

WYROK

z dnia 13 sierpnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 sierpnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 lipca 2019 r. przez Odwołującego - wykonawcę S&A Service sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Gminę Wrocław, w imieniu i na rzecz której działa Ekosystem sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, przy udziale Przystępującego po stronie Zamawiającego - wykonawcy EPA Green sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu,

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 24 ust. 1 pkt 12, art. 26 ust. 2-4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp wobec ich uwzględnienia przez Zamawiającego, przy braku sprzeciwu ze strony Przystępującego.
2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.
3. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500,00 zł (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 3.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3.600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00/100) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2018 r., poz. 1986 j.t. ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we Wrocławiu.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Ekosystem sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, działająca w imieniu i na rzecz Gminy Wrocław (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2018 r., poz. 1986 j.t. ze zm.),

zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem są interwencyjne prace porządkowe i konserwacyjne terenów pozostających w granicach administracyjnych Gminy Wrocław, zwane dalej: „Postępowaniem”.

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych 10 lipca 2019 r., pod nr 572035-N-2019.

23 lipca 2019 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w Postępowaniu o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez wykonawcę EPA Green sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu („Wykonawca E”), co zostało zaskarżone przez wykonawcę S&A Service sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu („Odwołujący”) odwołaniem wniesionym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej „Izba” lub „KIO”) 29 lipca br.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 oraz ust. 12 Pzp przez zaniechanie wykonania właściwych czynności związanych ze zbadaniem obligatoryjnych przesłanek wykluczenia z Postępowania dotyczących wybranego Wykonawcy E, określonych w art. 24 ust 1 ustawy Pzp, w szczególności przesłanek określonych w pkt 16 i 17 Pzp;
2. art. 24 ust. 1 pkt 16 w zw. z ust. 4 Pzp przez zaniechanie czynności wykluczenia dotyczących wybranego Wykonawcy E, który w wyniku zamierzonego działania lub co najmniej rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w Postępowaniu;

oraz / albo alternatywnie w stosunku do zarzutu z lit. b powyżej:

3. art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z ust. 4 Pzp przez zaniechanie czynności wykluczenia dotyczących wybranego Wykonawcy E, który w wyniku lekkomyślności lub co najmniej niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu;
4. art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z ust 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp przez zaniechanie czynności wykluczenia dotyczących wybranego Wykonawcy, który podlega wykluczeniu z art. 24 ust. 1 pkt 16 i/lub pkt 17 Pzp i którego oferta winna być z tego tytułu uznana za odrzuconą;

a o ile KIO nie uzna zarzutów wskazanych powyżej i ponad nie, Odwołujący z uwagi na niespełnianie warunków udziału w Postępowaniu przez dotyczących wybranego Wykonawcę E zarzuca dodatkowo:

5. art. 26 ust. 2, ust. 3 i ust. 4 oraz art. 24 ust. 1 pkt 12 i art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp przez zaniechanie wykonania obligatoryjnych czynności związanych z badaniem spełniania warunków udziału w Postępowaniu, tj. zaniechanie wezwania do złożenia stosownych wyjaśnień w odniesieniu do złożonych dokumentów - wyjaśnienia jaki podmiot i w jakim zakresie oraz w jakiej kwocie wykonał prace będące podstawą do oceny spełniania warunku udziału w Postępowaniu dotyczącego zdolności zawodowej ponad oczywiste możliwości Zamawiającego sprawdzenia we własnych dokumentach i skorzystania z posiadanej przez niego wiedzy i wprost naruszenie przepisu art. 26 ust. 6 Pzp;
6. art. 22 ust. 1 Pzp przez wybranie jako oferty najkorzystniejszej oferty dotyczących wybranego Wykonawcy E, który podlega wykluczeniu i nie spełnia warunków udziału w Postępowaniu, a więc nie może ubiegać się o udzielenie przedmiotowego zamówienia;
7. art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z ust. 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp przez zaniechanie czynności wykluczenia dotyczących wybranego Wykonawcy E, który nie spełnia warunków udziału w Postępowaniu, i którego oferta winna być z tego tytułu uznana za odrzuconą.

Odwołujący wniosł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia dotychczasowego wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty

Wykonawcy E;

2. wykluczenia wybranego dotychczas Wykonawcy E bez możliwości powtórzenia czynności badania ofert na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp oraz uznania jego oferty za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp z powodu wprowadzenia Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji w zakresie spełnienia warunków udziału w Postępowaniu w wyniku zamierzonego działania lub co najmniej rażącego niedbalstwa oraz/albo alternatywnie z powodu przedstawienia informacji wprowadzających w błąd zamawiającego,

mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez niego w Postępowaniu na skutek lekkomyślności lub co najmniej niedbalstwa;

a o ile KIO nie uzna zarzutów wskazanych powyżej ponad nie Odwołujący, z uwagi na niespełnianie warunków udziału w Postępowaniu przez dotychczas wybranego Wykonawcę E, wnosi dodatkowo o nakazanie Zamawiającemu:

3. wezwania do złożenia stosownych wyjaśnień w odniesieniu do złożonych dokumentów - wyjaśnienia jaki podmiot i w jakim zakresie oraz w jakiej kwocie wykonał prace będące podstawą do oceny spełniania warunku udziału w Postępowaniu dotyczącego zdolności zawodowej, ponad oczywiste możliwości Zamawiającego sprawdzenia we własnych dokumentach i skorzystania z posiadanej przez niego wiedzy;

4. wykluczenia dotychczas wybranego Wykonawcy E o ile w wyniku dokonanych czynności określonych powyżej, w pkt 3, dojdzie do stwierdzenia, że nie spełnia on warunków udziału w Postępowaniu, a w konsekwencji uznania jego oferty za ofertę odrzuconą;

5. wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej i spełniającej warunki zamówienia.

