Sygn. akt: KIO 42/20

WYROK
z dnia 23 stycznia 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Katarzyna Prowadzisz
Protokolant:Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 23 stycznia 2020 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 stycznia 2020 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Alba Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Olkuszu (pełnomocnik), Alba Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej spółka
z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Dąbrowie Górniczej
w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Miasto i Gmina Olkusz
przy udziale wykonawcy K. K. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą K. K. KAROLINEX-RECYKLING siedziba w Olkuszu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 42/20 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1.Uwzględnia odwołanie.
Nakazuje Zamawiającemu - w postepowaniu o udzielnie zamówienia publicznego pod nazwą: *Letnie i zimowe oczyszczanie ulic, chodników, parkingów i przystanków na terenie Miasta Olkusz"* - unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej tj. oferty wykonawcy K. K. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą K. K. KAROLINEX-RECYKLING z siedziba w Olkuszu.
Nakazuje Zamawiającemu wezwanie wykonawcy K. K. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą K. K. KAROLINEX-RECYKLING z siedziba w Olkuszu, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, d uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie wykazania spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia.
W pozostałym zakresie zarzuty odwołania uznaje za niezasadne.
2.Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Miasto i Gminę Olkusz i:
2.1zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Alba Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Olkuszu (pełnomocnik), Alba Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Dąbrowie Górniczej tytułem wpisu od odwołania,
2.2zasądza od Zamawiającego Miasta i Gminy Olkusz na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Alba Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Olkuszu (pełnomocnik), Alba Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Dąbrowie Górniczej kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 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 Krakowie.

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 42/20

U Z A S A D N I E N I E

Zamawiający – Miasto i Gmina Olkusz prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą *„Letnie i zimowe oczyszczanie ulic, chodników, parkingów i przystanków na terenie Miasta Olkusz".*

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznychw dniu 13 grudnia 2019 roku pod numerem 635976-N-2019.

8 stycznia 2020 roku działając na podstawie art. 179 ust. 1 w zw. z art. 180 ust. 1 oraz ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843; dalej: „Pzp" lub „ustawa") Odwołujący wniósł odwołanie wobec:

1)czynności Zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Wykonawcę KAROLINEX -RECYKLING. KK., w dalszej treści Odwołania zwanego „KAROLINEX pomimo faktu, że Wykonawca ten na skutek zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, względnie który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, oraz pomimo tego, że Wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału
w postępowaniu, posiadania wiedzy i doświadczenia niezbędnych do realizacji przedmiotowego zamówienia, czym naruszono przepisy art. 7 ust. 1 i ust. 3, art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17, art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz art. 26 ust. 3 ustawy;
2)zaniechania czynności wykluczenia „KAROLINEX" z uwagi na fakt, że Wykonawca ten na skutek zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału
w postępowaniu, względnie który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, czym naruszono przepisy art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 w związku z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy;
3)zaniechania czynności wezwania KAROLINEX do uzupełnienia wykazu wykonanych usług niezbędnych dla wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, posiadania wiedzy i doświadczenia, czym naruszono przepis art. 7 ust. 1 oraz art. 26 ust. 3 ustawy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej a także nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert, wykluczenie KAROLINEX z postępowania i uznanie oferty złożonej przez KAROLINEX za odrzuconą powtórzenie czynności wyboru oferty

najkorzystniejszej spośród nie podlegających odrzuceniu ofert złożonych przez Wykonawców nie podlegających wykluczeniu z postępowania albo, w przypadku nieuwzględnienia zarzutu nr 2 – powtórzenie czynności badania i oceny ofert i wezwanie KAROLINEX do uzupełnienia dokumentów potwierdzających wiedzę i doświadczenie oraz powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej spośród nie podlegających odrzuceniu ofert złożonych przez Wykonawców nie podlegających wykluczeniu z postępowania.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, gdyż jako podmiot prowadzący działalność w zakresie związanym z przedmiotem zamówienia jest jego potencjalnym wykonawcą. Złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu. Zgodnie z treścią pisma Zamawiającego z dnia 3 stycznia 2020 roku, zawierającego zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej, oferta złożona przez Odwołującego została sklasyfikowana
na drugiej pozycji. Oferta Odwołującego nie podlega odrzuceniu. Odwołujący na wezwanie Zamawiającego jest w stanie złożyć dokumenty potwierdzające nie podleganie wykluczeniu oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Wykonanie przez Zamawiającego żądań odwołania może doprowadzić do uzyskania zamówienia przez Odwołującego. W obecnym stanie sprawy, Odwołujący może ponieść szkodę wynikającą z możliwości nieuzyskania zamówienia, a tym samym nie otrzymania wynagrodzenia w wysokości wynikającej z oferty złożonej przez Odwołującego to jest w kwocie 1 424 273,64 złotych.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty

W zakresie Zarzutu nr 2 - Zaniechania czynności wykluczenia KAROLINEX
z postępowania pomimo faktu, że Wykonawca ten na skutek zamierzonego działania
lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd ptzv przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, względnie który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, czym naruszono przepisy art. 7 ust. 1. art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy.
Odwołujący wskazał, że w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, KAROLINEX załączył wykaz usług wykonanych w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert z wykorzystaniem Załącznika nr 5 do SIWZ (dalej zwany „Wykazem").
W punkcie 6 Wykazu przedstawił usługę, którą opisał następująco:
Umowa Podwykonawstwa nr 2028/17 z dnia 31.10.2017 roku z ALBA MPGK Sp. z o.o. ul. Starocmentama 2, 41-300 Dąbrowa Górnicza. Letnie oczyszczanie ulic, chodników, parkingów i przystanków na terenie Miasta i Gminy Olkusz.
Wbrew żądaniu Zamawiającego, KAROLINEX nie załączył dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie zamówienia. Zamiast tego, w dniu 3 stycznia 2020 roku złożył
u Zamawiającego pismo z dnia 30 grudnia 2019 roku, w którym oświadcza, że zamówienie na rzecz ALBA MPGK Sp. z o.o. wykonał z zachowaniem należytej staranności.
Dowód:
- Wykaz usług wykonanych w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert wraz z załączeniem dowodów wystawionych przez Zamawiającego, potwierdzających,
że usługi te wykonane zostały należycie (w dokumentacji postępowania),
- Oświadczenie KAROLINEX z dnia 30 grudnia 2019 roku , złożone u Zamawiającego w dniu 3 stycznia 2020 roku (w dokumentacji postępowania).
Odwołujący złożył w odwołaniu oświadczenie, że wskazane w punkcie 6 Wykazu zamówienie, które KAROLINEX realizował jako podwykonawca ALBA MPGK Sp. z o.o. (Partnera Konsorcjum Odwołującego), zostało wykonane bez zachowania należytej staranności. W toku realizacji zamówienia w dniu 11 września 2019 roku, stwierdzono jego nienależyte wykonanie. Na okoliczność powyższego, sporządzono notatkę służbową, która została podpisana przez przedstawicieli ALBA oraz KAROLINEX
Dowód: Notatka służbowa z dnia 11 września 2019 roku.
W wyniku tego zdarzenia, ALBA nałożyła na KAROLINEK karę umowną w kwocie 4300,00 zł, o czym zawiadomiła KAROLINEX pismem z dnia 16 września 2019 roku, do którego załączono Notę obciążeniową nr 3/2019. Przedmiotowe informacje dotarły do KAROLINEXPodmiot ten bowiem odpowiedział pismem z dnia 14 października 2019 roku. Treść tego pisma potwierdza ponadto, że we wcześniejszym czasie KAROLINEX również był obciążany przez ALBA karami umownymi z tytułu nienależytego wykonania umowy
Dowód:
- Pismo ALBA z dnia 16 września 2019 roku numer wychodzący 4245/19,
- Nota obciążeniowa numer 3/2019,
- Pismo KAROLINEX z dnia 14 października 2019 roku, numer wchodzący (ALBA) 4354/19
z dnia 16 października 2019 roku.
Odwołujący odnosząc się do charakteru kar umownych wskazał, że z art. 483 Kodeksu cywilnego wynika, iż strony mogą zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej
z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). Z przepisu tego wynika zatem wprost, że kara umowna jest efektem niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania przez jedną ze stron. Tym samym KAROLINEX, mając wiedzę, iż wykonał zamówienie nienależycie,
za co zapłacił karę umowną, w sposób zamierzony (ewentualnie w warunkach rażącego niedbalstwa) przedstawił Zamawiającemu oświadczenie własne zawierające informację
nie mającą odzwierciedlenia w stanie faktycznym, dotyczącą spełniania warunku w zakresie posiadanego doświadczenia, co odpowiada dyspozycji art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy, (por. KIO 104/19).

