

Sygn. akt: KIO 1459/18

WYROK
z dnia 9 sierpnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Protokolant: Zuzanna Idźkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 sierpnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 lipca 2018 r. przez Odwołującego: Remondis Gliwice Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Zarząd Dróg Miejskich z siedzibą w Gliwicach, przy udziale wykonawcy Zakład Usług Drogowych i Komunalnych „Dromar” M. K. z siedzibą w Stancicy zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego: Remondis Gliwice Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego: Remondis Gliwice Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach tytułem wpisu od odwołania;

2.2 zasądza od Odwołującego: Remondis Gliwice Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach na rzecz Zamawiającego: Zarząd Dróg Miejskich z siedzibą w Gliwicach kwotę 3 600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych i 00/100 groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu 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) 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

Zarząd Dróg Miejskich z siedzibą w Gliwicach (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1579), zwanej dalej Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Oczyszczanie pasów drogowych na terenie miasta Gliwice w latach 2018-2020” (numer postępowania ZDM.26.7.2018), zwane dalej: „Postępowaniem”. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 27 kwietnia 2018 roku pod nr 2018/S 082-184189.

W dniu 23 lipca 2018 r. wykonawca Remondis Gliwice Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach (dalej Odwołujący), wniósł odwołanie, w którym zaskarżył niezgodne z przepisami czynności Zamawiającego i zarzucił mu naruszenie:

1. art. 92 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z art. 2 pkt 11 Pzp przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy „ZUDI K DROMAR”, który nie istnieje, a w konsekwencji nie posiada zdolności do czynności prawnych,
2. art. 22 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w związku z art. 24 ust. 4 Pzp, przez bezzasadne zaniechanie wykluczenia wykonawcy Zakład Usług Drogowych i Komunalnych „Dromar” M. K. z siedzibą w Stancicy (dalej Przystępujący) z postępowania w zakresie zadania nr 3 i w konsekwencji bezzasadne zaniechanie odrzucenia jego oferty złożonej do zadania nr 3 mimo, że Przystępujący nie wykazał, że spełnia na dzień składania ofert warunki udziału w postępowaniu,
3. art. 22 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp i art. 24 ust. 4 Pzp, przez bezzasadne zaniechanie wykluczenia Przystępującego z postępowania w zakresie zadania nr 3 i bezzasadne zaniechanie odrzucenia jego oferty w zakresie zadania nr 3 wobec zawinionego (ewentualnie w wyniku rażącego niedbalstwa) wprowadzenia Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu i że spełnia warunki udziału w postępowaniu,
4. art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego w zakresie zadania nr 3, podczas gdy winna być odrzucona

z uwagi na wyżej wskazane przesłanki wykluczenia Przystępującego z postępowania, a tym samym poprzez niezapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty oznaczonej przez Zamawiającego jako oferty ZUDI K DROMAR (będącej faktycznie ofertą Przystępującego) jako najkorzystniejszej dla zadania nr 3,
2. dokonania powtórnej czynności oceny i badania ofert dla zadania nr 3,
3. wykluczenia Przystępującego z postępowania w zakresie zadania nr 3 i odrzucenia jego oferty złożonej dla zadania nr 3,
4. dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej dla zadania nr 3.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in.:

1. Zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z art. 2 pkt 11 Pzp

Oferta wybrana jako najkorzystniejsza w ramach zadania nr 3 oznaczona została przez Zamawiającego jako złożona przez ZUDI K DROMAR. Tymczasem, w ramach zadania nr 3 ofertę złożył, poza Odwołującym, M. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Drogowych i Komunalnych Dromar M. K. . Oferta nie została złożona przez taki podmiot jak ZUDI K DROMAR, a nadto podmiot taki nie istnieje. Nie mógł zatem zostać wybrany w niniejszym postępowaniu i nie można będzie zawrzeć na skutek tej czynności ważnej umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego.

2. Zarzut naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 1 i 2 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp.

Przystępujący nie wykazał, że spełnia na dzień składania ofert warunki udziału w postępowaniu, ale Zamawiający zaniechał wykluczenia go z postępowania. W dokumencie JEDZ Przystępujący oświadczył, że spełnia kryteria kwalifikacji określone przez Zamawiającego. Następnie, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, Przystępujący na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu przedłożył wykaz zrealizowanych przez siebie usług, niemniej, wbrew złożonemu oświadczeniu, przedłożone przez niego referencje nie wykazywały, aby w zakres usługi, zrealizowanej przez Przystępującego w roku 2017, wchodziło mechaniczne i ręczne sprzątanie nawierzchni z płyt granitowych lub kostki granitowej o powierzchni minimum 4 000 m² oraz aby usługa

ta została w sposób faktyczny i należyty wykonana.

