Sygn. akt: KIO 2446/18

WYROK

z dnia 10 grudnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Magdalena Rams

Protokolant:Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **6 grudnia 2018 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **27 listopada 2018 r.** przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych sp. z o.o., z siedzibą w Pasłęku,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Pasłęk – Urząd Miejski w Pasłęku,**

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z § 5 ust. 2 pkt 3 lit. a) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i nakazuje zamawiającemu Gminie Pasłęk: (i) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; (ii) wezwanie wykonawcy PTHU „ASKIN" K.N., z siedzibą w Pasłęku do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu wskazanego w § 5 ust. 2 pkt 3 lit. a) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia; (iii) powtórzenie czynności badania i oceny ofert.**
2. **W pozostałym zakresie oddala odwołanie.**
3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Gminę Pasłęk – Urząd Miejski w Pasłęku i** :
   3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych sp. z o.o., z siedzibą w Pasłęku** tytułem wpisu od odwołania;
   3.2. zasądza od **Gminy Pasłęk – Urząd Miejski w Pasłęku** na rzecz wykonawcy **Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych sp. z o.o., z siedzibą w Pasłęku** kwotę **11 100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.
   3.3. nakazuje zwrot kwoty 7.500,00 zł (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych) uiszczonej przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych sp. z o.o., z siedzibą w Pasłęku** tytułem nadpłaconego wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986, 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 **Elblągu.**

Przewodniczący:

……

Sygn. akt: KIO 2446/18

UZASADNIENIE

W dniu 27 listopada 2018 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych Sp. z o.o. w Pasłęku (dalej „**Odwołujący**") zarzucając zamawiającemu Gminie Pasłęk – Urząd Miejski w Pasłęku (dalej „**Zamawiający**")

zarzucając naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez jego niezastosowanie i nie wykluczenie z postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego Wykonawcy PTHU "ASKIN" K.N., ul. Boh Westerplatte 50B, 14-400 Pasłęk, a w konsekwencji wybranie jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że pismem z dnia 22 listopada 2018 r. doręczonym Przedsiębiorstwu Usług Komunalnych sp. z o.o. w Pasłęku w dniu 22 listopada 2018 r. o godzinie 15 : 20 za pośrednictwem wiadomości e-mail Zamawiająca poinformowała Odwołującą o wyborze najkorzystniejszej oferty w przedmiotowym przetargu. Najkorzystniejszą ofertą okazała się oferta Wykonawcy PTHU "ASKIN" K.N.. ul. Boh. Westerplatte 50B, 14-400 Pasłęk. W uzasadnieniu wyboru Zamawiająca wskazała m.in., że wybrany wykonawca nie został wykluczony z postępowania, oferta spełnia wymagania

określone w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych. Z rozstrzygnięciem Zamawiającej nie można się zgodzić. W ocenie Odwołującego czynność Zamawiającego stanowi naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez jego niezastosowanie i nie wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Wykonawcy PTHU "ASKIN" K.N., a w konsekwencji wybranie jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że w § 5 ust. 2 pkt 3 lit. a Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wskazano, że wykonawca spełni warunki udziału w postępowaniu, jeżeli wykaże, że należycie wykonał w okresie ostatnich 4 lat, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również należycie wykonuje w okresie ostatnich 4 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej dwa zadania polegające na utrzymaniu czystości i utrzymaniu zimowym dróg o długości łącznej minimum 10 000 m i chodników o powierzchni łącznej minimum 10 000 m2, przez okres minimum jednego roku. Odwołujący wskazał, że wykonawca PTHU "ASKIN" K.N. w załączniku nr 3 "Doświadczenie zawodowe" wskazał, że wykonywał następujące zadania: 1. Zimowe utrzymanie chodników i ścieżek pieszo rowerowych dla GDDKIA w Olsztynie 19.280m2 w okresie 11.2014-03.2017 2. Zimowe utrzymanie chodników i ścieżek pieszo rowerowych dla GDDKIA w Olsztynie 30.864m2 w okresie 01.11.2017-30.04.208 3. Letnie oczyszczanie dróg wojewódzkich na terenie działania RDW Elbląg 8.964m2 w okresie 22.05.2015-30.11.2015 4. Letnie oczyszczanie dróg wojewódzkich na terenie działania RDW Elbląg 69.20m2 w okresie 25.04.2016-31.10.2016 5. Letnie oczyszczanie dróg wojewódzkich na terenie działania RDW Elbląg 7.114m2 w okresie 16.05.2017-31.10.2017 6. Usługi letniego oczyszczania dróg wojewódzkich na terenie RDW Elbląg 253.100 m2 w okresie 16.04.2018-31.10.2021; 7. Odśnieżanie dróg serwisowych dla GDDKIA w Olsztynie jako podwykonawca na odcinku 32 km w latach 2012 - 2014 8. Odśnieżanie dróg gminnych na rzecz zamawiającego 24.135 m w okresie 16.12.2015-15.12.2016 9. Odśnieżanie drogi wojewódzkiej W-226 jako podwykonawca na odcinku 40 km w okresie 1.12.2015 r. - 30.04.2017 r.