W punkcie 5 Wykazu KAROLINEX wskazał realizację zamówienia: „Kompleksowe (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych województwa małopolskiego, administrowanych przez GDDKiA Kraków w zakresie części nr 1 obejmującej kompleksowe utrzymanie dróg krajowych Rejon Kraków Nr umowy I/197/ZZ/Z-1/2014". Zamówienie było realizowane przez KOSMO TRANS W. P. (Podwykonawca) na rzecz ZYBERD S.A (Generalny wykonawca)".
Treść Wykazu: „Kompleksowe (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg (...)" może wskazywać na to, że przedmiotem zamówienia było zarówno utrzymanie letnie jak i zimowe. Podobnie w treści Poświadczenia wydanego przez ZYBERD S.A złożonego Zamawiającemu przez KAROLINEK użyto określenia „utrzymanie letnie".
Dowód:
- Wykaz (w dokumentacji postępowania),
- Poświadczenie ZYBERD S.A dla KOSMO TRANS W. P. (w dokumentacji postępowania).
W celu wyjaśnienia kwestii związanych z rzeczywistym zakresem udziału KOSMO TRANS W P. w realizacji

zamówienia w roli podwykonawcy ZYBERD S.A w toku realizacji omawianego zadania, Odwołujący zwrócił się do GDDKiA Oddział Kraków
o udostępnienie informacji związanych z tym kontraktem.
Z odpowiedzi GDDKiA a także załączonej do niej umowy podwykonawstwa wynika, że:
1)„KOSMO-TRANS" W. P., w ramach umowy dotyczącej kompleksowego utrzymania dróg krajowych woj. małopolskiego w zakresie części nr 1, obejmującej kompleksowe utrzymanie dróg krajowych Rejonu Kraków realizował jako Podwykonawca zakres związany z zimowym utrzymaniem drogi krajowej nr 94 na ode. gr. woj. śląskiego - Modlnica wraz z chodnikami,
2)Zgodnie z umowa podwykonawcza „KOSMO-TRANS" WP. świadczył usługę zimowego utrzymania dróg w okresie od 21.10.2014 r. do 30.04.2018r.,
3)GDDKiA w ramach ww. umowy zatwierdziła projekt tylko jednej umowy podwykonawczej nr HO/214/2014/PW 03 z dnia 21.10.2014 r.. której przedmiotem było zimowe utrzymanie drogi krajowej nr 94 na ode. gr. woj. śląskiego - Modlnica wraz
z chodnikami.
Odwołujący wskazał, że nie jest zatem prawdą, że przedmiotem umowy pomiędzy ZYBERD S.A a KOSMO TRANS był utrzymanie letnie w rozumieniu warunku opisanego w punkcie 2.3.1 Rozdziału V SIWZ.
Dowód: Pismo GDDKia odział Kraków z 4 grudnia 2019 roku numer O.KR.D-5.01 41.1 25.2019.Z-1 SEP nr 25302/1322 z załączoną kopią umowy podwykonawczej.
Tym samym KAROLINEX, mając wiedzę, w sposób zamierzony (ewentualnie w warunkach rażącego niedbalstwa) przedstawił Zamawiającemu oświadczenia własne i podmiotu trzeciego KOSMO TRANS oraz jego Zleceniodawcy ZYBERD S.A, zawierające informację nie mającą odzwierciedlenia w stanie faktycznym, dotyczącą spełniania warunku w zakresie posiadanego doświadczenia, co odpowiada dyspozycji art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy.
Odwołujący podniósł, że działanie KAROLINEX obliczone było na przekonanie Zamawiającego, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu, podczas gdy jest to niezgodne ze stanem faktycznym. Wykonawca ten wprowadził Zamawiającego w błąd. Wypełnione zostały zatem przesłanki normy art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy, które nakazują wykluczenie Wykonawcy winnego wprowadzenia Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Przywołany przepis związany jest z określeniem warunków świadomości w jakiej działa Wykonawca wprowadzający w błąd. Pojęcie zamierzone działania to świadomie zachowanie się podmiotu, zmierzające do wywołania określonych skutków. Natomiast pojęcie rażącego niedbalstwa odnoszone jest do naruszenia elementarnych reguł prawidłowego zachowania się w danej sytuacji lub nieprzestrzegania podstawowych zasad ostrożności. Zdaniem Odwołującego nie ulega wątpliwości, że zachowanie KAROLINEX wypełniło przesłanki zachowań, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy. Działania KAROLINEX nakierowane były właśnie na ominięcie wymogów sprecyzowanych przez Zamawiającego
w treści warunków udziału w postępowaniu. Wykonawca ten podając informację nieprawdziwą wprowadził Zamawiającego w błąd w sposób świadomy, lub w wyniku rażącego niedbalstwa. Wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny i abstrakcyjny oraz jest ustalany niezależnie od przymiotów i cech osobistych konkretnej osoby, a jednocześnie na poziomie obowiązków dających się wyegzekwować w świetle ogólnego doświadczenia życiowego i konkretnych okoliczności (tak, uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 23 października 2003 roku sygnatura akt V CK 311/02) Dodatkowo w stosunku do profesjonalistów miernik ten podlega podwyższeniu, gdyż art. 355 § 2 kc precyzuje, że należytą staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru
tej działalności. Za takiego profesjonalistę należy uznać Wykonawcę ubiegającego się
o udzielenie zamówienia publicznego.
Należyta staranność profesjonalisty nakłada na Wykonawcę który składa ofertę, a w tym dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości. Zatem jeśli Wykonawca tego nie czyni i przedstawia informacje pozostające w sprzeczności z faktami to dopuszcza się co najmniej rażącego niedbalstwa. W tym stanie rzeczy winno nastąpić wykluczenie KAROLINEX w wyniku ziszczenia się przesłania art. 24 ust 1 pkt.16 w związku z art. 24 ust.l pkt. 12 ustawy
w zakresie dotyczącym posiadania wiedzy i doświadczenia.
Z ostrożności, w przypadku, gdyby Krajowa Izba Odwoławcza nie uznała że wprowadzenie w błąd nie było skutkiem zamierzonego działania, lub rażącego niedbalstwa, Odwołujący wskazuje na dyspozycję art. 24 ust. 1 pkt 17, nakazującą wykluczenie wykonawcy który
w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W najkorzystniejszym dla oceny dziania KAROLINEK scenariuszu należałoby bowiem uznać, że w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, bowiem dotyczące posiadanej przez KAROLINEK zdolności technicznej i zawodowej, co odpowiada dyspozycji art. 24 ust, 1 pkt 17 ustawy. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej „w przypadku stwierdzenia zawinionego wprowadzenia w błąd Zamawiającego przy przedstawieniu informacji przez wykonawcę, że spełnia warunki udziału
w postępowaniu, Zamawiający ma obowiązek wykluczenia wykonawcy z postępowania bez wezwania go do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Izba uznała, że rację ma Zamawiający twierdząc, że umożliwienie Odwołującemu uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku doświadczenia w praktyce byłoby tożsame
z pozwoleniem mu na zamianę dokumentów zawierających informacje nieprawdziwe
na prawdziwe i to w sytuacji, gdy Zamawiający sam odkrył, że został wprowadzony w błąd. Takie traktowanie przepisów art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp przeczyłoby ich sensowi."
(por. Wyrok KIO z 2 lutego 2018 r. - KIO 116/18).
Odwołujący wskazał, że zaniechawszy wykluczenia KAROLINEX z postepowania, Zamawiający naruszył przepisy art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy.
W zakresie zarzutu nr 3 - zaniechania czynności wezwania KAROLINEX
do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku posiadania wiedzy
i doświadczenia pomimo faktu, że Wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków, to jest naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 oraz art. 26 ust. 3 w związku z art. 22 a ust 6 ustawy.