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący podał, że Zamawiający - pomimo ciężącego na nim na podstawie przepisu art. 24 ust. 1 oraz ust. 12 Pzp obowiązku zbadania obligatoryjnych przesłanek wykluczenia z Postępowania dotychczas wybranego Wykonawcy E, określonych w art. 24 ust. 1 Pzp, w szczególności przesłanek określonych w pkt 16 i 17 - nie dokonał rzetelnego badania pod kątem wykluczenia tego wykonawcy z Postępowania. Odwołujący podkreślił, że wiedzę w zakresie kwestii objętych ww. zarzutami, a dotyczącą zdolności zawodowej, na którą powoływał się dotychczas wybrany Wykonawca E posiadał wprost Zamawiający, który mógł i powinien zbadać będące w jego posiadaniu dokumenty. Powyższy obowiązek Zamawiającego wynika nie tylko z podstaw przepisu art. 24 ust. 1 oraz ust. 12 Pzp, który nakłada na Zamawiającego obowiązek i możliwość wykluczenia wykonawcy, ale i pośrednio z treści art. 26 ust. 6 Pzp.

Odwołujący wyjaśnił, że w przedmiotowym postępowaniu dotychczas wybrany Wykonawca E, na dowód spełniania warunku udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej, przedstawił referencje wystawione przez Chemeko-System sp. z o.o. (dalej „Podmiot C”). Z referencji tych wynika, że Wykonawca E był podwykonawcą Podmiotu C. Przedmiotowe referencje należy uznać za nieprawdziwe, budzące uzasadnione wątpliwości co do prawdziwości oświadczeń w nich zawartych, co Zamawiający powinien sam stwierdzić na podstawie posiadanych dokumentów, był on bowiem podmiotem zamawiającym w postępowaniu nr 4/2018 „Usunięcie odpadów budowlanych z nieruchomości położonej przy ul. Pięćdziesięciu Bohaterów we Wrocławiu”, w którym to wybrano właśnie ofertę Podmiotu C. W przedmiotowych referencjach znajduje się stwierdzenie, że wymienione w nich usługi realizował w całości Wykonawca E.

Na żądanie Odwołującego, Zamawiający dostarczył mu pismo od Podmiotu C oraz umowę na podwykonawstwo w ww. temacie, ale z przekazanych dokumentów wynika, że podwykonawcą był nie tylko Wykonawca E, ale PHU MAK-MET S.J. („Podmiot M”). Powyższe wprost wskazuje, że zakres umowy, którą wykazuje dla potrzeb Postępowania Wykonawca E był/został wykonany łącznie, a więc i referencje wystawione przez Podmiot C, wskazujące, że cały zakres usług wykonał Wykonawca E, są nieprawdziwe i budzą uzasadnione wątpliwości co do prawdziwości oświadczeń w nich zawartych. Odwołujący stwierdził również, że z żadnego dokumentu, które otrzymał od Zamawiającego ani w aktach postępowania nie można wyczytać zakresu podziału prac prowadzonych przez poszczególnych konsorcjantów, a przedstawiona referencja w ostatnim zdaniu odnosi się właśnie do konsorcjum.

Odwołujący z ostrożności podniósł również, że fakt wykazania we wcześniejszym przetargu u Zamawiającego nr 4/2018 w ofercie Podmiotu C zamiaru powierzenia podwykonawcy zamówienia, a w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny załączenie otrzymanych od firm EKO-DIR RECYKLING D.I. oraz Wykonawcy E ofert cenowych dotyczących

ewentualnego podwykonawstwa nie świadczy w żadnym przypadku o ostatecznym i rzeczywistym zleceniu podwykonawstwa w określonym zakresie na etapie realizacji usługi.

Wiele jest też w dokumentach dotyczących rzekomego podwykonawstwa innych niespójności:

1. referencja wystawiona przez Podmiot C wskazuje wyłącznie na Wykonawcę E, natomiast umowa na podwykonawstwo zawarta jest z dwiema firmami - Podmiotem M i Wykonawcą E;
2. określony w referencji okres świadczenia usługi jest od dnia 14.08.2018 r., natomiast umowa na podwykonawstwo zawarta została dopiero 03.09.2018 r., a informacja o zawarciu umowy z podwykonawcą wysłana została przez Podmiot C do Zamawiającego 18.09.2018 r.;
3. brak jest w dokumentacji Zamawiającego pisemnej zgody na podwykonawstwo Wykonawcy E, co zgodnie z § 11 ust. 1 umowy, do postępowania którego referencja dotyczy, było wymogiem; uznać więc należy, że Podmiot C wykonywał usługę samodzielnie, bowiem mimo chęci podzlecenia usług nie otrzymał zgody

Zamawiającego, a więc Wykonawca E nie mógł uczestniczyć w realizacji zamówienia.