Odwołujący wskazał, że mając na względzie treść § 5 ust. 2 pkt 3 lit. a Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, wykonawca powinien posiadać doświadczenie obejmującej co najmniej dwa zadania, z których każde polegało na utrzymaniu czystości i utrzymaniu zimowym łącznie dróg i chodników przez okres minimum jednego roku. Wykonawca PTHU "ASKIN" K.N.. ul. Boh. Westerplatte 50B, 14-400 Pasłęk nie posiada wymaganego doświadczenia, bowiem nie wykonywał w okresie ostatnich 4 lat dwóch zadań, które polegałyby na jednoczesnym utrzymaniu czystości i utrzymaniu zimowym łącznie dróg i chodników prze okres minimum jednego roku. W/w wykonawca zajmował się bądź utrzymaniem chodników bądź utrzymaniem dróg. W ocenie Odwołującego nawet gdyby uznać, że SIWZ wymaga doświadczenia w zakresie wykonania dwóch zadań polegających na utrzymaniu czystości i utrzymaniu zimowym dróg przez okres minimum jednego roku oraz dwóch zadań polegających na utrzymaniu czystości i utrzymaniu zimowym chodników przez okres minimum jednego roku, to w takiej sytuacji Wykonawca PTHU "ASKIN" K.N., ul. Boh. Westerplatte 50B, 14 400 Pasłęk również nie spełniałby tego warunku, bowiem w zakresie utrzymania chodników w/w Wykonawca zajmował się tylko utrzymaniem zimowym, przy czym jedno z zadań dotyczyło okresu 6 miesięcy. Wobec powyższego, w ocenie Odwołującego, należy uznać, że Wykonawca PTHU "ASKIN" K.N.. ul. Boh. Westerplatte 50B, 14-400 Pasłęk na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 podlegał wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia, bowiem nie wykazał spełnienia warunku udziału w' postępowaniu określonego w § 5 ust. 2 pkt 3 lit. a Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Odwołujący następnie wskazał, że Wykonawca PTHU "ASKIN" K.N.. ul. Boh. Westerplatte 50B, 14-400 Pasłęk podlega wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia, ponieważ nie wykazał spełnienia warunku określonego w § 5 ust. 2 pkt 1 SIWZ, który wymaga od Wykonawcy spełnienia wymogów ustawowych, w zakresie wykonywania działalności zgodnej z przedmiotem zamówienia w zakresie kompetencji lub uprawnień do prowadzenia działalności zawodowej. Należy wskazać, że Wykonawca PTHU "ASKIN" K.N.. ul. Boh. Westerplatte 50B, 14-400 Pasłęk nie posiada stosownych zezwoleń na odbiór i wywóz odpadów, podczas gdy opis przedmiotu zamówienia wskazuje na wymóg zbierania odpadów i ich wywozu. Odwołujący wskazał, że wykonawca PTHU "ASKIN" K.N., ul. Boh. Westerplatte 50B, 14-400 Pasłęk nie figuruje w rejestrze wskazanym art. 49 ust. 1 ustawy o odpadach, co również prowadzi do wniosku, że wybrany Wykonawca nie posiada uprawnień do zbierania i wywozu odpadów.

W ocenie Odwołującego wykonawca PTHU "ASKIN" K.N., ul. Boh. Westerplatte 50B, 14-400 Pasłęk nie spełnił również warunku określonego w § 5 ust. 2 pkt 3 lit. c SIWZ, z którego wynika, że Wykonawca powinien dysponować osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. W tym zakresie zastrzeżenia budzą kwalifikacje zawodowe pracowników wskazanych przez Wykonawcę, zwłaszcza w zakresie uprawnień do kierowania pojazdami mechanicznymi, które są niezbędne do obsługi urządzeń wymaganych do wykonywania zamówienia. Nadto, w ocenie Odwołującego, wykonawca nie wykazał, aby dysponował odpowiednim sprzętem. W SIWZ wskazano, że Wykonawca powinien dysponować co najmniej jednym pojazdem lekkim z osprzętem do odśnieżania chodników. W tym zakresie Wykonawca PTHU "ASKIN" K.N., ul. Boh. Westerplatte 50B, 14-400 Pasłęk wskazał, że dysponuje ciągnikiem lekkim marki Detz-Fahr rok. Prod. 2017

r. z osprzętem marki Pronar, niemniej jednak wykonawca nie wskazał dokładnych parametrów tego ciągnika, co uniemożliwia ustalenie, iż rzeczywiście jest to urządzenie lekkie, nadające się do przemieszczania po chodnikach. W takiej sytuacji, w ocenie Odwołującego, należy uznać, że wykonawca również nie spełnił warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymagań sprzętowych. Z uwagi na to, że wykonawca PTHU "ASKIN" K.N., ul. Boh Westerplatte 50B, 14-400 Pasłęk nie spełnia warunków udziału w postępowania, zachodziły podstawy do wykluczenia tego wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba ustaliła co następuje:

Izba postanowiła dopuścić w poczet materiału dowodowego następującego dokumenty: (i) specyfikację istotnych warunków zamówienia na okoliczność ustalenia przedmiotu zamówienia oraz warunków udziału w postępowaniu; (ii) protokół postępowania przetargowego na okoliczność ustalenia przebiegu postępowania przetargowego; (iii) ofertę wykonawcy PTHU "ASKIN" K.N., ul. Boh. Westerplatte 50B, 14-400 Pasłęk (dalej „ASKIN") na okoliczność ustalenia j treści; (iv) informację z otwarcia ofert oraz zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej na okoliczność ustalenia ofert złożonych w postępowaniu oraz wyników postępowania przetargowego.

Na podstawie powyższych dokumentów Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie przetargowego o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Całoroczne utrzymanie czystości gminnych chodników na terenie miasta Pasłęk".

Przedmiotowe postępowanie zostało wszczęte poprzez zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 07.11.2018 r. pod numerem 645349-N-2018. Postępowanie prowadzone jest z zastosowaniem procedury określonej w art. 24aa ustawy Pzp.

W § V SIWZ — Warunki udziału w postępowaniu Zamawiający określił, że o udzielenie zamówienia ubiegać się mogą Wykonawcy, którzy:

1.Nie podlegają wykluczeniu w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp.

2.Spełniają warunki udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1b Ustawy PZP:

1)w zakresie kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów: zgodnie z wymogami ustawowymi, w zakresie wykonywania działalności zgodnej z przedmiotem zamówienia;

2)w zakresie sytuacji finansowej lub ekonomicznej: Wykonawca posiada lub będzie posiadać ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej z tytułu prowadzonej działalności na cały okres związania niniejszą umową na kwotę nie niższą niż 500 000 zł (słownie: pięćset tysięcy złotych);

3)w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej: Wykonawca spełni warunki udziału w postępowaniu, jeżeli wykaże, że:

a)należycie wykonał w okresie ostatnich 4 lat, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również należycie wykonuje w okresie ostatnich 4 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, co najmniej dwa zadania polegające na utrzymaniu czystości i utrzymaniu zimowym dróg o długości łącznej minimum 10 000 m i chodników o powierzchni łącznej minimum 10 000 rn2, przez okres minimum jednego roku;

b)dysponuje lub będzie dysponować sprzętem niezbędnym do realizacji przedmiotu zamówienia, w ilości co najmniej:

- jednej mechanicznej zamiatarki ulicznej do zamiatania ulic lub polewaczko-zamiatarki ulicznej do zamiatania ulic na mokro;
- dwóch mechanicznych zamiatarek chodnikowych;
- jednego pojazdu lekkiego z osprzętem do odśnieżania chodników;
- dwóch pojazdów z osprzętem do odśnieżania ulic;
- jednej piaskarki lub solarki do zwalczania gołoledzi na ulicach;
- dysponuje lub będzie dysponować osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, to jest co najmniej jedną osobą skierowaną do wykonywania obowiązków koordynatora robót.

Celem udokumentowania spełniania przez Wykonawców, chcących przystąpić do udziału w postępowaniu, Zamawiający w Sekcji III Ogłoszenia o zamówieniu oraz w § VII SIWZ - Wykaz oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia, określił, że na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, Wykonawcy w celu wstępnego potwierdzenia spełniania warunków oraz braku podstaw do wykluczenia mają obowiązek złożenia wraz z ofertą m.in.:

1)oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia na podstawie przepisów art. 24 ust. 1 Ustawy PZP, oraz o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu;

2)informacji Wykonawcy, że wybór oferty będzie prowadzić do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego, wskazując nazwę (rodzaj) towaru lub usługi, których dostawa lub świadczenie będzie prowadzić do jego

powstania oraz wskazując ich wartość bez kwoty podatku — jeżeli dotyczy;

3)pełnomocnictwa do reprezentowania Wykonawcy — jeżeli zostało ustanowione bądź do reprezentowania Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie przedłożone w formie oryginału lub kopii poświadczonej przez notariusza (dotyczy również spółki cywilnej) — jeżeli dotyczy;

4)zobowiązania podmiotu trzeciego — jeżeli na zasobach podmiotu trzeciego Wykonawca będzie polegać w trybie art. 22a Ustawy PZP, do oddania Wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia

W pkt 6 Zamawiający wskazał, iż zastrzega sobie prawo, przed udzieleniem zamówienia, w stosunku do wykonawcy, którego oferta została oceniona najwyżej do przedstawienia w wyznaczonym terminie aktualnych na dzień złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust 1 ustawy Pzp oraz niepodlegających wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy Pzp tj. m.in.:

1)wykazu zrealizowanych usług wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 4 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, zakresu (rozmiaru), wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, z załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów — inne dokumenty;

2)wykazu osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za realizację przedmiotu zamówienia, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami;

Termin składania ofert został określony przez Zamawiającego na dzień 15 listopada 2018 r. Zgodnie z informacja z otwarcia ofert z dnia 15 listopada 2018 r. w postępowaniu złożono 4 oferty. Wykonawca ASKIN na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp przedłożył m.in. załącznik nr 3 „Doświadczenie zawodowe", powołując się na następujące doświadczenie:

1.Zimowe utrzymanie chodników i ścieżek pieszo rowerowych dla GDDKIA w Olsztynie 19.280m2 w okresie 11.2014-03.2017.

2.Zimowe utrzymanie chodników i ścieżek pieszo rowerowych dla GDDKIA w Olsztynie 30.864m2 w okresie 01.11.2017-30.04.208.

3.Letnie oczyszczanie dróg wojewódzkich na terenie działania RDW Elbląg 8.964m2 w okresie 22.05.2015-30.11.2015.

4.Letnie oczyszczanie dróg wojewódzkich na terenie działania RDW Elbląg 69.20m2 w okresie 25.04.2016-31.10.2016.

5.Letnie oczyszczanie dróg wojewódzkich na terenie działania RDW Elbląg 7.114m2 w okresie 16.05.2017-31.10.2017.

6.Usługi letniego oczyszczania dróg wojewódzkich na terenie RDW Elbląg 253.100m2 w okresie 16.04.2018-31.10.2021.

7.Odśnieżanie dróg serwisowych dla GDDKIA w Olsztynie jako podwykonawca na odcinku 32 km w latach 2012 – 2014.

8.Odśnieżanie dróg gminnych na rzecz zamawiającego 24.135 m w okresie 16.12.2015-15.12.2016.

9.Odśnieżanie drogi wojewódzkiej W-226 jako podwykonawca na odcinku 40 km w okresie 1.12.2015 r. - 30.04.2017 r.

Zgodnie z zawiadomieniem o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 22 listopada za najkorzystniejszą została uznana oferta wykonawcy ASKIN.

Izba zważyła co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, w postaci nieuzyskania zamówienia. Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego, iż Odwołujący nie legitymuje się interesem we wniesieniu odwołania, gdyż jego oferta została sklasyfikowana na miejscu trzecim. Z uwagi na zastosowanie procedury odwróconej przez Zamawiającego wykonawca będzie miał potencjalnie możliwość uzyskania zamówienia. W przypadku uwzględnienia odwołania przy ponownym badaniu ofert, Odwołujący miałby szansę podnoszenia zarzutów wobec wyłonionego wykonawcy. Następnie w wyniku ich potwierdzenia, czyli w przypadku kolejnego badania i oceny ofert przez Zamawiającego, miałby możliwość uzyskania

zamówienia, gdyby to jego oferta uznana została za najkorzystniejszą. Co istotne nie ma znaczenia, że Odwołujący w celu uzyskania zamówienia musiałby złożyć kilka odwołań. W ocenie Izby bez względu na to ile razy Odwołujący musiałby złożyć odwołanie (co jest jego niekwestionowanym uprawnieniem) w dalszym ciągu posiada realne szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. W ocenie Izby, w przypadku procedury odwróconej interes we wniesieniu odwołania wobec wyboru najkorzystniejszej oferty posiada każdy z wykonawców sklasyfikowanych w rankingu ofert.

W analizowanej sprawie Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w zw. z wymaganiem wskazanym w § 5 ust. 2 pkt 3 lit. a) SIWZ w stosunku do oferty wykonawcy ASKIN.

Wskazać należy w pierwszej kolejności, iż zgodnie z normą ustawy Pzp, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, w tym między innymi legitymują się określoną wiedzą i doświadczeniem (ustawy Pzp). Niewątpliwie opisanie warunków udziału w postępowaniu należy do uprawnień zamawiającego. Realizacja powyższego uprawnieninia przez zamawiającego rodzi określone konsekwencje w toku postępowania przetargowego. Wprowadzone bowiem przez zamawiającego w SIWZ wymagania dotyczące udziału w postępowaniu pozostają wiążące dla obu stron postępowania przetargowego tj. zamawiającego oraz wykonawców, zaś ich interpretacja winna się odbywać z poszanowaniem zasady proporcjonalności i równego traktowania wykonawców. Podkreślić jednocześnie należy, że opisanie przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu kształtuje krąg podmiotów, które będą mogły ubiegać się o realizację zamówienia. W konsekwencji ma zatem bezpośredni wpływ na wynik postępowania. Dlatego też tak istotne z punktu widzenia utrzymania konkurencji na rynku, a zarazem równego traktowania wykonawców, jest dokonanie opisu warunków udziału w postępowaniu w sposób jasny i precyzyjny, minimalizując ryzyko arbitralności po stronie zamawiającego w trakcie oceny spełniania przez poszczególnych wykonawców wymagań zamawiającego. Minimalizacji arbitralności decyzji Zamawiającego służy zasada interpretacji warunków udziału w postępowaniu stosując literalną wykładnię zapisów SIWZ, przy czym dopuszczalne jest - jeśli okaże się to konieczne - uwzględnienie wskazówek interpretacyjnych wynikających z tego, że taki opis powinien być związany z przedmiotem zamówienia i do niego proporcjonalny.
Dalej wskazać należy, że następstwem określenia warunków udziałów w postępowaniu jest również konieczność wskazania wykonawcom jakich środków dowodowych (oświadczeń, dokumentów) zamawiający wymaga w celu wykazana spełniania tych warunków. Również te środki dowodowe powinny zostać określone w sposób proporcjonalny. Nie jest dopuszczalne żądanie oświadczeń czy dokumentów nadmiernych, tj. których zamawiający nie potrzebuje w celu oceny warunków udziału w postępowaniu, bądź które miałyby służyć potwierdzeniu okoliczności, która została już wykazana innym dokumentem. Zamawiający nie może również wymagać od wykonawców dokumentów, w sytuacji, gdy nie określił w sposób jasny i precyzyjny obowiązku ich złożenia.
Mając na uwadze powyższe, Izba stanęła na stanowisku, że wykonawca ASKIN nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu wskazanego w § 5 ust. 2 pkt 3 lit. a) SIWZ.Zamawiający w/w warunku udziału w postępowaniu wymagał od wykonawców wykazaniem się doświadczenia w realizacji co najmniej dwóch zadań polegających na utrzymaniu czystości i utrzymaniu zimowym dróg o długości łącznej minimum 10 000 m i chodników o powierzchni łącznej minimum 10 000 m2, przez okres minimum jednego roku.
Literalna interpretacja powyższego warunku udziału w postępowaniu wskazuje, iż wykonawca miał obowiązek wykazać się następującym doświadczeniem: (i) realizacją dwóch zadań; (ii) realizacja każdego z tych zadań musiała trwać co najmniej jeden rok; (iii) każde z zadań obejmowało swoim zakresem drogi i chodniki o wymaganej powierzchni; (iv) każde z zadań obejmowało swoim zakresem zimowe i letnie oczyszczanie dróg i chodników. Zamawiający, oceniając doświadczenie wykonawcy ASKIN odmiennie zinterpretował w/w zapisy i dopuścił możliwość zsumowania doświadczenia wykonawcy z realizacji kilku usług, które łącznie, w jego ocenie, spełniają stawiane wymagania. Jak wyjaśnił Zmawiający w żadnym zapisie SIWZ nie wymagał od potencjalnych wykonawców wykazania się doświadczeniem polegającym na jednoczesnym (w ramach jednej umowy) zrealizowaniem usługi letniego i zimowego utrzymania dróg i chodników.
W ocenie Izby brak jest podstaw do uznania stanowiska Zamawiającego za zasadne. Przyjęta przez Zamawiającego interpretacja spornych postanowień SIWZ nie znajduje odzwierciedlenia w postanowieniach SIWZ. Co prawda zgodzić się należy z Zamawiającym, że ww. warunek nie precyzował, iż wykonawcy mają wykazać się wykonaniem w ramach jednej umowy zarówno letnim jak i zimowym utrzymaniem dróg i chodników, niemniej nie można zgodzić się z Zamawiającym, iż z brzmienia w/w warunku dopuszczalne było łącznie kilku czy kilkunastu mniejszych usług w celu spełnienia postawionych wymagań. W ocenie Izby w świetle postanowień SIWZ za *„zadanie*" uznać należy usługę stanowiącą określoną całość tj. zimowe i/lub letnie utrzymanie czystości dróg i chodników o określonej powierzchni. Takie zadanie mogło być realizowane na podstawie jednej umowy, ale dopuścić należy również realizację wskazanych usług na podstawie odrębnych umów na zimowe i na letnie utrzymanie czystości dróg i chodników, z uwagi na specyfikację realizacji usług na rynku. Zgodzić się należy z Zamawiającym, iż większość zarządców dróg,

odpowiedzialnych za ich utrzymanie w zakresie swoich kompetencji, zleca wykonywanie przedmiotowych zadań w okresach „sezonowych", bądź to letnich bądź to zimowych. W ocenie Izby umowy te niejednokrotnie zawierane są na okres powyżej jednego roku, co umożliwia zsumowanie czasu realizacji usługi w okresie letnim czy zimowym w poszczególnych latach, tak aby spełnić wymagania Zamawiającego co do wymaganego okresu ich realizacji. Podkreślić również należy, że Zamawiający precyzyjnie i jasno wskazał, że każde z dwóch zadań winno obejmować swoich zakresem utrzymanie czystości zarówno dróg jak i chodników.

W ocenie Izby prezentowana przez Zamawiającego interpretacja warunku z § 5 ust. 2 pkt 3 lit. a) SIWZ nie koresponduje ani z literalną treścią tego warunku, ani z celem, jaki należało nadać temu warunkowi na gruncie dokumentacji postępowania. Zresztą jak sam Zamawiający wskazał w treści odpowiedzi na odwołanie jako jeden z nielicznych podmiotów zleca realizację przedmiotu zamówienia nieprzerwanie przez okres 1 roku, dbając o swój interes prawny, unikając w ten sposób niezręcznej sytuacji pojawienia się w maju lub czerwcu opadów śniegu i podejmowaniu interwencyjnych działań związanych z dodatkowym powierzaniem zadań związanych z odśnieżaniem zasypanych dróg dodatkowemu podmiotowi. Chroniąc ten właśnie interes Zamawiający ukształtował warunki udziału w postępowania w sposób odpowiadający powyższemu stanowisku, próbując jednakże w trakcie oceny ofert wykonawców nadinterpretować zapisy SIWZ. W ocenie Izby interpretacja warunku udziału w postępowaniu opisanego w § 5 ust. 2 pkt 3 lit. a) SIWZ dokonana przez Zamawiającego przy wyborze oferty wykonawcy ASKIN, a zaprezentowana w toku postępowania odwoławczego, jest interpretacją, która liberalizuje, łagodzi warunek udziału w postępowaniu, dopuszczając, aby wykonawcy mogli zsumować posiadane doświadczanie z kilku umów, tak, aby spełnić wszystkie istotne elementy wymienione w treści tego warunku. Niewątpliwie gdyby taka ocena spełnienia warunku z § 5 ust. 2 pkt 3 lit. a) SIWZ była znana wykonawcom przed upływem terminu składania ofert i opisana w SIWZ, to krąg podmiotów, które mogłyby ubiegać się o udzielenie przedmiotowego zamówienia uległby rozszerzeniu, skoro – jak się okazało – Zamawiający dopuszczał łącznie kilku czy kilkunastu drobnych usług, które łącznie spełniałaby wszystkie wymagania Zamawiającego. Takiej interpretacji przedmiotowego warunku nie sposób zatem pogodzić z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W ocenie Izby, na gruncie przedłożonych przez wykonawcę ASKIN informacji nie sposób uznać, że spełnia on warunek udziału w postępowaniu określony w § 5 ust. 2 pkt 3 lit. a) SIWZ.Wykonawca w złożonym wykazie powołał się na realizację 9 usług na rzecz kilku podmiotów. Jednakże żadna z tych usług nie obejmowała swoich zakresem łącznie dróg i chodników. Izba zaś wskazała powyżej, iż z zapisów SIWZ wywieść należy, że doświadczenie wykonawcy musi obejmować zadanie zawierające łącznie oczyszczenie zarówno dróg jak i chodników. Tym samym wskazane usługi nie spełniają wymagań stawianych przez Zamawiającego.

Na marginesie należy dodać, iż w zakresie zimowego utrzymania dróg wykonawca ASKIN powołał się w wykazie na odśnieżanie dróg serwisowych na rzecz GDDKiA w Olsztynie w latach 2012 – 2014 jako podwykonawca na odcinku 32 km oraz odśnieżanie drogi wojewódzkiej W-226 jako podwykonawca na odcinku 40 km w okresie 1.12.2015 r. - 30.04.2017 r. Z referencji złożonych przez wykonawcę ASKIN wynika, iż wykonawca ASKIN współpracował przy zimowym utrzymaniu dróg z użyciem środków uszorstniających. W ocenie Izby na podstawie informacji przekazanych przez wykonawcę ASKIN oraz informacji zawartych w złożonych referencjach nie sposób określić, jakie czynności wykonawca wykonał w ramach współpracy z wykonawcą zlecenia i czy zakres ich wykonania uznać można za równoznaczny z zimowym utrzymaniem dróg. Tym samym nie ma podstaw do przyjęcia, iż usługi te spełniają wymagania Zamawiającego co do zimowego utrzymania dróg. Jak Izba wskazał powyżej usługi te również nie obejmują swoich zakresem zimowego utrzymania chodników.

Mając na uwadze powyższe Izba nakazała wezwanie wykonawcy ASKIN to złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu wskazanego w § 5 ust. 2 pkt 3 lit. a) SIWZ. Wskazać bowiem należy, że art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wyznacza obowiązek zamawiającego polegający na wezwaniu wykonawcy do złożenia lub uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów, m.in. w sytuacji, gdy uprzednio złożone oświadczenia lub dokumenty nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający nie może wykluczyć wykonawcy z postępowania bez umożliwienia mu uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów, za pomocą których wykaże on, że spełnia opisane warunki. Wykluczenie wykonawcy z postępowania z powodu niespełnienia warunków udziału w postępowaniu, z pominięciem obowiązku wynikającego z art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, tj. z pominięciem obowiązku wezwania wykonawcy do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów, powoduje, że wykluczenie staje się przedwczesne i bezzasadne.

Aby potwierdzić spełnienie warunków udziału w postępowaniu wskazanego w § 5 ust. 2 pkt 3 lit. a) SIWZ wykonawca ASKIN winien wykazać się realizacją usług spełanijących następujące warunki: (i) dwa zadania, z których każde musi obejmować swoim zakresem zarówno drogi jak i chodniki, o powierzchni wymaganej przez Zamawiającego; (ii) każde z zadań musi być wykonywane przez okres minimum jednego roku, z zastrzeżeniem, że dopuszczalne jest powołanie się na umowy wieloletnie i sumowanie okresu realizacji usługi w sezonie letnim albo zimowym w poszczególnych latach; (iii)

wykonawca może powołać się na dwa zadania obejmujące swoim zakresem zarówno zimowe jak i letnie oczyszczenie dróg oraz chodników przez okres minimum jednego roku, jednakże za dopuszczalne uznać również należy powołanie się na dwa odrębne zadania, jedno obejmujące swoim zakresem letnie utrzymanie dróg i chodników, a drugie zimowe utrzymywanie dróg i chodników, każde przez minimum okres jednego roku, o powierzchni wymaganej przez Zamawiającego.

W ocenie Izby dopiero do wezwaniu wykonawcy ASKIN do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i złożeniu odpowiedzi przez wykonawcę, Zamawiający winien podjąć decyzję co do ewentualnego wykluczenia wykonawcy z postępowania z powodu braku spełnienia warunku udziału w postępowaniu wskazanego w § 5 ust. 2 pkt 3 lit. a) SIWZ.

W zakresie zarzutu dotyczącego braku spełnienia przez wykonawcę ASKIN warunku określonego w § 5 ust. 2 pkt 1 SIWZ, który wymaga od wykonawcy spełnienia wymogów ustawowych, w zakresie wykonywania działalności zgodnej z przedmiotem zamówienia w zakresie kompetencji lub uprawnień do prowadzenia działalności zawodowej, w ocenie Izby zarzut uznać należy za niezasadny. Po pierwsze, wskazać należy, że w opisie warunków udziału w postępowania Zamawiający nie wymagał złożenia przez wykonawców potwierdzenia wpisu do rejestru wskazanego w art. 49 ust. 1 ustawy o odpadach. Takiego postanowienia sam Odwołujący nie wskazał, powołując się w tym zakresie na postanowienia § 5 ust. 2 pkt 1 SIWZ. Z przepisu tego nie wynika jednak, w ocenie Izby, obowiązek uzyskania wpisu, o którym mowa powyżej i przedłożenia potwierdzenia takiego wpisu wraz z ofertą. Za słuszne należy uznać w tym zakresie stanowisko Zamawiającego, iż zapisy wprowadzone w § 5 ust. 2 pkt 1 SIWZ mają na celu uzmysłowić potencjalnym wykonawcom, że realizacja przedmiotu zamówienia jest lub może być związana ze spełnianiem dodatkowych wymagań określonych w obowiązujących przepisach prawa. W sytuacjach, gdy już na etapie przystępowania do postępowania o udzielenie zamówienia wymagane jest spełnianie przez oferentów konkretnych wymagań dotyczących personelu lub zdolności technicznej, Zamawiający już na etapie przygotowania postępowania umieszcza stosowne, literalnie wymienione, wymagania, które oferenci muszą spełniać. W ocenie Izby Zamawiający nie postawił na etapie wszczynania postępowania wymagania uzyskania wpisu, o którym mowa w art. 49 ust. 1 ustawy o odpadach, dając tym samym szansę szerszej grupie potencjalnych wykonawców przystępujących do przedmiotowego postępowania, poprzez możliwość uzyskania wymaganego zezwolenia, o ile takie wykonawca uzna za konieczne, już w trakcie realizacji umowy, a przed faktycznym rozpoczęciem realizacji zadania polegającego na zbieraniu i transporcie odpadów.

W zakresie zarzutu dotyczącego braku spełnienia przez wykonawcę ASKIN warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego sprzętu oraz osób zdolnych do wykonania zamówienia tj. § V ust. 2 pkt 3 lit. b i c SIWZ, to Izba uznała podniesione zarzuty za niezasadne. Wskazać należy na wstępie, że podstawa faktyczna powyższych zarzutów Odwołującego sprowadzała się do jednozdaniowych twierdzeń, iż: (i) zastrzeżenia budzą kwalifikacje zawodowe pracowników wskazanych przez wykonawcę ASKIN, zwłaszcza w zakresie uprawnień do kierowania pojazdami mechanicznymi, które są niezbędne do obsługi urządzeń wymaganych do wykonywania zamówienia; oraz (ii) wykonawca ASKIN dysponuje ciągnikiem lekkim marki Detz-Fahr rok. Prod. 2017 r. z osprzętem marki Pronar, niemniej jednak wykonawca nie wskazał dokładnych parametrów tego ciągnika, co uniemożliwia ustalenie, iż rzeczywiście jest to urządzenie lekkie, nadające się do przemieszczania po chodnikach.

W ocenie Izby tak sformułowana podstawa faktyczna zarzutu jest niewystarczająca. Podkreślić bowiem należy, że by mogło dojść do podważenia oświadczeń, ujętych i przedstawionych w jakimkolwiek dokumencie składanym na potwierdzenie warunków, powinny zostać przedstawione dowody spoza dokumentacji postępowania (spoza treści wniosku lub oferty złożonej w postępowaniu, jak również spoza korespondencji pomiędzy wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia a podmiotem zamawiającym). Wówczas na skutek swego rodzaju "wyjścia" poza informacje dostępne w ramach postępowania dochodzi do wykazania rzeczywistego stanu rzeczy podważającego stan wiedzy dostępny podmiotowi zamawiającemu w postępowaniu. Odwołujący w niniejszym postępowaniu ograniczył się wyłącznie do gołosłownych twierdzeń, bez jakiegokolwiek dowodu na poparcie zasadności stawianych zarzutów. Podkreślić dalej należy, że wykonawca ASKIN, zgodnie z wymaganiami SIWZ, złożył stosowne oświadczenie, że spełnia wymagania udziału w postępowaniu oraz złożył wykaz osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji przedmiotu zamówienia oraz wykaz narządzi wymaganych przez Zamawiającego. Z dokumentów tych wynika, że dysponuje wymaganymi przez Zamawiającego osobami zdolnymi do wykonania przedmiotu zamówienia, tym m.in. jedną osobą skierowaną do wykonywania koordynatora robót. Do realizacji funkcji koordynatora robót wykonawca wskazał p. D.N., którego kwalifikacje nie zostały w żaden sposób podważone przez Odwołującego. Ogólne zaś uwagi Odwołującego dotyczące braku kwalifikacji personelu nie zostały w żaden sposób skonkretyzowane co do poszczególnych osób. Podkreślić dalej należy, że Zamawiający w treści SIWZ nie stawiał żadnych specyficznych wymagań co do kwalifikacji personelu wykonawcy. Jeśli zaś, w ocenie Odwołującego, wskazane przez wykonawcę ASKIN osoby z jakiś powodów nie są zdolne do realizacji zamówienia, obowiązkiem Odwołującego było wykazanie Izbie o jakie części zamówienia chodzi, o które konkretnie osoby i na podstawie jakich dowodów opiera zaradność swoich twierdzeń. Tego zaś Odwołujący nie

uczynił.

Podobnie w zakresie zarzut dotyczącego wymaganego sprzętu, Odwołujący nie przeprowadził żadnego dowodu na wykazanie, iż sprzęt wskazany przez wykonawcę ASKIN jest nieodpowiedni do realizacji zamówienia. Zarzucanie wybranemu przez Zamawiającego wykonawcy braku wskazania dokładnych parametrów ciągnika lekkiego, w sytuacji gdy Zamawiający nie wymagał tego typu informacji jest bezzasadne. Sam zaś Odwołujący nie przywołał chociażby jednego parametru podważającego zasadność doboru sprzętu przez wykonawcę ASKIN.

Mając na uwadze powyższy, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku 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. (Dz.U. z 2018 r., poz. 972) w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołań oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu rozliczania.

Przewodniczący:……..……..……...