Postawiony zarzut ma charakter ostrożnościowy. Odwołujący podnosi go, na wypadek nie uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i pkt. 17 ustawy.
Zgodnie z treścią Rozdziału V punkt 2.3.1 SIWZ, w celu wykazania spełniania warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia, Zamawiający żądał:
„Wykonania lub wykonywania należycie w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie wykonanie co najmniej jednej usługi w ramach której zrealizowano:
1)*letnie utrzymanie dróg, chodników i parkingów o wartości nie mniejszej niż 100 000,00 zł.*
2)*zimowe utrzymanie dróg, chodników i parkingów o wartości nie mniejszej 400 000,00 zł."*
W tym samym Rozdziale V, w ustępie 3 Zamawiający postanowił:
„3. Warunek udziału w postępowaniu dotyczący niezbędnej wiedzy i doświadczenia, musi być spełniony:
3.1przez Wykonawcę samodzielnie,
3.2przez minimum jeden podmiot udostępniający wiedze i doświadczenie (podwykonawcę) samodzielnie: a w przypadku podmiotów występujących wspólnie, samodzielnie przez minimum jednego z wykonawców występujących wspólnie."
Dowód: SIWZ (w dokumentacji postępowania)
Powyższe oznacza w ocenie Odwołującego, że w celu wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, wykonawca musiał przedstawić co najmniej jedną usługę, w ramach której zrealizowano zarówno letnie jak i zimowe utrzymanie dróg, chodników i parkingów
o wartości odpowiednio 100 tysięcy złotych i 400 tysięcy złotych, przy czym wykonaniem takiej usługi musiał wykazać się jeden podmiot, którym mógł być sam wykonawca albo podmiot udostępniający zasoby temu wykonawcy, albo jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Intencją Zamawiającego było zatem udzielenie zamówienia wykonawcy, który posiada rzeczywiste doświadczenie w realizacji co najmniej jednej usługi o parametrach opisanych w punkcie 2.3.1 Rozdziału V SIWZ.
W celu wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, KARLINEX przedstawił:

A.Wykaz zawierający :

Lp. 1 Letnie oczyszczanie dróg i chodnika na terenie Gminy Trzebinia w sektorze A;
Lp. 2 Letnie oczyszczanie dróg i chodnika na terenie Gminy Trzebinia w sektorze C;
Lp. 4 Oczyszczanie ulic, chodników, parkingów i przystanków na terenie Miasta i Gminy Olkusz;
Lp.5 Kompleksowe (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych województwa małopolskiego, administrowanych przez GDDKiA Kraków w zakresie części nr 1 obejmującej kompleksowe utrzymanie dróg krajowych Rejon Kraków Nr umowy I/197/ZZ/Z-1/2014;
Lp.6 Umowa Podwykonawstwa nr 2028/17 z dnia 31.10.2017 roku z ALBA MPGK Sp. z o.o. ul. Starocmentarna 2, 41-300 Dąbrowa Górnicza. Letnie oczyszczanie ulic, chodników, parkingów i przystanków na terenie Miasta i Gminy Olkusz.

Dowód: Wykaz usług wykonanych w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert wraz z załączeniem dowodów wystawionych przez Zamawiającego, potwierdzających, że usługi te wykonane zostały należycie (w dokumentacji postępowania).
Z treści samego Wykazu nie można wysnuć żadnych wniosków odnośnie podmiotu realizującego poszczególne zadania. Przedmiotowa informacja posiada istotne znaczenie dla oceny spełniania warunku wiedzy i doświadczenia z uwagi na przytoczone już powyżej wymaganie Rozdziału V ust. 3 SIWZ, nakazujące wykazanie się spełnianiem całego warunku przez jeden podmiot. W dokumentacji postępowania znajdują się informacje wskazujące podmioty będące wykonawcami usług wskazanych w poszczególnych punktach wykazu.
Dla usług z Lp. 1 oraz Lp. 2 wykonawcą był KAROLINEK. Powyższe wynika wprost z treści Poświadczenia Burmistrza Miasta i Gminy Trzebinia z dnia 20 grudnia 2019 roku Nr sprawy: GK.KGK.7021.95.2019.
Niezależnie od innych wniosków, które Odwołujący wysnuje w dalszej treści niniejszego Odwołania wskazujemy, że ani z Wykazu ani z Poświadczenia nie wynika, aby zakres usług wymienionych w Lp. 1 i Lp. 2 Wykazu, obejmował utrzymanie parkingów. Zatem usługi te nie mogą potwierdzać spełniania warunku udziału w przedmiotowym postępowaniu.
Dowód: Poświadczenie Burmistrza Miasta i Gminy Trzebinia z dnia 20 grudnia 2019 roku
Nr sprawy: GK.KGK.7021.95.2019 (w dokumentacji postępowania)
Wykonawca usług wymienionych w Lp. 4 Wykazu nie został wskazany. Nie załączono także dowodu należytego wykonania przedmiotowych usług. Można zatem jedynie domniemać,
że wykonawcą tym był KAROLINEX. Brak informacji na temat zakresu usług to jest,
czy obejmował on usługi utrzymania letniego, czy zimowego.
Usługi wskazane w Lp. 5 wykonywał KOSMO TRANS W. P. . Informacja
ta wynika zarówno z załączonego do oferty Zobowiązania do udostępnienia zasobów jak
też z treści Poświadczenia , wydanego w dniu 26 marca 2018 roku przez ZABERD S.A
z Wrocławia. Niezależnie od innych wniosków, które Odwołujący wskazał w dalszej treści ani z Wykazu ani z Poświadczenia ani ze zobowiązania KOSMO TRANS P. W.
nie wynika, aby zakres usług wymienionych w Lp. 4 Wykazu, obejmował utrzymanie chodników i parkingów. Nie wskazano kwot wartości prac utrzymania zimowego oraz letniego, co było przez Zamawiającego wymagane. Ponadto, z treści Poświadczenia ZABERD S.A. wynika, że letnie utrzymanie dróg obejmowało:
„Lenie utrzymanie dróg krajowych w zakresie:
1.*GRUPA ROBÓT NR 2 – Pobocza*
2.*GRUPA ROBÓT NR 7 – Estetyka*
3.*GRUPA ROBÓT NR 9 - Naprawa korpusu drogi"* (pisownia oryginalna)
Brak informacji odnośnie utrzymania chodników i parkingów. Z treści Poświadczenia wynika, że „letnie utrzymanie dróg" w tym przypadku obejmowało raczej roboty budowlane takie jak drobne naprawy poboczy, nawierzchni i korpusu drogi. Nie są to czynności przedmiotowo zgodne z zakresem wymaganym w warunku udziału. Do Poświadczenia ZABERD S.A załączono kosztorys opatrzony nagłówkiem: „Podwykonawca Kosmo-Trans" Wyliczone
w treści tego uproszczonego kosztorysu czynności nie wskazują na wykonywanie jakichkolwiek usług letniego utrzymania dróg, chodników i parkingów. Kwota
w przedostatnim wierszu Kosztorysu, dotycząca „Zimowego utrzymania dróg w latach 2014 — 2018", odpowiada kwocie wskazanej w tabeli Wykazu usług, to jest 1 669 101,48 zł. Oznacza to , że KOSMO- TRANS wykonywał jedynie zimowe utrzymanie dróg zaś

nie wykonywał letniego. Zatem usługi te nie mogą potwierdzać spełniania warunku udziału w przedmiotowym postępowaniu.
Dowód:
- Wykaz,
- Zobowiązanie KOSMO TRANS,
- Poświadczenie ZYBERD S.A (wszystkie dowody w dokumentacji postępowania).
Usługi wskazane w Lp. 6 realizował KAROLINEX. Wskazał wyłącznie na usługi utrzymania letniego. Z uwagi na fakt naliczenia kary umownej, usługi te jako zrealizowane bez zachowania należytej staranności, nie mogą być brane pod uwagę w celu wykazania spełniania warunku udziału wiedzy i doświadczenia.

Jak wskazuje przeprowadzona powyżej analiza dokumentów postępowania, KAROLINEX nie wykazał że spełnia warunek wiedzy i doświadczenia. Żadna ze wskazanych usług nie obejmowała łącznie zarówno letniego jak i zimowego utrzymania dróg, chodników
i parkingów o wartości odpowiednio 100 tysięcy złotych i 400 tysięcy złotych. Żaden
z podmiotów, ani KAROLINEX, ani KOSMO TRANS nie wykazał się realizacją całej usługi zgodnie z warunkiem w punkcie 2.3.1 rozdziału V SIWZ.KAROLINEX nie wykazał spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 26 ust. 3 ustawy.
Odwołujący podał, że potwierdzenie się któregokolwiek z powyższych zarzutów sprawi,
że potwierdzi się zarzut nr 1 Odwołania, to jest wybór oferty najkorzystniejszej
z naruszeniem przepisów ustawy wskazanych w petitum.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Strony Odwołującej postępowania oraz uczestnika postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału
w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Strony i uczestnika postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

I.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843; dalej: „Pzp" lub „ustawa"), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 8 stycznia 2020 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co zostało potwierdzone przez Odwołującego na posiedzeniu oraz wynika z akt sprawy odwoławczej.

II.

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

III.

Na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania.

Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że postępowanie przed Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne, a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne.
Mając na uwadze, że stosunki z zakresu prawa zamówień publicznych mają charakter cywilnoprawny, powołując w tym miejscu na regulację art. 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, zgodnie z którym kodeks reguluje stosunki cywilnoprawne między osobami fizycznymi i osobami prawnymi, przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego, który stanowi, że ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne należy wskazać, że właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; ei incubit probatio qui dicit non qui negat (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza).
Izba wskazuje, że postępowanie odwoławcze jest odrębnym od postępowania o udzielenie zamówienia publicznego postępowaniem, które ma na celu rozstrzygnięcie powstałego pomiędzy Stronami sporu. W trakcie postępowania odwoławczego to Odwołujący kwestionuje podjęte przez Zamawiającego decyzje w zakresie oceny ofert i wykonawców w postępowaniu, nie zgadza się z podjętymi czynnościami lub zaniechaniem określonych działań, tak więc zgodnie z regułą płynącą z art. 190 ustawy to na Odwołującym ciąży ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe.
Izba wskazuje w tym miejscu na wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 19 marca 2009 roku sygn. akt X Ga 32/09, w którym to orzeczeniu Sąd wskazał między innymi Ciężar udowodnienia takiego twierdzenia spoczywa na tym uczestniku postępowania, który przytacza twierdzenie o istnieniu danego faktu, a nie na uczestniku, który twierdzeniu temu zaprzecza (…). Za wyrokiem z dnia 21 stycznia 2012 roku Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO 54/12: *Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy p.z.p. strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 k.c. w zw. z art. 14 ustawy p.z.p. spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej) dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07). Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności, zatem to strony obowiązane są przedstawiać dowody a Krajowa Izba Odwoławcza nie ma obowiązku wymuszania ani zastępowania stron w jego wypełnianiu (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 1997 r., sygn. akt II UKN 406/97, wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 27 maja*

2008 r., sygn. akt V ACa 175/08, wyrok KIO 1639/11).

IV.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej,
w skład których zgodnie z par. 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2018 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2018 r. poz. 1092) wchodzą odwołanie wraz z załącznikami oraz kopia dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma przekazywane przez Izbę w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła także stanowiska i oświadczenia Strony Odwoławczej oraz uczestnika postepowania odwoławczego - tj. wykonawcy K. K. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą K. K. KAROLINEX-RECYKLING z siedziba Olkuszu - złożone ustnie do protokołu.

Izba uwzględniała stanowisko Zamawiającego zaprezentowane w piśmie z dnia 17 stycznia 2020 roku „Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie", które zostało przesłane do Izby w dniu 20 stycznia 2020 roku, jak również Izba dopuściła dowody zawnioskowane w tym piśmie i do pisma załączone. Izba w tym miejscu wskazuje, że ze strony Zamawiającego nikt nie przybył na posiedzenie i rozprawę, o terminie posiedzenia i rozprawy prawidłowo został zawiadomiony w dniu 16 stycznia 2020 roku.

Izba uwzględniała stanowisko zaprezentowane przez uczestnika postępowania odwoławczego w piśmie procesowym z dnia 22 stycznia 2020 roku, Izba dopuściła dowody zawnioskowane i złożone przez uczestnika postępowania odwoławczego przy tym piśmie.

Izba dopuściła dowody zawnioskowane i złożone przez Odwołującego wraz z odwołaniem jak również dowody złożone i zawnioskowane przez Odwołującego w trakcie rozprawy:

- Dowód nr 1 – Umowa Powykonawcza 2028/17 zawarta w dniu 31 października 2017 roku,
- Dowód nr 2 – oświadczenie o potraceniu wierzytelności z dnia 29 października 2019 roku.

V.

W zakresie zarzutów odwołania:

W pierwszej kolejności Izba odniesienie się do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy, które zostały podniesione przez Odwołującego w zarzucie nr 2 oraz
w zarzucie nr 1.

Na wstępie Izba wskazuje, za ugruntowanym w orzecznictwie stanowiskiem, że dla zastosowania normy art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy muszą zajść następujące przesłanki,
a mianowicie (1) przedstawienie informacji przez wykonawcę niezgodnej z rzeczywistością (2) informacja ta wprowadziła w błąd Zamawiającego, (3) błąd ten polegał na przyjęciu przez Zamawiającego, że wykonawca nie podlega wykluczeniu, a (4) przedstawienie informacji musi być wynikiem zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. Natomiast regulację art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy można skutecznie zastosować, gdy wypełnione zostaną kumulatywnie następujące przesłanki, a mianowicie doszło do: (1) przedstawienie informacji przez wykonawcę niezgodnej z rzeczywistością, (2) informacja ma mieć istotny wpływ
na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, (3) informacja ta wprowadziła w błąd Zamawiającego, a (4) przedstawienie informacji musi być wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa. Wskazane przesłanki muszą być stosowane łącznie, a niewykazanie zaistnienia jednej z nich jest wystarczające do stwierdzenia, że Zamawiający nie stosując art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy nie naruszył tej ustawy. (podobnie: wyrok KIO 348/17, wyrok KIO 2736/17, Wyrok KIO 836/17, wyrok KIO 1058/17, wyrok KIO 1257/17, wyrok KIO 272/19).

Przedstawienie przez wykonawcę informacji niezgodnej z rzeczywistością stanowi pierwszą z przesłanek w przypadku zarówno podstawy wykluczenia z punktu 16 jak i 17 ww. artykułu ustawy. Informacja niezgodna z rzeczywistością, informacja nieprawdziwa (informacja wprowadzająca w błąd) to złożone przez wykonawcę oświadczenie wiedzy (lub przedstawienie oświadczenia wiedzy podmiotu trzeciego, którego treść pozostaje
w sprzeczności z rzeczywistym stanem rzeczy (tak też wyrok KIO 576/17).

W orzecznictwie Izby ugruntowane jest stanowisko w zakresie tego co powinno być traktowane jako informacja nieprawdziwa, niezgodna z rzeczywistością (porównaj wyrok KIO 1633/11). Dla oceny czy mamy do czynienie z informacją niezgodną z rzeczywistością, która to, jak przed nowelizacją ustawy z 22 czerwca 2016 roku, „informacja nieprawdziwa"
(w przepisie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy sprzed nowelizacji) nie ma definicji legalnej zawartej w ustawie pomocne jest orzecznictwo sądowe. W wyroku Sądu Najwyższego z dnia 5 kwietnia 2002 r. II CKN 1095/99 (za sądem apelacyjnym), czytamy, iż pojęcie "prawda", "prawdziwy", bądź ich zaprzeczenie występują wielokrotnie w aktach normatywnych, a wśród nich w kodeksie cywilnym (np. art. 780 § 1, art. 834, art. 815 § 3), w kodeksie postępowania cywilnego (np. art. 3, art. 103 § 2, art. 252, 253, 254 § 1 i 2), w kodeksie karnym (np. art. 132, 213 § 1, 2 i 3, art. 297 § 1, art. 313 §) oraz w kodeksie postępowania karnego (np. art. 2 § 2, art. 188 § 1 i art. 312). Zdaniem Sądu Najwyższego, we wszystkich tych przypadkach pojęcie "prawda" rozumiane jest tak, jak w języku potocznym, a więc jako zgodność (adekwatność) myśli (wypowiedzi - w znaczeniu logicznym) z rzeczywistością (z "faktami"
i "danymi"), co odpowiada - na gruncie filozoficznym - tzw. klasycznej koncepcji prawdy
i w tym sensie - zdaniem Sądu Najwyższego - wypowiedź o rzeczywistości jest prawdziwa tylko wtedy, gdy głosi tak, jak jest w rzeczywistości.

Zaznaczenia wymaga, że podanie informacji niezgodnych z rzeczywistością odpowiada podaniu informacji nieprawdziwych, chodzi tym samym o obiektywną niezgodność treści podanego oświadczenia z rzeczywistością. Informacje podawane w postępowaniu
o udzielenie zamówienie publicznego stanowią oświadczenia wiedzy składane w sposób celowy, stanowią odpowiedź na ukształtowane w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SWIZ warunki udziału w postępowaniu, dlatego też muszą być rozpatrywane w pryzmacie staranności wymaganej w danych okolicznościach, z uwzględnieniem profesjonalnego charakteru postępowania o zamówienie oraz zawodowego charakteru powadzonej działalności przez wykonawców.

Do czynności Zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zgodnie z art. 14 ustawy, mają zastosowanie przepisy Kodeksu cywilnego. Tym samym czynność wykonawcy polegająca na przedstawieniu informacji wprowadzających
w błąd Zamawiającego należy oceniać w pryzmacie cywilistycznym, a więc dokonując oceny dochowania przez wykonawcę należytej staranności wymaganej od uczestnika postępowania. Sad Najwyższy w wyroku z dnia 23 października 2003 roku sygn. akt V CK 311/02 wskazał, że „wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny. Jego zastosowanie w praktyce polega najpierw na dokonaniu wyboru modelu, ustalającego optymalny w danych warunkach sposób postępowania, odpowiednio skonkretyzowanego i aprobowanego społecznie, a następnie na

porównaniu zachowania się dłużnika z takim wzorcem postępowania. O tym, czy na tle konkretnych okoliczności można osobie zobowiązanej postawić zarzut braku należytej staranności w dopełnieniu obowiązków, decyduje nie tylko niezgodność jego postępowania z modelem, lecz także uwarunkowana doświadczeniem życiowym możliwość / powinność przewidywania odpowiednich następstw zachowania. Miernik postępowania dłużnika, którego istota tkwi w zaniechaniu dołożenia staranności, nie może być formułowany na poziomie obowiązków nie dających się wyegzekwować, oderwanych od doświadczeń i konkretnych okoliczności". Jak wskazuje się w orzecznictwie, należyta staranność dłużnika określana przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej działalności gospodarczej uzasadnia zwiększone oczekiwanie,
co do umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania. Obejmuje także znajomość obowiązującego prawa oraz następstw z niego wynikających w zakresie prowadzonej działalności.
Uwzględniając cywilistyczny kontekst oceny czynności wykonawcy w postepowaniu
o udzielenie zamówienia publicznego, powyższa argumentacja musi być uwzględniona przy ocenie spełnienia kolejnej z przesłanek z art. 24 ust. 1 pkt 16 jak i 17 ustawy. Izba wskazuje, że stwierdzenie niedbalstwa danej osoby jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności (tak wyrok Sąd Najwyższego z 10 marca 2004 r., sygn. akt IV CK 151/03). Dodatkowo w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż art. 355 § 2 ustawy Kodeks cywilny precyzuje, że należytą staranność dłużnika
w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Za takiego profesjonalistę należy również uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnił się, czy deklarowany
w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości. W tym wypadku Odwołujący powinien dokonać szczególnej weryfikacji prezentowanych przez siebie danych, mając prawną świadomość, jako profesjonalista, konsekwencji ich nierzetelnej prezentacji.
Mając na uwadze powyższe wywody prawne Izba w odniesieniu do wskazanego
w dokumencie *Wykaz usług wykonanych w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert wraz z załączeniem dowodów wystawionych przez Zamawiającego, potwierdzających, że usługi te wykonane zostały należycie* w pozycji „Lp. 6" doświadczenia w realizacji usługi *Letniego oczyszczania ulic, chodników, parkingów i przystanków na terenie Miasta i Gminy Olkusz*w wyniku umowy podwykonawczej nr 2028/17 z dnia 31 października 2017 roku zawartej z ALBA MPGK sp. z o.o. stwierdziła, że w wyniku wykazania tego doświadczenia przez uczestnika postępowania odwoławczego nie doszło do naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy w odniesieniu do dokonanej przez Zamawiającego oceny tego doświadczenia.
Zaznaczenia wymaga, co zostało ustalone w trakcie prowadzenia rozprawy, że umowę wykonawczą na realizację ww. usługi w dniu 31 października 2017 roku zawarli z Miastem
i Gminą Olkusz wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie Alba Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą
w Olkuszu (pełnomocnik), Alba Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej spółka
z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Dąbrowie Górniczej (dowód przy piśmie Zamawiającego)
W tym samym dniu, tj. 31 października 2017 roku, Umowę podwykonawczą 2028/17 (dowód nr 1) Alba Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania spółka z ograniczoną odpowiedzialnością
z siedzibą w Olkuszu (pełnomocnik), Alba Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Dąbrowie Górniczej jako Zlecający zawarli z K. K. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą K. K. KAROLINEX-RECYKLING z siedziba w Olkuszu, zwaną jako podwykonawca. Na mocy t umowy, zgodnie z § 1 Przedmiot umowy, ww. podwykonawca przyjął do realizacji zadanie polegające na oczyszczaniu ulic, chodników, parkingów i przystanków na terenie Miasta i Gminy Olkusz, gdzie ww. paragrafie szczegółowo został opisany przedmiot zamówienia. Izba wskazuje, że w powołanym przez Odwołującego dowodzie nr 1 zakres przedmiotowy umowy zgodny jest z zakresem przedmiotowym umowy jaką Miasto i Gmina Olsztyn zawarli z wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o zamówienie Alba Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Olkuszu (pełnomocnik), Alba Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Dąbrowie Górniczej (dowód przy piśmie Zamawiającego). Na fakt tożsamości zakresu przedmiotowego ww. umów wskazywał również w trakcie rozprawy sam Odwołujący. Z powyższego wynika, że podmiotem faktycznie realizującym usługę, na podstawie umowy podwykonawczej, tj. od dnia 1 listopada 2017 roku do dnia 31 października 2019 roku, czyli przez okres dwóch lat, na rzecz Miasta i Gminy Olkusz była Karolina Kocyba prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą K. K. KAROLINEX RECYKLING z siedziba w Olkuszu.
Z dokumentów przedstawionych przez Odwołującego wynika, że tylko raz, w oparciu o ww. umowę podwykonawczą naliczył karę umowną, za stwierdzone - w oparciu kontrolę (objazd) dokonaną przez Zlecającego - w notatce z dnia 11 września 2019 roku nieusunięcie liści oraz konieczność ponownego oczyszczenia wyrastających traw, liści i ziemi. Izba w tym miejscu zaznacza, że prace jakie były wskazane w ww. notatce (pozycja 1 i 5 notatki) dotyczą realizacji prac na parkingach. Uwzględnić należy również fakt częstotliwości dokonywania usługi, tj. 1 raz w miesiącu – co wynika z oświadczenia złożonego w trakcie rozprawy przez uczestnika postępowania odwoławczego, co też nie było kwestionowane przez Odwołującego. Zakres przedmiotowy umowy podwykonawczej jest bardzo szeroki, tym samym w ocenie Izby ta jednorazowa sytuacja jaka miała miejsce w ramach realizacji Umowy podwykonawczej realizowanej przez okres 2 lat nie może być inaczej oceniona jak zdarzenie incydentalne. Podkreślić również należy, że zakreślony w ww. notatce termin wykonania prac został określony na dzień 18 września 2019 roku, natomiast prace zostały wykonane niezwłocznie w dniu następnym, co w ocenie Izby świadczy o rzetelności podmiotu realizującego prace podwykonawcze na rzecz Zlecającego. Izba uznała również
za wiarygodne stanowisko prezentowane w trakcie rozprawy przez uczestnika postępowania odwoławczego, a odnoszące się do dokonywania raz w tygodniu kontroli (objazdów) przez przedstawiciela Podwykonawcy i Zamawiającego, bez udziału przedstawiciela Zlecającego. Podkreślić bowiem należy, że Odwołujący nie kwestionował tej prawidłowości, jednocześnie tez nie wykazał, że tylko on prowadził kontrolę wraz z Zamawiającym. Znamiennym jest fakt, że na Zlecającego wykonanie usług swojemu podwykonawcy, Zamawiający Miasto i Gmina Olkusz w okresie realizacji usługi nie nałożył kary za realizację, co oznacza, że kontrole prowadzone przez przedstawiciela Podwykonawcy i Zamawiającego musiały być pozytywnie zakończone, bowiem w innym przypadku, to na wykonawców wspólnie ubiegających się

o zamówienie Alba Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Olkuszu (pełnomocnik), Alba Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Dąbrowie Górniczej Zamawiający Miasto i Gmina Olkusz nałożyliby określone wiążące te podmioty umową kary. Więcej, co wynika z pisma Zamawiającego, w dniu 18 lipca 2019 roku wystawił Zamawiający na wniosek „firmy ALBA" poświadczenie należytego wykonania wymowy z 31 października 2017 roku w zakresie realizacji przedmiotu umowy. Co oznacza, że Zamawiający, jak podał w piśmie procesowym, uznał, że wykonane prace były z „dużą starannością, profesjonalizmem".
Izba zaznacza w tym miejscu, co niewątpliwie również ma znaczenia dla oceny zarzutu podniesionego przez Odwołującego, że usługa, którą posługuje się dla wykazania spełnienia warunku uczestnik postępowania odwoławczego realizowana była na rzecz tego Zamawiającego, który prowadzi postępowanie o zamówienie publiczne, w którym
to czynności podjęte przez Zamawiającego stanowią przedmiot odwołania. To oznacza,
że zachodzi tożsamość podmiotowa po stronie Zamawiającego.
Istotnym, z punktu oceny Izby jest również fakt, że podmioty występujące w tym postępowaniu odwoławczym po stronie Odwołującego i uczestnika postępowania odwoławczego od ok. 10 lat współpracowały ze sobą – czego najlepszym przykładem jest właśnie Umowa podwykonawcza. Fakt tak długoletniej współpracy sam w sobie potwierdza, że podmioty te były zadowolone ze współdziałania, bowiem w innym przypadku niewątpliwie współpraca ta nie trwałaby tak długo. Tym samy, naliczenie kary umownej w ramach realizowanej Umowy podwykonawczej, przy jednoczesnym oświadczeniu Odwołującego
do protokołu, że *nie było powodu do wypowiedzenia umowy podwykonawstwa* (protokół rozprawy) nie może zostać ocenione, w pryzmacie wszystkich powyższych informacji,
jak jedynie jednostkowe zdarzenie w realizacji Umowy podwykonawczej.
Znamiennym dla oceny czynności Zamawiającego w pryzmacie przesłanek z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy jest również to, że pierwsze postępowanie Urząd Miasta i Gminy Olkusz
w przedmiocie zamówienia objętym również postepowaniem o udzielnie postepowania
w odniesieniu do którego prowadzone jest przedmiotowe postepowanie odwoławcze ogłosił w lipcu 2019 roku. W ramach tamtego postępowania Odwołujący i uczestnik postępowania odwoławczego – na co wskazał uczestnik postępowania odwoławczego, a Odwołujący nie kwestionował tej okoliczności - wspólnie ubiegali się o zamówienie. Jednakże, jak podniósł uczestnik postępowania odwoławczego, pojawiające się problemy we współpracy tych podmiotów spowodowały, że uczestnik postępowania odwoławczego postanowił nie ubiegać się o zmówienie publiczne wraz z Odwołującym. W postępowaniu ogłoszonym w dniu 13 grudnia 2019 roku każdy z podmiotów, tj. uczestnik postępowania odwoławczego oraz Odwołujący wystartowali osobno, składając własne oferty na realizację przedmiotu zamówienia.
W ocenie Izby, przy uwzględnieniu całej powyższej argumentacji, uczestnik postepowania odwoławczego nie wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji
o spełnieniu warunku udziału w postepowaniu ani w skutego zamierzonego działania czy też rażącego niedbalstwa, jak również w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, które to mogły mieć wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego. Faktem jest, że uczestnik postępowania odwoławczego nie złożył Zamawiającemu referencji – dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie zamówienia, jednakże złożył oświadczenie w piśmie z dnia 30 grudnia 2019 roku, o tym, że usługi na rzecz Miasta i Gminy Olkusz wykonał należycie. Izba uznała, że fakt niezłożenia dokumentu, pochodzącego w tym wypadku
od Odwołującego, który potwierdzałaby należyte wykonanie zamówienia nie przesądza automatycznie o tym, że dana usługa nie została zrealizowana należycie jak również, że nie może dana usługa podlegać ocenie w kontekście wykazania spełnienia warunku udziału w postepowaniu o udzielnie zamówienia publicznego.
Izba wskazuje, że zarzut Odwołującego oparty na naruszeniu przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy sprowadzał się do stwierdzenia, że uczestnika postępowania odwoławczego w sposób „bez zachowania należytej staranności" wykonał Umowę podwykonawczą i nie miał legitymacji wykazywać się tym doświadczenie. W ocenie Izby zarzut ten jest niezasadny, a jednostkowa sytuacja jaka miała miejsce w dniu 11 września 2019 roku nie świadczy o nienależytym wykonaniu Umowy podwykonawczej w okresie 2 lat. Znamiennym jest również fakt, że po zrealizowaniu Umowy z 2017 roku Zamawiający udzielił zamówienia na realizację w listopadzie i grudniu usługi w przedmiocie oczyszczania ulic, chodników, parkingów i przystanków na terenie Miasta i Gminy Olkusz właśnie uczestnikowi postępowania odwoławczego, na co wskazała w trakcie rozprawy uczestnik postępowania odwoławczego oraz co wskazane zostało w LP. 4 Wykazu. Tym samym fakt ten potwierdza dochowanie przez uczestnika postępowania odwoławczego należytej staranności przy przedstawianiu informacji Zamawiającemu. W ocenie Izby uczestnik postępowania odwoławczego należycie wykonał usługę określoną w umowie podwykonawczej realizowaną przez okres 2 lat, natomiast jednorazowe naliczenie kary umownej, stanowiące incydentalne zdarzenie w trakcie współpracy podmiotów z Umowy podwykonawczej, jak również szybka reakcja Podwykonawcy, przy jednoczesnym uwzględnieniu wszystkich okoliczności faktycznych z tego okresu, a opisanych powyżej, nie świadczy o braku należytej staranności uczestnika postępowania odwoławczego. Zamawiający dokonał badania złożonego wykazu
i oświadczenia wykonawcy, które nie budziło wątpliwości Zamawiającego. Jednocześnie zlecił uczestnikowi postępowania odwoławczego realizację usługi po zakończeniu współpracy z Odwołującym. Zaznaczenia wymaga również, że w wyniku wniesienia odwołania Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko i jako odbiorca usługi potwierdził prawidłową realizację przedmiotu zamówienia objętego umową z dnia 31 października 2017 roku przez jej wykonawcę, a w konsekwencji przez podwykonawcę realizującego w zasadzie zamówienie. Izba podkreśla w tym miejscu, że zgodnie z § 3 ww. umowy (dowód przy piśmie procesowym Zamawiającego) wykonawca był obowiązany uzyskać zgodę na zawarcie umowy podwykonawstwa (ust. 1 pkt 2) jak również, że Zamawiający może żądać od Wykonawcy zmiany podwykonawcy, jeżeli zachodzi uzasadnione podejrzenie, że sprzęt techniczny, osoby i kwalifikacje, którymi dysponuje podwykonawca nie dają rękojmi należytego i terminowego wykonania przedmiotu umowy (ust. 1 pkt 18). Mając na uwadze prowadzone przez Zamawiającego cotygodniowe kontrole, którym Odwołujący nie zaprzeczył, oraz brak wykazania przez Odwołującego faktycznego kontrolowania prac realizowanych przez Podwykonawcę, poza tym przypadkiem z dnia 11 września 2019 roku, nie sposób uznać, aby uczestnik postępowania odwoławczego swoim postepowaniem wprowadził Zamawiającego w błąd co do złożonego oświadczenia o potwierdzeniu spełnienia warunków zamówienia publicznego. W podsumowaniu Izba wskazuje, że dla konieczności potwierdzenia zaistnienia podstawy wykluczenia wykonawcy z postepowania na podstawach wskazanych przez Odwołującego koniecznym i niezbędny dla ich oceny jest wykazanie zaistnienia wszystkich wskazanych na wstępie przesłanek – w ocenie Izby Odwołujący nie wykazała spełnienia tych przesłanek, a samo powołanie podstaw prawnych czy orzecznictwa nie jest wystraczającym argumentem do potwierdzenia spełnienia każdej przesłanki z osobna, co w sumie pozwala na ocenę w pryzmacie

podstawy wykluczenia. Tym samym w powyższym zakresie nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy.

W odniesieniu do wskazanego w dokumencie *Wykaz usług wykonanych w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert wraz z załączeniem dowodów wystawionych przez Zamawiającego, potwierdzających, że usługi te wykonane zostały należycie* (dalej: Wykaz) w pozycji „Lp. 5" doświadczenia w realizacji usługi *Kompleksowe (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych województwa małopolskiego administrowanych przez GDDKiA Kraków w zakresie części nr 1, obejmującej kompleksowe utrzymanie dróg krajowych Rejon Kraków, nr umowy I/197/ZZ/Z-1/2014*Izba stwierdziła,

że w wyniku wykazania tego doświadczenia przez uczestnika postępowania odwoławczego nie doszło do naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy w odniesieniu do dokonanej przez Zamawiającego oceny tego doświadczenia.

Zarzut ten, w zakresie argumentacji podniesionej przez Odwołującego w uzasadnieniu odwołania opary jest na tym, że „nie jest prawdą, że przedmiotem umowy między Zyberd S.A. a Kosmo-Trans było utrzymanie letnie w rozumieniu warunku opisanego w punkcie 2.3.1. Rozdziału V SIWZ". W ocenie Izby to stanowisko Odwołującego nie może zostać uznane za prawidłowe, a dokumentacja zgromadzona w sprawie potwierdza, że wykazane doświadczenie w punkcie Lp.5 Wykazu przedstawione było jedynie w zakresie zimowego utrzymania dróg.

Podane w Wykazie „kompleksowe (bieżące i zimowe) utrzymane dróg krajowych województwa małopolskiego", wbrew twierdzeniom Odwołującego nie oznacza w ocenie Izby, że chodzi o letnie i zimowe utrzymanie dróg. Izba podkreśla, że uczestnik postępowania odwoławczego wraz z Wykazem przedstawił również Poświadczenie z dnia 26 marca 2018 roku oraz tabelaryczne zestawienie prac Podwykonawcy Kosmo-Trans. Odwołujący w swojej argumentacji w trakcie rozprawy odniósł się do powyższych dokumentów i wyjaśnił, że z treści ww. zestawienia wynika, *że realizowane prace dot. tylko utrzymania zimowego, natomiast kwota tych prac jak również kwota wskazana w załączniku nr 5 pozycji 5, potwierdzają, że wykazał się tylko zimowym".*

W ocenie Izby, z Wykazu ani złożonego Poświadczenia nie wynika aby wskazane usługi obejmowały w swoim przedmiocie utrzymanie chodników i parkingów – tak też twierdził sam Odwołujący (strona 11 odwołania), co oznacza w ocenie Izby, że uczestnik postępowania odwoławczego nie podał w tym zakresie informacji jaka mogła wprowadzić Zamawiającego w błąd przy ocenie wykazania przez ten podmiot warunków udziału w postępowaniu.

W odniesieniu do letniego utrzymania dróg, jakie zdaniem Odwołującego miał wykazywać również uczestnika postepowania odwoławczego, Izba odwołuje się w tym miejscu do treści Poświadczenia z dnia 26 marca 2018 roku, gdzie jest jedynie mowa o letnim utrzymaniu dróg krajowych w zakresie Estetki, Poboczy i Napraw korpusu drogi, co nie odpowiada warunkowi jaki ukształtował Zamawiający. Izba podkreśla, że w Wykazie uczestnika postępowania odwoławczego nie wskazał, że w ramach realizacji usług wykonane było letnie utrzymanie dróg, chodników i parkingów. Treść przedstawionego poświadczenia ukształtował podmiot, który to poświadczenie wystawiał i to jego wola zawarcia pewnych informacji w tym oświadczeniu została uwidoczniona. Sam fakt tego, że dane zadania były realizowane przez pewien podmiot i zostały ujęte w złożonych referencjach nie powoduje, że przy ocenie wykazania spełnienia warunku te informacje muszą podlegać ocenie, ocenia się treść referencji w znaczeniu korpusu ukształtowanego oświadczeniem zawartym w Wykazie. Fakt, na który zwrócił uwagę również Odwołujący, co do odzwierciedlenia kwoty z zestawienia tabelarycznego za zimowe utrzymanie dróg w Wykazie, powoduje, że w sposób jednoznaczny czytając wszystkie dokumenty razem uczestnik postępowania odwoławczego wskazał w tym punkcie jedynie na zimowe utrzymanie i nie podał informacji niezgodnej z rzeczywistym stanem. Więcej, stanowisko takie potwierdził również w trakcie rozprawy uczestnik postępowania odwoławczego, podnosząc, że doświadczenie w letnim utrzymaniu dróg posiada własne.

Izba stwierdziła, że nie doszło w czynności podjętej przez Zamawiającego do naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy, Izba zaznacza, że Odwołujący nie wykazała kumulatywnego spełnienia przesłanek ze wskazanych przepisów ustawy.

W konsekwencji powyżej wskazanego stanowiska Izby nie stwierdziła Izba naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy jak również art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy.

W zakresie zarzutu nr 3 - zaniechania czynności wezwania uczestnika postepowania odwoławczego do uzupełnienia wykazu wykonanych usług niezbędnych dla wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, posiadania wiedzy i doświadczenia, czym naruszono przepis art. 7 ust. 1 oraz art. 26 ust. 3 ustawy – Izba zarzut uznała za zasadny.

W ocenie Izby postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) w zakresie wymagań ukształtowanych w Rozdziale V pkt 2.3.1 odnośnie warunku udziału w postępowaniu posiadania wiedzy i doświadczenia są jednoznaczne, precyzyjne i winny być odczytywane zgodnie z ich treścią.

Zgodnie z postawionym warunkiem niezbędne było wykazanie się przez wykonawcę posiadaniem doświadczenia *„Wykonania lub wykonywania należycie w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie wykonanie co najmniej jednej usługi w ramach której zrealizowano: 1) letnie utrzymanie dróg, chodników i parkingów o wartości nie mniejszej niż 100 000,00 zł. 2)zimowe utrzymanie dróg, chodników i parkingów o wartości nie mniejszej 400 000,00 zł."*

Kluczowym w obliczu podniesionego zarzutu odwołania jest kwestia rozumienia ukształtowanego warunku udziału w postępowaniu. Izba podkreśla, że Zamawiający wykonując ciążące na nim ustawowe obowiązki wskazuje warunki udziału w postępowaniu. Choć w tym zakresie ustawa uległa zasadniczej zmianie – obecnie Zamawiający wskazuje warunek udziału w postepowaniu, a nie dokonuje opisu sposobu oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu - w wyniku nowelizacji z lipca 2016 roku, to aktualne pozostaje w tym zakresie orzecznictwo Izby i sądów powszechnych. Aby możliwe było skuteczne zweryfikowanie wykonawców wymagania im stawiane muszą być skonkretyzowane (porównaj: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 7 lipca 2008 roku sygn. akt V Ca 984/08). Opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków musi być jednoznaczny, a dokumenty, jakimi ma wykazać się wykonawca musza być konkretnie określone i wskazane. W ocenie Izby nadal aktualne pozostaje utrwalana przez lata teza, że postanowienia w zakresie opisu sposobu dokonania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, obecnie postanowienia dotyczące warunku udziału w postępowaniu oraz wymaganych dokumentów potwierdzających spełnienie warunków należy interpretować zgodnie z wykładnia gramatyczną. Tak więc wymagania, które określa Zamawiający wynikają wprost z literalnego brzmienia ogłoszenia i SIWZ (porównaj: wyrok Sadu Okręgowego w Warszawie z dnia 07 października 2008 roku sygn. akt XXIII Ga 446/08). Ocena spełnienia wymagań winna zostać dokonana w oparciu o literalne brzmienie ukształtowanych przez Zamawiającego wymagań co zapobiega jakiejkolwiek uznaniowości na etapie oceny wykazania

spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Nie jest więc dopuszczona rozszerzająca, niewyartykułowana interpretacja opisu warunku udziału
w postępowaniu oraz dokonana w oparciu o nią ocena spełnienia warunku udziału
w postępowaniu. Należy odrzucić interpretacje oparte na intencjach, dorozumianym znaczeniu w obliczu danej sprawy o udzielenie zamówienia publicznego.
Mając na uwadze ugruntowane w orzecznictwie oraz doktrynie stanowisko Izba uznała,
że z powyżej przytoczonej treści warunku w sposób jednoznaczny wynika, że w ramach jednej usługi należało wykonać letnie i zimowe utrzymanie dróg, chodników i parkingów
o określonych w warunku wartościach, przy czym należy zaznaczyć, że wykonawca mógł wykazać się doświadczeniem w większej ilości zrealizowanych tak usług, lecz minimum stanowiła jedna usługa. W ocenie Izby tą oczywistość określonego przez Zamawiającego warunku potwierdza również fakt odnoszący się do przedmiotu zamówienia opisanego
w postepowaniu o udzielnie zamówienia publicznego. Mając na uwadze postanowienia art. 22 ust. 1a ustawy, zgodnie z którym obowiązkiem Zamawiającego jest opisanie przedmiotu zamówienia w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia umożliwiające ocenę zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia wskazując je jako minimalne poziomy zdolności Izba uznała, że postawiony warunek w treści jaka wynika z niego odpowiadam tym wymaganiom. Natomiast czynność oceny spełnienia warunku udziału w postepowania dokonana przez Zamawiającego w zakresie uczestnika postępowania odwoławczego była nieprawidłowa i oparta o nieistniejące treści lecz o interpretację wymagań określonych w SIWZ.
Izba nie podzieliła stanowiska prezentowanego w piśmie procesowym przez Zamawiającego co do zarzutu nr 3, jednakże zauważa, że sam Zamawiający w swojej argumentacji to,
że „Intencją Zamawiającego była jedynie konieczność wykazania przez danego wykonawcę doświadczenia przy wykonaniu przedmiotu zamówienia publicznego poprzez wykonanie
co najmniej jednej usługi w zakresie letniego utrzymania i co najmniej jednej w zakresie zimowego utrzymania." Izba wskazuje, że warunki nie podlegają ocenie w odniesieniu
do intencji Zamawiającego lecz oceniane musi podlegać wskazane doświadczenie
w odniesieniu do wskazanego w SIWZ warunku.Niedopuszczalnym jest na etapie prowadzenia oceny ofert dokonywanie wykładni rozszerzającej postawionych warunków udziału w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego. Warunki muszą być interpretowane ściśle, bez dokonywania, jakichkolwiek wykładni warunków, należy bowiem pamiętać, że ocena wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu determinuje udział danego wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz ma wpływa na innych wykonawców biorących udział w postępowaniu.
Zamawiający wprowadził również w postępowaniu uregulowanie w SIWZ, że *Warunek udziału w postępowaniu dotyczący niezbędnej wiedzy i doświadczenia, musi być spełniony:*
przez Wykonawcę samodzielnie, lub *przez minimum jeden podmiot udostępniający wiedze*
i doświadczenie (podwykonawcę) samodzielnie: a w przypadku podmiotów występujących wspólnie, samodzielnie przez minimum jednego z wykonawców występujących wspólnie."
W odniesieniu do wskazanego w dokumencie *Wykaz usług wykonanych w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert wraz z załączeniem dowodów wystawionych przez Zamawiającego, potwierdzających, że usługi te wykonane zostały należycie* (dalej: Wykaz) doświadczenia na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu Izba uznała, że uczestnik tego doświadczenia nie wykazał, a dokonana przez Zamawiającego ocena była nieprawidłowa.
Izba stwierdziła, że w odniesieniu do pozycji Lp.1, 2 i 6 wskazane doświadczenie dotyczy jednie usługi letniego utrzymania, co uniemożliwia uwzględnienie tego doświadczenia
do oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Przy czym Izba wskazuje również,
że w zakresie pozycji Lp. 1 i 2 brak jest wskazania zgodnego przedmiotowo w letnim utrzymaniu (brak odniesienia do parkingów) oraz wartości wykazanych zrealizowanych usług nie odpowiadają wartości określonej warunkiem udziału w postepowaniu (są niższe).
Natomiast w odniesieniu do pozycji Lp. 4 brak jest dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie co uniemożliwia w ramach postepowania o udzielenie zamówienia publicznego identyfikację podmiotu realizującego usługę, przy czym wartość zrealizowanej usługi
nie odpowiadają wartości określonej warunkiem udziału w postepowaniu (jest niższa
w odniesieniu do każdego rodzaju usługi tj. letniego jak i zimowego). Również brak jest identyfikacji czy chodziło o letnie i zimowe utrzymanie.
Dla pozycji Lp. 5 Wykazu wskazane doświadczenie dotyczy jednie usługi zimowego utrzymania, co uniemożliwia uwzględnienie tego doświadczenia do oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu.
W pozycji Lp. 6 Wykazu wskazane doświadczenie dotyczy jednie usługi letniego utrzymania, co uniemożliwia uwzględnienie tego doświadczenia do oceny spełnienia warunku udziału
w postępowaniu.
Mając na uwadze całą powyższą argumentację Izba stwierdziła, że po pierwsze w ramach przedstawionego za pismem z dnia 30 grudnia 2019 roku Wykazu uczestnik postepowania odwoławczego nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia, tym samym czynności oceny spełnienia warunku dokonana przez Zamawiającego była nieprawidłowa. Zamawiający mają na uwadze regulacje art. 26 ust. 3 ustawy obowiązany był w takim przypadku do wezwania uczestnika postepowania odwoławczego do wykazania spełnienia warunku udziału w postepowaniu zgodnie z jego treścią określoną w Rozdziale V pkt 2.3.1 oraz w ust. 3 tego rozdziału. Brak wezwania i dokonanie niewłaściwej oceny wykazania spełnienia warunków udziału
w postepowaniu przez uczestnika postepowania odwoławczego powoduje naruszenie zasad Prawa zamówień publicznych wskazanych w ustawie.
Dlatego też Izba nakazała Zamawiającemu wezwanie wykonawcy K. K. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą K. K. KAROLINEX-RECYKLING z siedziba w Olkuszu, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie wykazania spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia.

Izba podkreśla, że postępowanie o udzielnie zamówienia publicznego nie jest dowolnym, nieskodyfikowanym, luźnym postępowaniem, stanowi ono szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu – obowiązujące regulacje prawne są bardzo szczegółowe i nakładają na podmioty starające się o udzielenie zamówienia publicznego sztywną regulację postępowania, w zamian natomiast pozwalającą

zawrzeć kontrakt
z podmiotem publicznym, czyli podmiotem istniejącym i gwarantującym wypłatę środków finansowych.

Izba zaznacza, że choć samo postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego
nie powinno być formalizmem samym w sobie, a jego głównym zadaniem jest doprowadzenie do zawarcia umowy – to odstąpienie od formalizmu nie może być utożsamiane z modyfikacją reguł postępowania określonych ustawą i wymaganiami SWIZ,
a w konsekwencji prowadzić do wyboru w postępowaniu oferty, która nie jest zgodna
z wymaganiami Zamawiającego, które to sobie sam Zamawiający zdefiniował
w dokumentacji postępowania. Każdy z wykonawców składających ofertę
w postępowaniu chce wygrać zamówienie, chce zawrzeć kontrakt ale nie jest
to wystarczającym uzasadnieniem dla sanowania błędów w ofercie jednego wykonawcy kosztem możliwości uzyskania zamówienia przez innego wykonawcę, bowiem naruszenie zasad (w tym art. 7 ust. 1 ustawy) określonych w ustawie zawsze należy odnosić
do wszystkich podmiotów będących uczestnikami postępowania, bowiem wszystkich zasady te obowiązują.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący: ……