Odwolujący podkreślił, że pomimo tych wszystkich okoliczności, Zamawiający - który był zobowiązany do sprawdzenia obligatoryjnych podstaw wykluczenia wykonawców na podstawie art. 24 ust. 1 Pzp oraz z racji posiadanych u siebie dokumentów - mógł i powinien był sprawdzić czy takie podstawy wykluczenia nie zachodzą.

Z utrwalonego już orzecznictwa jasno wynika, że można wykazać się dla potrzeb spełniania warunku udziału w postępowaniu tylko takim zakresem doświadczenia w wykonaniu danych prac, które faktycznie i w całości wykonał samodzielnie dany wykonawca/podwykonawca, o ile nie posługuje się zasobami podmiotu trzeciego. Z przyjętej linii orzeczniczej wprost można więc odczytać, że nie można posłużyć się jedynie częścią wymaganego zakresu prac (co miało miejsce w przedmiotowej sprawie) i gdyby nie ww. zaniechania Zamawiającego można było to łatwo dostrzec, tylko należy posłużyć się całym i faktycznie wykonanym zakresem, za którego wykonanie był odpowiedzialny dany wykonawca/podwykonawca.

W związku z powyższym Zamawiający, w sytuacji w której wykazywane w przedmiotowym przetargu dla potrzeb warunku zdolności zawodowej usługi, były usługami wykonywanymi na jego rzecz w ramach wcześniejszej umowy post przetargowej nr 4/2018, mógł i powinien z łatwością je sprawdzić czego niestety zaniechał, a w konsekwencji nie wykluczył Wykonawcy E, powinien zostać zobowiązany przez KIO do unieważnienia dotychczasowego wyboru oferty najkorzystniejszej i wykluczenia Wykonawcy E.

Wykazano już powyżej, że w przypadku usług świadczonych wcześniej na rzecz Zamawiającego, i sytuacji w której „generalny wykonawca”, w roli którego występuje Podmiot C, który z kolei wystawił na potrzeby przedmiotowego przetargu referencje Wykonawcy E, wskazując że usługi wykonał on faktycznie samodzielnie i w całości a z innych dokumentów wynika, że realizacja umowy zajmował się również inny podwykonawca (Podmiot M), mamy do czynienia z nieprawdziwą i budzącą uzasadnione wątpliwości co do prawdziwości oświadczeń w niej zawartych referencją.

Odwolujący dodatkowo wskazał, że nieprawdziwe dane oraz niepełne dane dla potwierdzenia wymaganej zdolności zawodowej, których Zamawiający również nie zweryfikował, obejmują dwie usługi wykazane przez Wykonawcę E.

Zamawiający w ogłoszeniu oraz w SIWZ (pkt 1.2.2.) określił warunek dotyczący zdolności zawodowej w następujący sposób:

„Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonuje, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zamówienie lub zamówienia polegające na usuwaniu z terenów nieruchomości luźno rozrzuconych odpadów, pracach konserwacyjnych zieleni, wykaszaniu roślinności trawiastej, o łącznej wartości brutto nie mniejszej niż 50 000 zł”.

Natomiast wykazana w Załączniku nr V „Wykaz wykonanych lub wykonywanych głównych usług”, pierwsza usługa świadczona rzekomo jedynie i w całości przez Wykonawcę E na rzecz Podmiotu C oraz załączona z tego tytułu referencja, która miała

stanowić dowód należytego wykonania usługi - nie potwierdza wykonania usługi zgodnej z ww. wymogami rozdz. IV „Warunki udziału w postępowaniu”, pkt. 1.2.2 SIWZ

Pomimo tego, że dyskusyjna usługa obejmowała zakres dużo szerszy niż ten wymagany przez Zamawiającego, to nawet w ramach tak szerokiego zakresu prac brak jest usług wprost wymienionych przez Zamawiającego w ww. pkt 1.2.2 SIWZ, czyli zamówienia polegającego na usuwaniu z terenów nieruchomości luźno rozrzuconych odpadów, pracach konserwacyjnych zieleni, wykaszaniu roślinności trawiastej. Postępowanie na „Usunięcie odpadów budowlanych z nieruchomości położonej przy ul. Pięćdziesięciu Bohaterów we Wrocławiu, którego dotyczy sporna referencja, polegało głównie na usunięciu różnych odpadów budowlanych wysypanych w formie hałd, a nie luźno porzucanych odpadów różnego typu, ponadto brak jest tu również konserwacji zieleni a jedynie usunięcie roślinności utrudniającej wykonanie prac (co trudno nazwać konserwacją zieleni), a także brak pracy związanej z wykoszeniem traw.

Ponadto, podana w wykazie wartość usługi jest nieprawdziwa, bowiem nie stanowi wartości prac wymaganych w tym zamówieniu, a stanowi wartość ogólną za wykonanie całości przedmiotu umowy, jak zostało to przedstawione w referencji.