Jak wynika z treści SIWZ oraz stanowiącego załącznik do niego Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia (dalej OPZ), Zamawiającemu zależało na tym, by wykonawca posiadał odpowiednie doświadczenie w zakresie sprzątnięcia nawierzchni granitowych. Z uwagi na strukturę tego rodzaju kamienia, niezbędne było posiadanie odpowiedniego doświadczenia, w szczególności gdy przedmiotem zamówienia - jak w tym przypadku - była usługa oczyszczania Rynku i Starówki, które są miejscami reprezentacyjnymi w Gliwicach. Stąd usługa wykonywana na tym terenie powinna być na najwyższym poziomie.

Zgodnie z OPZ, usługa polegać miała nie tylko na zamiataniu ręcznym i mechanicznym nawierzchni, ale również (a może przede wszystkim) na myciu i szorowaniu tej nawierzchni z uwagi na jej specyficzną strukturę, co z kolei wiązało się z koniecznością posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia, w tym w zakresie umiejętnego dozowania środków myjących oraz tworzenia właściwej mieszanki środków myjących, w zależności od stopnia i rodzaju usuwanych zabrudzeń.

Zamówienie, które jest przedmiotem niniejszego postępowania, zostało podzielone na trzy zadania przez Zamawiającego z uwagi na specyficzną charakterystykę każdej z części. Pomiędzy częścią 1 a częścią 3 zachodzą tak diametralne różnice w sposobie wykonywania usług, że potwierdzenie wykonania umowy obejmującej swoim zakresem część 1 nie może być potraktowane na równi z doświadczeniem wymaganym dla uzyskania zamówienia w części nr 3. Zamawiający miał świadomość tych różnic, co znalazło swoje odzwierciedlenie w treści postawionych wymogów udziału w postępowaniu w zakresie części nr 3.

Przystępujący nie dysponuje, ani na dzień składania ofert nie dysponował sprzętem wymaganym przez Zamawiającego. Przystępujący ma dopiero zamiar zawrzeć umowę leasingu przedmiotowego sprzętu, zatem zgodnie z art. 22a ust. 2 Pzp powinien był przedstawić zobowiązanie odpowiedniego podmiotu do dostarczenia mu takiego sprzętu. Taki zamiar powinien znaleźć odpowiednie odzwierciedlenie w złożonym przez Przystępującego wykazie środków technicznych. Z przedstawionego przez Wykonawcę wykazu wynika jednak, że już posiada przedmiotowy sprzęt na podstawie umowy leasingu. Podkreślenia wymaga również, że Przystępujący nie wskazał jakim sprzętem dysponuje. Zgodnie ze wzorem wykazu, sporządzonym przez Zamawiającego, powinien on zawierać nazwę i cechy podstawowe potwierdzające spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Tymczasem, Przystępujący poza podaniem marki sprzętu (City Ranger) nie wskazał modelu lub modeli sprzętu, którym rzekomo dysponuje, ani np. numeru seryjnego. Brak wskazania co najmniej modelu sprzętu powoduje, że Zamawiający nie miał możliwości dokonania weryfikacji spełniania warunku udziału w postępowaniu przez Przystępującego, a brak numeru seryjnego sprzętu lub innych danych uniemożliwia uznanie, że Wykonawca

sprzętem tym faktycznie dysponuje. City Ranger jest marką, pod którą występuje sprzęt różnego rodzaju - o różnym wyposażeniu, o różnej konstrukcji (w tym sztywnej, podczas gdy Zamawiający wymagał przegubowej) oraz o różnej wadze (podczas gdy Zamawiający wymagał, aby dopuszczalna masa całkowita sprzętu dla zadania nr 3 wynosiła do 2 ton). Brak tych danych uniemożliwia weryfikację, czy sprzęt spełnia podaną przez Zamawiającego normę emisji pyłów drobnych.

Jak wynika z oświadczenia Pana M - będącego jedynym dystrybutorem urządzeń specjalistycznych marki City Ranger na Polskę wynika, że Przystępujący, ani inna firma (w tym leasingowa) nie zwróciła się z zamówieniem na dostawę wymaganego przez Zamawiającego sprzętu. Należy wobec tego podkreślić, że na dzień składania ofert, Przystępujący nie posiadał własnych zasobów umożliwiających mu wykonanie zamówienia, a także nie posiadał żadnych podstaw do stwierdzenia, że niezbędne zasoby zostały (lub zostaną) mu udostępnione przez podmiot trzeci. Jak bowiem wskazał w treści JEDZ, nie miał zamiaru korzystać z usług podwykonawcy lub podmiotu udostępniającego mu zasoby.

W ocenie Odwołującego Przystępujący na dzień składania ofert nie spełniał warunków udziału w postępowaniu. W konsekwencji Zamawiający, dokonując wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, naruszył art. 22 ust. 1 i 2 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w związku z art. 24 ust. 4 Pzp.

3. Zarzut naruszenia art. 22 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 i art. 24 ust. 4 Pzp

Przystępujący wprowadził Zamawiającego w błąd w zakresie:

- spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadanego doświadczenia dotyczącego mechanicznego i ręcznego sprzątnięcia nawierzchni z kostki granitowej lub z płyt granitowych,
- posiadanego potencjału technicznego w postaci sprzętu marki City Ranger zgodnego z wymaganiami Zamawiającego,
- nieprawdziwego oświadczenia w JEDZ o spełnianiu wymagań Zamawiającego w celu udziału w postępowaniu oraz o prawidłowości i dokładności zawartych w JEDZ danych.

W kontekście dotychczasowego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej nieprawdziwych informacji, mających wpływ na wynik postępowania (a takimi zdaniem Odwołującej są informacje dotyczące posiadanego doświadczenia oraz posiadanych zasobów osobowych, o których mowa powyżej) nie można zastępować informacjami prawdziwymi w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Jeżeli wykonawca winny jest poważnego wprowadzenia w błąd nieprawdziwym oświadczeniem lub dokumentem, nie można twierdzić, że takie oświadczenie lub dokument zawiera błędy dotyczące braku potwierdzenia spełniania

warunku udziału w postępowaniu (wyrok z dnia 17 maja 2016 roku, sygn. akt KIO 673/16).

Nie jest to pierwszy przypadek, kiedy Przystępujący, w celu uzyskania zamówienia publicznego, wprowadza zamawiającego w błąd. Poprzednio posłużył się nieprawdziwymi referencjami, co było następnie przedmiotem postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą w sprawach o sygn. akt KIO 2722/15 i KIO 2728/15. Ponieważ sprawy te dotyczyły tego samego Zamawiającego, którego dotyczy niniejsza sprawa, to powinien on podchodzić z dużą uwagą i ostrożnością do składanych przez Przystępującego oświadczeń.

Biorąc pod uwagę powyższe, w ocenie Odwołującego, zaistniały przesłanki do wykluczenia Przystępującego z postępowania, na podst. art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp.

4. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5 Pzp w zw. z art. 7 Pzp

Skutkiem wykluczenia wykonawcy z postępowaniu jest zawsze jednoczesne odrzucenie złożonej przez niego oferty - nie powinna ona podlegać ocenie punktowej. Jest to naturalna czynność wynikająca z tego, że nie jest możliwe rozpatrywanie oferty podmiotu, który nie posiada uprawnień do udziału w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego.

Mając powyższe na uwadze, konsekwencją wyżej opisanych naruszeń przepisów Pzp przez Zamawiającego, jest również naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 5 w wyniku zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego. Jednocześnie skutkiem powyższego jest także naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp, który zobowiązuje Zamawiającego do prowadzenia postępowania w sposób zapewniający poszanowanie zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz bezstronności i obiektywizmu.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i Przystępującego złożone podczas rozprawy, Izba zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 Pzp, stanowiącego, że „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”, przysługiwało uprawnienie do wniesienia odwołania.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając, że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

Zarzuty naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z art. 2 pkt 11 Pzp przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy „ZUDI K DROMAR”, który nie istnieje, a w konsekwencji nie posiada zdolności do czynności prawnych, nie potwierdziły się.

W przedmiotowym postępowaniu, w zakresie zadania nr 3 (Sprzątanie Rynku oraz Starówki) złożone zostały dwie oferty – Odwołującego i Przystępującego. Przystępujący w ofercie - w rubryce „nazwa albo imię i nazwisko wykonawcy lub wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie” wpisał nazwę Zakład Usług Drogowych i Komunalnych "Dromar" M. K., tj. nazwę tożsamą z nazwą firmy pod jaką prowadzi działalność gospodarczą. Wykonawca posłużył się również pełną nazwą firmy w pozostałych dokumentach złożonych wraz z ofertą oraz złożonych w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia oferty na podst. art. 26 ust. 1 Pzp. Zamawiający, w dniu (...) opublikował zbiorcze zestawienie ofert złożonych w ramach zadania nr 3. Przystępujący został w tym dokumencie oznaczony jako ZUDI K DROMAR. Takie samo oznaczenie Przystępującego widniało m. in. w zbiorczym zestawieniu ofert złożonych w ramach zadania nr 2. Na dalszym etapie postępowania Zamawiający konsekwentnie posługiwał się skróconą przez siebie nazwą Przystępującego, z zawiadomieniem o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia (...) włącznie.

W ocenie Izby, o ile niewątpliwym jest, że Zamawiający dokonał samodzielnego skrócenia firmy Przystępującego nie mając ku temu podstawy prawnej, o tyle w przypadku przedmiotowego postępowania działanie takie nie miało żadnego wpływu na jego przebieg. Porównanie pełnej i skróconej nazwy Przystępującego prowadzi do jednoznacznego wniosku, że w obu przypadkach chodzi o ten sam podmiot. Zestawienie ofert złożonych w postępowaniu oraz zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty to dokumenty ściśle powiązane z przebiegiem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Są one tworzone w określonych momentach postępowania i mają z nim nierozzerwalny związek. Z tego względu nie ma możliwości, by posłużenie się przez Zamawiającego skróconą, zamiast pełną nazwą wykonawcy prowadziło do wyboru oferty złożonej przez podmiot, który nie uczestniczył w postępowaniu. Czynność wyboru najkorzystniejszej oferty a charakter pierwotny w stosunku do zawiadomienia o jej dokonaniu. Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty ma charakter informacyjny – stanowi odzwierciedlenie i upublicznienie informacji o tym, która z ofert złożonych w postępowaniu została uznana

przez Zamawiającego za zwycięską. Błąd lub omyłka w treści zawiadomienia nie rzutuje zatem na wynik dokonanej czynności.

Ponadto nie ma wątpliwości, że zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty nie wprowadzało w błąd co do tożsamości podmiotu, które oferta została wybrana. O ile nazwa, którą posłużył się Zamawiający miała nieformalny charakter, to znaczenie zawiadomienia i jego treść były jasne dla każdego z zainteresowanych podmiotów. Uzasadnienie odwołania również wskazuje, że Odwołujący nie miał wątpliwości, że to oferta Przystępującego została uznana za najkorzystniejszą – Odwołujący opisał stan faktyczny będący podstawą zarzutu w sposób wskazujący na pełną świadomość znaczenia i skutków dokonanej przez Zamawiającego czynności.

Art. 91 ust. 1 pkt 1 Pzp stanowi, że zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania i adres, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania i adresy, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację. W świetle art. 2 ust. 11 Pzp wykonawca to osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. Biorąc pod uwagę ustalony stan faktyczny, oraz dyspozycję obu przytoczonych przepisów Izba doszła do wniosku, że zarzut nr 1 odwołania nie potwierdził się. Mimo skrócenia nazwy Przystępującego, Zamawiający dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy, który złożył ofertę we wskazanym w SIWZ terminie i z całą pewnością jest uczestnikiem postępowania. Wobec powyższego Izba uznała, że zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 92 ust. 1 pkt 1 w zw. Z art. 2 ust. 11 Pzp nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzuty naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w związku z art. 24 ust. 4 Pzp, przez zaniechanie wykluczenia Przystępującego z postępowania w zakresie zadania nr 3 i zaniechanie odrzucenia jego oferty złożonej do zadania nr 3 mimo, niewykazania spełniania na dzień składania ofert warunków udziału w postępowaniu, nie potwierdziły się.

Punkt 9 SIWZ „Warunki udziału w postępowaniu” ustanowił w zakresie zadania nr 3 następujące wymogi dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej:

„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, co najmniej jedną usługę polegającą na: mechanicznym i ręcznym sprzątaniu nawierzchni z płyt granitowych lub kostki granitowej o powierzchni minimum 4 000 m² realizowana przez minimum 2 sezony w jednym zamówieniu. W przypadku podmiotów występujących wspólnie warunek dotyczący posiadania wiedzy i doświadczenia musi spełniać w całości przynajmniej jeden z podmiotów występujących wspólnie”. Na potwierdzenie spełniania niniejszego warunku wykonawca, którego oferta została najwyższej oceniona złożyć miał „wykaz usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane o treści Załącznika nr 8 do SIWZ, oraz załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu”.

Warunek udziału w postępowaniu w ramach zadania nr 3 dotyczący potencjału technicznego wykonawców brzmiał: „O zamówienie mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy dysponują lub będą dysponować co najmniej niżej wymienionymi pełnosprawnymi urządzeniami (...): Wielofunkcyjny pojazd, którego praca spełnia normę emisji pyłów drobnych PM-EN15429-3:2015-2-05E, o konstrukcji przegubowej o DMC do 2 ton wyposażony w system szczotek i dysz oraz zbiornik na wodę, odkurzacz zewnętrzny i myjkę wysokociśnieniową, głowicę szorującą na mokro z użyciem środków chemicznych i ssawę umieszczoną za tylną osią - 2 szt.. W przypadku podmiotów występujących wspólnie warunek dysponowania potencjałem technicznym podlega sumowaniu”. Na potwierdzenie spełniania niniejszego warunku wykonawca, którego oferta została najwyższej oceniona złożyć miał „wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami o treści Załącznika nr 9 do SIWZ”. Załącznik ten zawierał dwie rubryki – w pierwszej powtórzone były wymagania techniczne Zamawiającego w stosunku do sprzętu, jakim miał

dysponować wykonawca składający ofertę, tj. „Wielofunkcyjny pojazd, którego praca spełnia normę emisji pyłów drobnych PM-EN15429-3:2015-2-05E, o konstrukcji przegubowej o DMC do 2 ton wyposażony w system szczotek i dysz oraz zbiornik na wodę, odkurzacz zewnętrzny i myjkę wysokociśnieniową, głowicę szorującą na mokro z użyciem środków chemicznych i ssawę umieszczona za tylną osią - 2 szt.” oraz dwie puste linijki przeznaczone do uzupełnienia przez wykonawców, bez wyraźnego wskazania jaka treść powinna być wpisana. Druga rubryka to podstawa dysponowania przez wykonawcę sprzętem w wykazie (wraz z instrukcją: „należy wpisać np.: własność, dzierżawa, użyczenie”).

W formularzu JEDZ Przystępujący oświadczył, że

Oferta Przystępującego została najwyżej oceniona spośród wszystkich złożonych w postępowaniu w ramach zadania nr 3, wobec czego Zamawiający na podst. **art. 26 ust. 1** Pzp wezwał go w dniu (...) do złożenia dokumentów potwierdzających brak przesłanek do wykluczenia oraz spełnienie warunków udziału w postępowaniu. W odpowiedzi na wezwanie Przystępujący, w dniu 9 lipca 2018 r. przedłożył między innymi:

- wykaz usług (załącznik nr 8) wraz z referencjami,
- wykaz niezbędnego do wykonania zamówienia potencjału technicznego (załącznik nr 9).

Wykaz usług złożony na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia wskazywał na wykonanie przez Przystępującego na rzecz Zamawiającego usługę pn. „Oczyszczanie jezdni na terenie miasta Gliwice w 2017 r.". Przystępujący oświadczył, że w ramach realizacji zamówienia wykonywał również mechaniczne i ręczne oczyszczanie nawierzchni z kostki granitowej o 14 629 m². Załączone do wykazu referencje wskazywały, że „Zamówienie polegało na mechanicznym oraz ręcznym zmiataaniu jezdni wraz z usuwaniem przerostu traw i chwastów oraz zmywaniu mechanicznym wskazanych jezdni, myciu wysepek, azyli dla pieszych, wypiętrzonych wyłączeń z ruchu w obrębie jezdni. W ramach zamówienia wykonywane było również sprzątanie i mycie powierzchni wewnątrz tunelu wraz z łącznicami o powierzchni 12 625,00 m² na co składało się: sprzątanie i mycie nawierzchni betonowej tunelu, mycie barier energochłonnych, poręczy, szklanych drzwi ewakuacyjnych i elewacji w tunelu oraz sprzątanie śmieci z poboczy tunelu”. Mimo oczywistej rozbieżności między treścią oświadczenia złożonego w wykazie usług, a treścią referencji Zamawiający nie wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień, a uznał, że wykonawca spełnił warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Ze złożonych w toku rozprawy dowodów, tj.:

1. pisma Zamawiającego z 31 lipca 2018 r. do Przystępującego stanowiącego potwierdzenie, że Przystępujący w ramach realizacji umowy ZDM-70/2017 (umowy, na której realizację powołał się Przystępujący w celu wykazania spełniania warunku

udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia) wykonywał prace polegające na ręczno-mechanicznym oczyszczaniu nawierzchni ulic wyłożonych kostką granitową o powierzchni 46 000,50 m²,

2. wykazu jezdni o nawierzchni z kostki granitowej (załącznik do pisma wskazanego w punkcie 1),

3. OPZ do zamówienia w wyniku którego zwarta została umowa ZDM-70/2017,

wynikało jednoznacznie, że usługa wskazana w wykazie Przystępującego była zgodna z wymogami Zamawiającego – potwierdziła, że wykonawca ten spełnił warunek udziału w zakresie wiedzy i doświadczenia. Zamawiający w toku rozprawy wskazał, że jako podmiot na rzecz którego została zrealizowana umowa ZDM-70/2017 miał świadomość co było jej przedmiotem, zatem zgodnie z art. 26 ust. 6 Pzp skorzystał z dokumentów, których był w posiadaniu i w konsekwencji uznał złożony przez Przystępującego wykaz za prawidłowy.

W ocenie Izby Przystępujący prawidłowo wykazał, że spełnia warunek udziału w zakresie wiedzy i doświadczenia, ale skoro Zamawiający zastosował art. 26 ust. 6 Pzp, to w dokumentacji postępowania powinno się znaleźć pisemne odzwierciedlenie tego faktu.

Art. 26 ust. 6 Pzp stanowi, że wykonawca nie jest obowiązany do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 i 3, jeżeli zamawiający posiada oświadczenia lub dokumenty dotyczące tego wykonawcy lub może je uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, w szczególności rejestrów publicznych w rozumieniu ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz. U. z 2014 r. poz. 1114 oraz z 2016 r. poz. 352). O ile w przypadku takiej rozbieżności między treścią wykazu usług, a treścią referencji jak w przypadku przedmiotowej sprawy normalnym działaniem zachowującego należyta staranność Zamawiającego byłoby wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień, to przytoczony przepis pozwala od wezwania odstąpić. Skoro Zamawiający był świadomy co było przedmiotem umowy ZDM-70/2017 to wezwanie Przystępującego do złożenia wyjaśnień, których treść byłaby z góry wiadoma było niecelowe. Jednak ze względu na zasady pisemności oraz jawności postępowania obowiązkiem Zamawiającego było zawarcie w dokumentacji z postępowania dokumentu świadczącego o odstąpieniu od wezwania do wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 6 Pzp. Zasada jawności postępowania oznacza między innymi obowiązek Zamawiającego do udokumentowania procesu – związków przyczynowo-skutkowych, które doprowadziły do wyboru jako najkorzystniejszej, określonej oferty.

Celem wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału technicznego Przystępujący, w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp z dnia (...) złożył wypełniony załącznik nr 9 wpisując

„Citi Ranger – 2 szt.” w rubryce „Nazwa i cechy podstawowe potwierdzające spełnienie warunku udziału w postępowaniu” i leasing w rubryce „Podstawa dysponowania”. O ile w nazwie podanego sprzętu wystąpiła omyłka w pisowni (prawidłowa nazwa to City Ranger) to biorąc pod uwagę przytoczone wyżej regulacje SIWZ oraz sposób wypełniania załącznika nr 9 do SIWZ określony przez Zamawiającego, nie ma podstaw do stwierdzenia, że Przystępujący podał zbyt mało informacji, w stosunku do obowiązujących zasad prowadzonego postępowania. Zamawiający nie oczekiwał i nigdzie nie określił obowiązku podania w załączniku nr 9 nazwy konkretnego modelu i typu sprzętu. „City Ranger” jest nazwą kilku, różnych modeli produkowanych przez Nilfisk, ale wykonawcy mieli podać nazwę sprzętu, którym mają zamiar posłużyć się w celu realizacji przedmiotu zamówienia.

W zakresie podstawy dysponowania sprzętem Zamawiający oczekiwał jedynie informacji na temat tej podstawy, w żadnych razie obowiązkiem wykonawców nie było wykazanie, że na moment składania ofert faktycznie dysponują sprzętem. W załączniku nr 9 wykonawcy mieli jedynie wskazać jakim tytułem do sprzętu niezbędnego do realizacji zamówienia legitymują się, bądź będą legitymować. W tej sytuacji argumentacja Odwołującego zmierzająca do wykazania, że skoro na moment składania ofert Przystępujący nie miał zawartych umów leasingu, to nie dysponuje sprzętem, więc nie spełnił warunku udziału w postępowaniu, jest nietrafna.

Zamawiający oczekiwał w załączniku nr 9 do SIWZ informacji o ogólnikowym charakterze i takie otrzymał. Nie ma podstaw do stawiania Przystępującemu zarzutu niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, skoro zrealizował obowiązki nałożone na wykonawców przez Zamawiającego.

Art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia. Biorąc pod uwagę ustalony stan faktyczny Izba uznała, że przesłanki wskazane w przytoczonym przepisie nie zostały wypełnione, zatem Przystępujący nie powinien zostać wykluczony z postępowania, a jego oferta nie podlegała odrzuceniu.

Zarzuty naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp i art. 24 ust. 4 Pzp, przez zaniechanie wykluczenia Przystępującego z postępowania i odrzucenia jego oferty w zakresie zadania nr 3 wobec zawnionego (ewentualnie w wyniku rażącego niedbalstwa) wprowadzenia Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu i że spełnia warunki udziału w postępowaniu, nie potwierdziły się.

Podstawową tezą Odwołującego, w oparciu o którą został postawiony przedmiotowy zarzut było twierdzenie, że Przystępujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu. Biorąc pod uwagę, że teza podwyższanie potwierdziła się to nie sposób uznać, że doszło do wprowadzenia w błąd, wobec powyższego zarzut został oddalony.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł, że „Nie jest to pierwszy przypadek, kiedy Przystępujący, w celu uzyskania zamówienia publicznego, wprowadza zamawiającego w błąd. Poprzednio posłużył się nieprawdziwymi referencjami, co było następnie przedmiotem postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą w sprawach o sygn. akt KIO 2722/15 i KIO 2728/15. Ponieważ sprawy te dotyczyły tego samego Zamawiającego, którego dotyczy niniejsza sprawa, to powinien on podchodzić z dużą uwagą i ostrożnością do składanych przez Przystępującego oświadczeń”. Argument powyższy w świetle przepisów Pzp jest nieprawidłowy i bezpodstawny. Stoi w sprzeczności zasadą domniemania dobrej wiary oraz z wyrażoną w art. 7 ust. 1 Pzp zasadą równego traktowania wykonawców. Ponadto Zamawiający ocenia oferty oraz zdolność wykonawców do realizacji zamówienia w obrębie konkretnego postępowania, zatem ocena dokonana w jednym postępowaniu nie może rzutować na drugie. W przeciwnym wypadku dochodziłoby do bezprawnej stygmatyzacji, swoistego napiętnowania wykonawcy, któremu zdarzyło się zostać wykluczony na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp.

Zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego w zakresie zadania nr 3, podczas gdy winna być odrzucona z uwagi na wyżej wskazane przesłanki wykluczenia Przystępującego z postępowania, a tym samym przez niezapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy nie potwierdziły się.

Art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Z kolei art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp nakazuje odrzucenia oferty, która została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert. Wobec niespełnienia przesłanek przytoczonych przepisów i niepotwierdzenia się faktu bezzasadnego zaniechania wykluczenia Przystępującego z postępowania i bezzasadnego zaniechania odrzucenia jego oferty złożonej w zakresie zadania nr 3 zarzut powyższy został uznany za niezasadny.

W ocenie Izby dokonany przez Zamawiającego wybór najkorzystniejszej oferty w zakresie zadania nr 3 był prawidłowy, zatem nie doszło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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 (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący:.....