł się wykazać wykonawca, to jedynie płyta Rynku, wynosząca ok. 11.000 m².

Jak już wskazano powyżej, usługa mycia ma być usługą „polegającą na” myciu (zamówioną), a nie czynnością, która jest realizowana (i to w pewnym jedyne stopniu) „przy okazji”.

Usługa realizowane dla Miejskiego Zarządu Dróg i Mostów w Jaworznie (poz. 3 wykazu usług).

Przystępujący w wykazie usług (załącznik nr 8 do oferty) wykazał umowę na „utrzymanie czystości na terenie miasta Jaworzna” zrealizowaną w okresie od 01.04.2016 r. do 31.10.2016 r. dla Miejskiego Zarządu Dróg i Mostów w Jaworznie. W wykazie wskazał mechaniczne i ręczne zmiatanie oraz mycie nawierzchni ulic na powierzchni ok. 1.116.612 m². Z załączonych poświadczeń wynika należyte wykonanie umowy. Ponadto poświadczenia odnoszą się do zakresu objętego przedmiotem zamówienia i nie wynika z nich, że Przystępujący w ramach realizacji ww. umowy wykonywał mycie nawierzchni ulic.

W odpowiedzi na pismo Zamawiającego z 30 sierpnia 2018 roku skierowane do MZDiM w Jaworznie (wystawcy poświadczeń) z prośbą o udzielenie informacji, czy w ramach zadań w 2016 roku, poza usługami mechanicznego i ręcznego zmiatania ulic, wykonawca świadczył również usługi mycia części lub całości nawierzchni utrzymywanych ulic, otrzymał pismem z 4 września 2018 roku odpowiedź, iż przy wykonywaniu pracy w technologii zmiatania mechanicznego dokonywane było polewanie (zwilżanie) powierzchni ulic w celu zmniejszenia wydzielania kurzu. Zgodnie z zapisami umowy w zamian za zmiatanie powierzchni dróg i ulic przewidywany był zabieg zmywania nawierzchni jezdni – na wskazanie Zamawiającego, jednakże nie został on wykorzystany w omawianym okresie obowiązywania umowy.

W ocenie Izby, z informacji tej jednoznacznie wynika, iż w ramach ww. usług realizowanych dla Jaworzna, Przystępujący nie może wykazać się doświadczeniem wymaganym przez Zamawiającego, bowiem nie wykonywał usługi mycia nawierzchni ulic, stanowiącej istotny element warunku udziału w postępowaniu.

Usługa realizowana dla Miejskiego Zarządu Ulic i Mostów w Chorzowie (poz. 4 wykazu usług)

Przystępujący wskazał usługę realizowaną dla MZUiM w Chorzowie o powierzchni 1.117.921,77 m², którą realizował w okresie od 03.04.2015 r. do 31.03.2016 r. jako usługę mechanicznego i ręcznego zmiatania ulic oraz mycie powierzchni ulic. Załączone poświadczenie potwierdza należyte wykonanie umowy, jednak wskazany zakres nie potwierdza wykonania usługi mycia ulic.

W odpowiedzi na pismo Zamawiającego z 30 sierpnia 2018 roku skierowane do MZUiM w Jaworznie (wystawcy poświadczeń) z prośbą o udzielenie informacji, czy w ramach zadań w 2016 roku, poza usługami mechanicznego i ręcznego zmiatania ulic, wykonawca świadczył również usługi mycia części lub całości nawierzchni utrzymywanych ulic, otrzymał pismem z 6 września 2018 roku odpowiedź, iż w ramach realizacji umowy wykonywana była usługa mycia.

Podsumowując, dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu obejmującego jeden sezon letni, Zamawiający mógł zaliczyć Przystępującemu (łącznie) usługi wskazane w poz. 1 i 4 lub poz. 2 i 3 wykazu. Jednakże żadna z powyższych konfiguracji nie może stanowić potwierdzenia, że Przystępujący posiada doświadczenie w zakresie mycia nawierzchni ulic o powierzchni 3.000.000m². Dowód złożony przez Przystępującego w postaci zestawień własnych realizacji usługi dla Bytomia, protokołów odbioru wykonanych robót stanowi potwierdzenie wykonania umowy, jednak nie potwierdza, iż Przystępujący wykonał usługę mycia ulic (poza płytą Rynku).

Z materiału zgromadzonego w sprawie wynika, że Przystępujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganym przez Zamawiającego, a mimo to w wykazie usług i w wyjaśnieniach z 7 września 2018 roku jednoznacznie podtrzymywał, iż doświadczenie takie posiada, zwłaszcza w zakresie mycia ulic. Złożone wyjaśnienia przez wystawców poświadczeń potwierdzają inny stan faktyczny, niż ten, który przedstawia Przystępujący.

Reasumując, przywołane okoliczności nie pozostawiają wątpliwości, iż działanie Przystępującego spełnia przesłanki zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa,

wprowadzającego Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega on wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu.

W związku z powyższym, z uwagi na potwierdzenie się zarzutu wskazanego w art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp, zarzut należało uznać za zasadny.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 i 91 ust. 1 Pzp. poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem ww. przepisów ustawy) oraz dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej niezgodnie z przepisami ustawy zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Zgodnie z art. 7 ust. 3 Pzp Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Z kolei zgodnie z art. 91 ust. 1 Pzp zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zamawiający dokonał wyboru wykonawcy z naruszeniem powyższych przepisów, co spowodowało, że za najkorzystniejszą została uznana oferta wykonawcy podlegającego wykluczeniu z postępowania.

W świetle wskazanych powyżej okoliczności Izba stwierdziła, że zarzut potwierdził się.

Izba wskazuje, iż w związku z uwzględnieniem zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp w związku z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp oraz 91 ust. 1 Pzp nie odnosiła się do zarzutów naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp w związku z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp oraz art. 24 ust. 1 pkt 12 w związku z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, bowiem zostały one wskazane w odwołaniu jako zarzuty ewentualne.

Ponadto przesłanki wykluczenia zawarte w punkcie 16 i 17 ustępu 1. artykułu 24 częściowo pokrywają się – w przepis punktu 17. odnosi się nawet to niższego stopnia winy, a ocena, czy warunki udziału w postępowaniu zostały spełnione, mieści się w „istotnym wpływie na decyzje podejmowane przez zamawiającego”, zatem spełnienie przesłanek z punktu 16. jednocześnie powoduje spełnienie przesłanek z punktu 17.

Mając powyższe na uwadze należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania – na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp w związku z § 3 pkt 1 i 2 i § 5 ust. 2 pkt 1 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 (tj. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący:

.....

.....