Z kolei druga ze wykazanych usług, realizowana jest dopiero od 16.12.2018 r., czyli na dzień składania ofert realizowana jest jedynie przez okres 6,5 m-ca a podana w sposób nieuprawniony w wykazie wartość umowy odnosi się do całego okresu jej realizacji (36 m-cy), zamiast tego co na dzień składania ofert rzeczywiście wykonano, czyli wnioskowo: na dzień składania ofert zrealizowano usługi o wartości jedynie około 19.000,00 zł brutto, co jest dużo poniżej wymaganej przez Zamawiającego w tej sprawie kwoty 50.000 zł brutto.

W konsekwencji żadna z dwóch wykazanych usług nie potwierdza ponad powyższe kwestie związane z nieprawdziwymi danymi spełniania określonego przez Zamawiającego warunku udziału w Postępowaniu.

Stwierdzony stan faktyczny i dokonana powyżej ocena wykazu usług oraz referencji, daje pełne podstawy do tego aby zachowanie Wykonawcy E ocenić negatywnie i skorzystać z podstaw wykluczenia, o których mowa w ww. przepisach art. 24 ust. 1 pkt 16 i/lub pkt 17

Pzp. Wykluczenie winno nastąpić automatycznie, bez dokonywania jakichkolwiek wyjaśnień wobec Wykonawcy E z uwagi na to, że:

1. przepisy art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp, 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;
2. w przedmiotowej sprawie Zamawiający nie musi de facto nic wyjaśniać gdyż jest w bezpośrednim posiadaniu wiedzy na temat doświadczenia w usługach, które zostały przedstawiane w aktualnym przetargu na potwierdzanie spełniania warunku w zakresie zdolności zawodowej.

Przedstawienie przez wykonawcę informacji niezgodnej z rzeczywistością stanowi pierwszą z przestanków w przypadku zarówno podstawy wykluczenia z punktu 16, jak i 17 Pzp. Przywołane przepisy art. 24 ust. 1 Pzp, wymagają zaistnienia po stronie wykonawcy bądź to zawnionego działania lub rażącego niedbalstwa, albo chociaż lekkomyślności w działaniu, których celem ma być wprowadzenie zamawiającego w błąd, aby uzyskać dane zamówienie.

O ile jednak KIO nie uzna zarzutów i związanych z nimi podstaw wykluczenia Wykonawcy E wskazanych powyżej i ponad nie, Odwołujący przedstawił dodatkową argumentację wskazującą na nie spełnianie przez Wykonawcę E warunku udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej.

Odnosnie zamówienia udzielonego we wcześniejszym przetargu nieograniczonym nr 4/2018 u Zamawiającego na „Usunięcie odpadów budowlanych z nieruchomości położonej przy ul. Pięćdziesięciu Bohaterów we Wrocławiu”, Odwołujący wyjaśnił, że polegało ono głównie na usunięciu różnych odpadów budowlanych wysypanych w formie hałd, a nie luźno porzucanych odpadów różnego typu, ponadto brak jest tu również konserwacji zieleni a jedynie usunięcie roślinności utrudniającej wykonanie prac (co trudno nazwać konserwacją zieleni), a także brak pracy związanej z wykoszeniem traw. W konsekwencji zakres umowy podwykonawczej nr 46/46/2018/G z dnia 14.08.2018 r. do przetargu nr 4/2018 nie pokrywa się z wymaganiami Zamawiającego.

Doświadczenie jakim ma się wykazać oferent w Postępowaniu, to „zamówienie lub zamówienia polegające na usuwaniu z terenów nieruchomości luźno rozrzuconych odpadów,

pracach konserwacyjnych zieleni, wykaszaniu roślinności trawiastej, o łącznej wartości brutto nie mniejszej niż 50 000 zł”.

W zakresie umowy podwykonawstwa, którą próbuje się wykazać dla potrzeby spełnienia ww. warunku Wykonawca E nie zawierają się jednak czynności określone powyższym warunkiem. Zakres prac wykonywanych przy zamówieniu z przetargu 4/2018, którego dotyczy umowa podwykonawcza, to szeroki zakres niestety nie adekwatny do przedmiotu aktualnego przetargu, obejmujący:

1. sprawdzenie przez wykonawcę, przed rozpoczęciem prac porządkowych, w ewidencji gruntów czy na terenie objętym przedmiotem umowy nie występują sieci infrastruktury podziemnej, wraz z uzyskaniem aktualnej mapy;
2. wykonanie prac przygotowawczych, w szczególności: oznakowanie i zabezpieczenie przed dostępem osób trzecich terenu, na którym prowadzone będą prace, zabezpieczenie drzew przed ich uszkodzeniem, usunięcie roślinności uniemożliwiającej lub utrudniającej wykonanie prac objętych przedmiotem umowy (dotyczy roślinności której wycięcie nie wymaga uzyskania zezwoleń określonych odrębnymi przepisami);
3. usunięcie fragmentów starego ogrodzenia z siatki metalowej, które znajduje się na skraju skarpy będącej granicą porządkowanego terenu od strony wschodniej oraz usunięcie hałd gałęzi i ściętej trawy zgromadzonych u podnóża skarpy, na niższej części działki uformowanej poprzez rozplantowanie mas ziemnych do poziomu ul. Pięćdziesięciu Bohaterów;
4. usunięcie różnych rodzajów odpadów budowlanych wyspanych w postaci hałd na powierzchni istniejącego tarasu wykonanego z ziemi i gruzu; hałdy o różnej wysokości należy usunąć do ich podstawy bez zagłębiania się w podłoże; część terenu na odcinku od nieczynnej wschodniej bramy do przeznaczonych do usunięcia pozostałości dawnej wiaty, nie jest zajęta przez hałdy odpadów i wyznacza powierzchnię, do której należy usunąć odpady;
5. usunięcie pozostałości dawnej wiaty wykonanej z prefabrykowanych elementów betonowych;
6. usunięcie kontenera o pojemności około 8 m³ wraz ze znajdującymi się w nim odpadami;
7. załadunek odpadów na środki transportowe wykonawcy;
8. transport i rozładunek odpadów w miejscu prawnie dopuszczonym do odzysku, czasowego magazynowania bądź unieszkodliwienia odpadów;
9. przekazanie odpadów przedsiębiorcy prowadzącemu działalność w zakresie przetwarzania odpadów, bądź osobie niebędącej przedsiębiorcą do ponownego wykorzystania, zgodnie z obowiązującymi przepisami;
10. wyrównanie nierówności terenu powstałych w trakcie wykonywania prac porządkowych, polegające na ścięciu wypukłości, przemieszczeniu urobku i zasypaniu powstałych wgłębień;
11. utrzymanie w należyтым porządku i czystości nawierzchni dróg w rejonie prowadzonych prac, w czasie prowadzenia prac i po ich zakończeniu, przez uprzątnięcie i pozbycie się błota i innych zanieczyszczeń z nawierzchni dróg przyległych do terenu, na których były prowadzone prace porządkowe;
12. uporządkowanie terenu, na którym zgromadzone były odpady przeznaczone do usunięcia, z ewentualnych zanieczyszczeń dodatkowo odsłoniętych, w trakcie wykonywania prac;
13. uporządkowanie terenu z odpadów rozsypanych w trakcie załadunku;
14. usunięcie zabezpieczeń i oznakowania wykonanych w ramach prac przygotawczych.

Wykazany dla potrzeb spełniania warunku dotyczącego zdolności zawodowej w aktualnym przetargu, zakres z poprzedniego przetargu nr 4/2018 - jest po pierwsze - de facto jedynym punktem z zakresu czynności, którym próbuje dotychczas wybrany Wykonawca E „podciągnąć” pod aktualny przedmiot umowy, a po drugie - trudno uznać prace wykazane powyżej za wymagane warunkiem, tj. prace konserwacyjne na zieleni.

Zgodnie z praktykami firm świadczącymi usługi w zieleni za prace konserwacyjne na

zieleni uznaje się prace pielęgnacyjne. Ponadto sama definicja słowa konserwacja (zgodnie z definicją Słownika Języka Polskiego) to: zespół czynności zabezpieczających coś przed zniszczeniem, psuciem się, utratą wartości itp., co wyklucza czynność usunięcia roślinności.

Ponadto, brak jest wykazania wymaganego wykaszania roślinności trawiastej i trudno nazwać usuwaniem z terenów nieruchomości luźno rozrzuconych odpadów. Wykazane usunięcie hałd gałęzi i ściętej trawy zgromadzonych u podnóża skarpy, usunięcie różnych rodzajów odpadów budowlanych wysypanych w postaci hałd na powierzchni istniejącego tarasu, czy usunięcie pozostałości dawnej wiaty wykonanej z prefabrykowanych elementów betonowych albo usunięcie kontenera o pojemności około 8 m³ wraz ze znajdującymi się w nim odpadami stanowią specyficzne sprzężanie po pracach budowlanych.

Odwolujący dodał, że z żadnego dokumentu, które otrzymał od Zamawiającego, ani w aktach Postępowania nie można wyczytać zakresu podziału prac prowadzonych przez poszczególnych konsorcjantów, a przedstawiona referencja w ostatnim zdaniu odnosi się właśnie do konsorcjum oraz, że podana w wykazie wartość usługi jest nieprawdziwa, bowiem nie stanowi wartości prac wymaganych w tym zamówieniu, a stanowi wartość ogólną za wykonanie całości przedmiotu umowy jak zostało to przedstawione w referencji.

Z kolei druga ze wykazanych usług, realizowana jest dopiero od 16.12.2018 r., czyli na dzień składania ofert realizowana jest jedynie przez okres 6,5 m-ca, a podana w sposób nieuprawniony w wykazie wartość umowy odnosi się do całego okresu jej realizacji (36 m-cy), zamiast tego co na dzień składania ofert rzeczywiście wykonano, czyli wnioskowo: na dzień składania ofert zrealizowano usługi o wartości jedynie około 19.000,00 zł brutto, co jest dużo poniżej wymaganej przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu kwoty 50.000 zł brutto.

Odwolujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści:

1. referencji z 3 grudnia 2018 r., wystawionych przez Podmiot C na rzecz Wykonawcy E, dotyczących realizacji zamówienia pn.: „Usunięcie odpadów budowlanych z nieruchomości położonej przy ul. Pięćdziesięciu Bohaterów we Wrocławiu” - dowód 01;
2. przykładowego opisu przedmiotu zamówienia na kompleksową konserwację zieleni - dowód 02;
3. pisma Podmiotu C do pełnomocnika Zamawiającego z 18 września 2018 r., stanowiącego zgłoszenie podwykonawcy do realizacji umowy obejmującej wykonanie usługi polegającej na usunięciu odpadów budowlanych z nieruchomości położonej przy ul. Pięćdziesięciu Bohaterów we Wrocławiu - dowód 03;
4. umowy o podwykonawstwo z 3 września 2018 r. pomiędzy Podmiotem C a konsorcjum składającym się z Wykonawcy E oraz Podmiotu M dotyczącej wykonanie usługi jw. - dowód 04;
5. wzoru umowy przygotowanego przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia pn.: „Usunięcie odpadów budowlanych z nieruchomości położonej przy ul. Pięćdziesięciu Bohaterów we Wrocławiu” - dowód 05.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający częściowo uwzględnił zarzuty przedstawione w odwołaniu, tj. w zakresie naruszenia:

1. art. 24 ust. 1 oraz ust. 12 Pzp przez zaniechanie wykonania właściwych czynności związanych ze zbadaniem obligatoryjnych przesłanek wykluczenia z Postępowania Wykonawcy E, określonych w art. 24 ust. 1 Pzp, w szczególności przesłanek określonych w pkt 16 i 17 tego przepisu;
2. art. 26 ust. 2-4 oraz art. 24 ust. 1 pkt 12 i art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp przez zaniechanie wykonania obligatoryjnych czynności związanych z badaniem spełniania warunków udziału w Postępowaniu, tj. zaniechaniem wezwania do złożenia stosownych wyjaśnień w odniesieniu do złożonych dokumentów - wyjaśnienia jaki podmiot i w jakim zakresie oraz w jakiej kwocie wykonał prace będące podstawą do oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności zawodowej.

Zamawiający wskazał, że wezwie Wykonawcę E do złożenia wyjaśnień co do oświadczeń i dokumentów złożonych w Postępowaniu, gdyż nie jest w posiadaniu oświadczeń i dokumentów dotyczących tego wykonawcy, a zatem nie ma możliwości zastosowania art. 26 ust. 6 Pzp, z uwagi na fakt, że Wykonawca E był członkiem konsorcjum, które jako podwykonawca uczestniczyło w realizacji zadań pn.: „Wykonanie usługi polegającej na usunięciu odpadów budowlanych z nieruchomości położonej przy ul. Pięćdziesięciu Bohaterów we Wrocławiu”. Podał, że w ramach prowadzenia tego

postępowania nie gromadził dokumentów, które pozwoliłyby na ustalenie zakresu prac realizowanych przez każdego z członków konsorcjum podwykonawcy.

W pozostałym zakresie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, argumentując wniosek w następujący sposób.

Zamawiający stwierdził, że nie może zrealizować pozostałych zarzutów zawartych w odwołaniu z uwagi na ich sprzeczność z literą prawa. Dopiero pełne przeprowadzenie czynności związanych z badaniem spełnienia warunku udziału w Postępowaniu pozwoli na ustalenie istnienia ewentualnych przesłanek z art. 24 Pzp, dotyczących wykluczenia Wykonawcy E. Dalsze zarzuty Odwołującego są de facto już wynikową ewentualnego ustalenia, czy Wykonawca E w ramach konsorcjum realizował prace w zakresie objęte warunkiem Postępowania. Zamawiający zwrócił też uwagę na art. 24 ust. 8 Pzp, którego nie można pomijać przy analizie podstaw wykluczenia. Zdaniem Zamawiającego przyjęcie automatyzmu wykluczenia Wykonawcy E, jak tego oczekuje i wnioskuje Odwołujący, bez wzywania do wyjaśnienia okoliczności danej sprawy oraz możliwości wykazania, czy Wykonawca E faktycznie spełnia warunki udziału w Postępowaniu, byłoby zbyt rygorystyczne i mogłoby prowadzić do wykluczenia z postępowania wykonawcy, który faktycznie posiadają wymagane doświadczenie. Dopiero po przeprowadzeniu takich czynności wyjaśniających istnieć będzie podstawa do odwołania się od decyzji Zamawiającego o wyborze danego wykonawcy. Już sam sposób sformułowania odwołania, gdzie Odwołujący sam wskazuje alternatywne podstawy do wykluczenia wykonawcy, wskazują na konieczność uprzedniego przeprowadzenia czynności wyjaśniających przez Zamawiającego i brak możliwości, jak o to wnosi Odwołujący się, automatycznego wykluczenia wybranego dotychczas wykonawcy.

Zamawiający wskazał również, że nie uznaje zarzutu Odwołującego, jakoby dla potwierdzenia warunku udziału w Postępowaniu nie można było posłużyć się realizacją prac w zakresie zadań pn.: „Wykonanie usługi polegającej na usunięciu odpadów budowlanych z nieruchomości położonej przy ul. Pięćdziesięciu Bohaterów we Wrocławiu”. W związku z tym, że oba postępowania są prowadzone przez Zamawiającego, to w jego ocenie zakres tej umowy pokrywa się z warunkiem postawionymi w Postępowaniu.

Co do zawartego w treści odwołania zarzutu braku potwierdzenia spełnienia warunku udziału w Postępowaniu przez drugą ze wskazanych przez Wykonawcę E usług, zarzut ten jest - zdaniem Zamawiającego - przedwczesny, bowiem na moment dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty Zamawiający uznał, że pierwsza z przedstawionych usług potwierdza spełnienie warunku udziału w postępowaniu i nie dokonał weryfikacji pozostałych wskazanych w wykazie usług.

Do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przystąpienie zgłosił Wykonawca E, wnosząc o oddalenie odwołania. Izba, wobec spełnienia przez zgłoszenie przystąpienie wymogów z art. 185 ust. 2 Pzp, postanowiła o dopuszczeniu tego wykonawcy (dalej również „Przystępujący”) do udziału w postępowaniu odwoławczym.

Wykonawca E nie wniósł sprzeciwu wobec częściowego uwzględnienia zarzutów odwołania.

Na rozprawie Przystępujący wniósł dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z treści oświadczenia przedstawiciela Podmiotu C z 7 sierpnia 2019 r. na okoliczność rzeczywistego zakresu udziału Wykonawcy E w realizacji zamówienia pn. „Wykonanie usługi polegającej na usunięciu odpadów budowlanych z nieruchomości położonej przy ul. Pięćdziesięciu Bohaterów we Wrocławiu”.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego zawarte w przytoczonych powyżej pismach procesowych, a także wyrażone ustnie na rozprawie

1 odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Skład orzekający stwierdził, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp, do wniesienia odwołania.

Izba, w pkt 1 sentencji wyroku, działając na podstawie art. 186 ust. 3a Pzp stosowanego odpowiednio, umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 24 ust. 1 pkt 12, art. 26 ust. 2-4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp wobec ich uwzględnienia, przy braku sprzeciwu ze strony Przystępującego.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści SIWZ, wykazu usług złożonego przez Przystępującego wraz z referencjami w odpowiedzi na wezwanie w trybie przepisu art. 26 ust.

2 Pzp, zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, dokumentów załączonych do odwołania oraz oświadczenia złożonego przez Wykonawcę E na rozprawie.

Na ich podstawie skład orzekający uznał, że stan faktyczny sprawy (brzmienie warunku udziału w Postępowaniu i treść kwestionowanych w odwołaniu dokumentów) nie są przedmiotem sporu i nie wymagają ponownego omówienia. Clou sprawy stanowiła ocena, czy będący w dyspozycji Zamawiającego zasób informacji stanowić może podstawę wykluczenia Przystępującego na podstawie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 Pzp? Na tak postawione pytanie należało, zdaniem Izby, udzielić odpowiedzi przeczącej z następujących przyczyn.

Jakkolwiek skład orzekający podziela obszernie teoretyczne wywody odwołania odnoszące się do znaczenia przesłanek wynikających z przywołanych powyżej przepisów oraz do interpretacji użytych w nim pojęć charakteryzujących niepożądane zachowania wykonawcy, to jednak przypomina, że podstawy wykluczenia wykonawcy, w tym w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp, muszą być ustalone ponad wszelką wątpliwość. Obowiązek ten spoczywa na zamawiającym, a jego przejawem jest chociażby wynikająca z przepisu art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp konieczność wskazania podstaw faktycznych i prawnych takiej decyzji.

W rozpoznawanej sprawie nie ulegało wątpliwości, że wskazane przez Przystępującego w wykazie usług zamówienie obejmujące wykonanie usługi polegającej na usunięciu odpadów budowlanych z nieruchomości położonej przy ul. Pięćdziesięciu Bohaterów we Wrocławiu realizowane było na rzecz Podmiotu C przez konsorcjum. Wynika to nie tylko z dowodów 03 i 04, ale nawet z kwestionowanej referencji stanowiącej dowód 01, która w swej treści odwołuje się do więcej niż jednego podmiotu. Już chociażby na podstawie ostatniego ze wzmiankowanych dokumentów Zamawiający powinien był wszcząć postępowanie wyjaśniające zmierzające do ustalenia, czy pomimo realizacji ww. zamówienia przy udziale innego wykonawcy (Podmiotu M, który wraz z Przystępującym został zgłoszony przez Podmiot C jako jego podwykonawca) Przystępujący był uprawniony do powoływania się na całe nabyte w takich okolicznościach doświadczenie. Przy czym okoliczność, że Zamawiający dostrzegł taką potrzebę dopiero w reakcji na zarzuty odwołania nie może przy tym być interpretowana na niekorzyść Wykonawcy E i per se stanowić podstawy do uznania, że - jak chce tego Odwołujący - Zamawiający został wprowadzony w błąd.

Izba stwierdziła, że zgromadzony w sprawie materiał dowodowy nie pozwala na przesądzenie wspomnianej powyżej kwestii. Przystępujący złożył wprawdzie na jej potwierdzenie oświadczenie przedstawiciela Podmiotu C, tym niemniej - pomijając nawet okoliczność, że winno ono stanowić przedmiot oceny samego Zamawiającego w ramach wspomnianego postępowania wyjaśniającego - jego treść, w świetle braku innych dokumentów związanych z realizacją zamówienia przez Wykonawcę E, wśród których należy wymienić przede wszystkim umowę konsorcjum z Podmiotem M, należało uznać za niewystarczającą. Tym samym Odwołujący trafnie argumentował, że okoliczność ta stanowić powinna przedmiot zainteresowania ze strony Zamawiającego, czemu Zamawiający uczynił zadość częściowo uwzględniając odwołanie.

W pozostałym zakresie argumentacja Odwołującego wskazująca na inne jeszcze niewiarygodności w informacjach dotyczących realizacji omawianej usługi nie mogła się ostać.

Odwołujący podał w wątpliwość wynikającą z referencji datę rozpoczęcia świadczenia usługi (14 sierpnia 2018 r., w miejsce 3 bądź 18 września 2019 r., kiedy to, odpowiednio, zawarta została umowa o podwykonawstwo i dokonano zgłoszenia podwykonawcy). Skład orzekający przyjął jednak, że było to wynikiem omyłkowego przyjęcia jako daty rozpoczęcia realizacji zamówienia, daty zawarcia umowy pomiędzy Zamawiającym a Podmiotem C, która to widnieje w § 1 ust. 2 umowy o podwykonawstwo stanowiącej dowód 04. Jedynie na marginesie zauważyć należy, że w świetle treści warunku odnoszącego się do zdolności zawodowej wykonawcy faktyczny okres realizacji zamówienia, o ile przypada na maksymalnie 3 lata przed upływem terminu składania ofert, był bez znaczenia.

Kolejno Odwołujący wskazał na brak zgody Zamawiającego na zaproponowanego przez Podmiot C wykonawcę, wyrażonej w oparciu o § 11 ust. 1 umowy na realizację zamówienia pn.: „Usunięcie odpadów budowlanych z nieruchomości położonej przy ul. Pięćdziesięciu Bohaterów we Wrocławiu”, której wzór stanowi dowód 05. Skład orzekający uznał jednak, że nawet naruszenie tego obowiązku kontraktowego nie rzutuje bezpośrednio na ocenę prawdziwości informacji o realizacji przez Wykonawcę E zamówienia, w szczególności nie uzasadnia postawionej na str. 6 odwołania tezy, jakoby „[...] Chemeko-System Sp. z o.o. wykonywało usługę samodzielnie, bowiem mimo chęci podzlecenia usług nie otrzymało zgody Zamawiającego, a więc EPA Green sp. z o.o. nie mogła uczestniczyć w realizacji zamówienia”.

Izba nie podzieliła również stanowiska Odwołującego, zgodnie z którym rzeczowy zakres usług świadczonych przez Przystępującego na rzecz Podmiotu C nie potwierdzał spełniania warunku udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej.

Należy generalnie zauważyć, że w przypadkach, w których treść warunku referuje do pojęć niemających ustalonego powszechnego (np. normatywnego lub choćby potocznego) zakresu znaczeniowego, próżno jest oczekiwać, aby wykonawca, wykazując spełnianie takiego warunku, wskazał na zamówienie identyczne do zamówienia opisanego w treści warunku przez zamawiającego. W tym zakresie dla uznania spełniania warunku udziału w danym postępowaniu wystarczające jest ich podobieństwo.

Kierując się tymi zapatrywaniami skład orzekający uznał, że w ramach wykazanego przez Wykonawcę E doświadczenia istotnym elementem jest usuwanie odpadów niezależnie od postaci w jakiej się one znajdują, tj. czy są luźno porzucane, czy też w formie hałd.

Odwołujący nota bene nie dowiódł, aby wymagane treścią warunku udziału w Postępowaniu usuwanie luźno rozrzuconych odpadów było na tyle swoistym doświadczeniem, żeby różniło się jakościowo od usuwania odpadów, które porzucane nie są.

Odnosząc się natomiast do kwestii konserwacji zieleni Izba przede wszystkim uznała, że chybione było powoływanie się przez Odwołującego na przykładowy opis przedmiotu zamówienia na konserwację zieleni, skoro - jak trafnie argumentował Zamawiający - ten zakres zamówienia scharakteryzowany został w Rozdziale III ust. 2 pkt 3 SIWZ. Nadmienić należy, że wskazane przez Odwołującego pojęcie „konserwacji zieleni” w ogóle nie przystaje do charakterystyki tego pojęcia wynikającej z przywołanych powyżej postanowień SIWZ.

Brak również było, zdaniem składu orzekającego, powodów do wykluczenia Wykonawcy E z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp z uwagi na zawarte w wykazie wykonanych lub wykonywanych (podkreślenie Izby) głównych usług informacji dotyczące realizacji zamówienia pn.: „Kompleksowe utrzymanie czystości na posesji przy ul. Kopemika 11 we Wrocławiu”. W tym zakresie Przystępujący wskazał na aktualnie wykonywane zamówienie, podając zarówno cały okres, na jaki jego realizacja jest przewidziana, jak również całość wynagrodzenia z tego tytułu, nie twierdząc przy tym, że zamówienie to wykonał w całości, zatem przedstawiona w odwołaniu argumentacja stanowi nadinterpretację treści wykazu.

Z uwagi na powyższe orzeczono, jak w pkt 2 sentencji wyroku.

O kosztach postępowania (pkt 3 sentencji wyroku) rozstrzygnięto stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2018 r., poz. 972 j.t.).

Przewodniczący: