

WYROK

z dnia 1 lutego 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Konik

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 stycznia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 grudnia 2020 r. przez odwołującego **W. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe Marex W. P. z siedzibą w Brzegu** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Zarząd Nieruchomości Miejskich w Brzegu**,

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazać zamawiającemu Zarządowi Nieruchomości Miejskich w Brzegu unieważnienie czynności wykluczenia W. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe Marex W. P. z siedzibą w Brzegu, wezwanie odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentu o którym mowa w rozdziale 7 „Wykaz oświadczeń lub dokumentów (...)” pkt 3 pkt 3) lit b) SIWZ, tj. „wykazu narzędzi” oraz ponowne badanie i ocenę ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciążyć zamawiającego Zarząd Nieruchomości Miejskich w Brzegu i:
 - 2.1. Zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. Zasądzić od zamawiającego Zarządu Nieruchomości Miejskich w Brzegu, na rzecz odwołującego W. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe Marex W. P. z siedzibą w Brzegu kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy) tytułem zwrotu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i art. 198b ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) oraz art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w związku z art. 92 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę Prawo zamówień publicznych (Dz.U z 2019 r. poz. 2020 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 Warszawie.

Przewodniczący:.....

UZASADNIENIE

Zarząd Nieruchomości Miejskich w Brzegu (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Utrzymanie czystości i porządku oraz zieleni na terenach zarządzanych przez Zarząd Nieruchomości Miejskich w Brzegu”, nr ZO.P.03.2020. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 25 listopada 2020 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 615396-N-2020.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, tj. z dnia 11 września 2019 r. (Dz. U. z 2019 poz. 1843 ze zm.) – dalej: ustawa Pzp.

W postępowaniu tym wykonawca W. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe Marex W. P. z siedzibą w Brzegu (dalej: „Odwołujący”) w dniu 28 grudnia 2020 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego polegających na wykluczeniu Odwołującego i uznaniu jego oferty za odrzuconą, w sytuacji gdy spełnia on warunki udziału w postępowaniu wskazane w treści SIWZ.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie jego zastosowania w sytuacji, gdy ziszczyły się przesłanki, o których mowa w tym przepisie ustawy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego i uznaniu jego oferty za odrzuconą;
- 2) uznanie, że Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu;
- 3) dopuszczenie i przeprowadzenie następujących dowodów załączonych do odwołania:

- a) Pismo Zarządu Nieruchomości Miejskich z dnia 21.12.2020 r. ZO.P.03.20 dotyczące wykluczenia Odwołującego, na okoliczność, że podejmując decyzję o wykluczeniu Odwołującego, Zamawiający opierał się na domniemaniu niespełnienia warunków udziału w postępowaniu;
- b) Pismo Odwołującego z dnia 08.12.2020 r. L.dz. 60/20 dotyczące spełnienia warunków na okoliczność posiadanego potencjału technicznego;
- c) umowa nr ZP.08.20 z dnia 07.01.2020 r. z Zamawiającym dotycząca obecnie wykonywanej usługi w roku 2020, na okoliczność posiadania odpowiedniego potencjału technicznego zgodnego z warunkami udziału w postępowaniu;
- d) pismo informujące, że oferta Odwołującego została wybrana do realizacji na rok 2020 i że z nim będzie podpisana umowa;
- e) pismo Odwołującego- Firma PUH Marex z dnia 31.12.2019 r. dotyczące spełnienia warunków udziału w postępowaniu na okoliczność posiadanego potencjału technicznego (pismo z roku 2019 dotyczącego potwierdzenia posiadania wymaganego potencjału technicznego).

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, co następuje.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania.

Odwołujący wyjaśnił, że przed podjęciem przez Zamawiającego decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania z uwagi na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający miał obowiązek wezwać Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia wykazu narzędzi. W ocenie Odwołującego Zamawiający zobligowany był wystosować do Odwołującego wezwanie, na co wskazuje nie tylko treść art. 26 ust. 3 ustawy Pzp ale również i treść samego uzasadnienia wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty, z którego wynika, że Zamawiający oparł swoją decyzję o domniemaniu, że dysponuje on tylko jedną kosiarką do trawy samojezdną.

Odwołujący wyjaśnił ponadto, że w roku 2020 realizował dla Zamawiającego podobną usługę, jak ta będąca przedmiotem tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wobec czego zdaniem Odwołującego Zamawiający wie, że Odwołujący posiada wymagany przez niego sprzęt. Mimo tej wiedzy i braku jasności co do ilości wykazanego sprzętu, Zamawiający zaniechał wezwania Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości.

Pismem z 27 stycznia 2021 r. Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, którą uzupełnił pismem z 29 stycznia 2021 r. zawierającym dodatkową argumentację wraz z obszernie przywołanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej oraz Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Odwołujący wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, a także złożone dowody, ustaliła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący jest podmiotem ubiegającym się o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego.

Izba stwierdziła, że żaden wykonawca nie zgłosił udziału w charakterze uczestnika postępowania w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny.

Bezspornym jest między stronami, że zgodnie z treścią pkt 5 pkt 3) lit b) SIWZ Zamawiający ustanowił warunek udziału w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z którym wykonawca miał dysponować następującymi narzędziami:

- piłą mechaniczną do cięcia drzew oraz nożycami do żywopłotów min. po 6 szt.,
- kosiarką do trawy bębnową min. 1 szt.,
- kosiarką do trawy samojezdną lub doczepianą min. 3 szt.,
- kosiarką do trawy bijakową min. 1 szt.,
- plugiem do odśnieżania dróg wewnętrznych osiedlowych i chodników wraz z urządzeniami do mechanicznego uszorstniania ciągów komunikacyjnych min. 2 szt.,
- transportem ciężarowym o ładowności co najmniej 5 ton min. 1 szt.,
- ciągnikiem kołowym wraz z dwiema przyczepami o ładowności co najmniej 3,5 tony każda min. 2 szt.

Stosownie do treści pkt 7 „Wykaz oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia” ppkt 3 „wykonawca, którego oferta zostanie najwyższej oceniona w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu (pkt 5 SIWZ), zostanie wezwany do przedłożenia następujących oświadczeń i dokumentów (...)”. Natomiast zgodnie z pkt 7 ppkt 4 „wykonawca, którego oferta zostanie najwyższej oceniona w celu wykazania braku podstaw wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia (pkt 6 SIWZ), zostanie wezwany do przedłożenia następujących oświadczeń i dokumentów (...)”.

Zgodnie z pkt 7 ppkt 3, 3) lit b) w celu wykazania w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej dysponowaniem określonymi narzędziami, o których mowa w pkt 5 pkt 3) lit b) SIWZ, wykonawca miał złożyć na wezwanie Zamawiającego wykaz narzędzi.

Pismem z 7 grudnia 2020 r. Zamawiający wezwał odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz potwierdzających brak podstaw wykluczenia z postępowania, o których mowa w ww. postanowieniu SIWZ, w tym do uzupełnienia wykazu narzędzi. W tym miejscu wskazać należy, co zostało potwierdzone przez Zamawiającego podczas rozprawy, że podstawa prawna wskazana w ww. wezwaniu została określona błędnie.

W odpowiedzi na powyższe Odwołujący złożył wykaz narzędzi, w treści którego w poz. dotyczącej kosiarki samojezdnej wskazał „Kosiarka do trawy samojezdna” nie wskazując jednocześnie żadnej ilości w tej pozycji.

Pismem z dnia 21 grudnia 2021 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o tym, że postanowił wykluczyć go z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp uznać jego ofertę za odrzuconą. Zamawiający wyjaśnił, że w odpowiedzi na wezwanie z 7 grudnia 2020 Odwołujący wskazał, że dysponuje „kosiarką do trawy samojezdną”, z czego Zamawiający wywiódł, że Odwołujący dysponuje tylko jedną taką kosiarką, podczas gdy zgodnie z SIWZ Zamawiający wymagał aby wykonawca dysponował trzema sztukami takich kosiarek.

Izba zważyła co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Jak wynika z treści art. 26 ust. 3 ustawy Pzp jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielania wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

W przedmiotowej sprawie nie może być wątpliwości co do tego, że przesłanki zastosowania ww. przepisu zostały spełnione. Jak wynika z analizy treści złożonego przez Odwołującego na wezwanie z 7 grudnia 2020 r. wykazu narzędzi, Odwołujący w pozycji dotyczącej kosiarki do trawy samojezdnej nie wpisał ilości sztuk. Ilość sztuk danego sprzętu została wpisana w każdej innej pozycji tego wykazu, za wyjątkiem pozycji dotyczącej kosiarki do trawy samojezdnej. W ocenie składu orzekającego można stwierdzić, że wykaz ten jest w tym zakresie co najmniej

niekompletny ponieważ nie zawiera informacji, której podanie Zamawiający w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wymagał.

W tym miejscu Izba wskazuje, że argumentacja Zamawiającego przedstawiona podczas rozprawy jak i w odpowiedzi na odwołanie, a także piśmie uzupełniającym odpowiedź na odwołanie, nie zasługuje na uwzględnienie z następujących powodów.

Po pierwsze jak wskazano powyżej, brak wskazania ilości w wykazie narzędzi ilości w pozycji dotyczącej kosiarki samojezdnej zakwalifikować należy co najmniej jako niekompletność tego dokumentu. Informacja ta była wymagana przez Zamawiającego, a Odwołujący jej nie podał.

Po drugie, skoro już z samej treści pisma z 21 grudnia 2020 r. zawierającego informację o wykluczeniu Odwołującego z postępowania i w konsekwencji odrzuceniu jego oferty, Zamawiający sam wskazuje, że „w domniemaniu Zamawiającego” Odwołujący dysponuje tylko jedną taką kosiarką, oznacza to iż Zamawiający nie ma pewności co do ilości spornego narzędzia i okoliczność ta powinna zostać z Odwołującym co najmniej wyjaśniona. W tym miejscu Izba podziela argumentację Zamawiającego, że okoliczność iż Odwołujący aktualnie świadczy Zamawiającemu usługę nie musi świadczyć o tym, że Odwołujący dysponuje wymaganym sprzętem w wymaganej ilości, ale wobec tego tym bardziej Zamawiający zobligowany jest wezwać Odwołującego do uzupełnienia tego dokumentu.

Po trzecie jak wynika wprost z treści art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zastosowanie dyspozycji zawartej w tym przepisie jest obowiązkiem zamawiającego, z którego wypełnienia może on zrezygnować tylko jeśli zaszła co najmniej jedna z dwóch okoliczności. Mimo wezwania oferta wykonawcy i tak podlegałaby odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Zamawiający wyjaśniając powody zaniechania wezwania w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie wykazał żadnej z powyższych okoliczności zwalniających go z tego obowiązku.

Jednocześnie Izba wyjaśnia, że przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie służy do uzupełnienia dokumentów, które stanowią treść oferty, ponieważ podlegają ocenie w ramach kryterium oceny ofert. Jednak w tym postępowaniu nie mamy do czynienia z taką sytuacją. Omawiana regulacja z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp służy natomiast uzupełnianiu dokumentów bądź wyjaśnień, które warunkują udział wykonawcy w postępowaniu.

Jak wynika z treści dokumentacji w tym postępowaniu zamawiający sformułował warunek udziału w postępowaniu polegający m.in. na dysponowaniu określonymi narzędziami w określonej ilości. W celu wykazania spełnienia tego warunku Zamawiający żądał przedłożenia wykazu narzędzi, który jest dokumentem, o którym mowa w §1 ust. 2 pkt 2) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy z dnia 7 kwietnia 2004 r. (Dz.U. Nr 71, poz. 645). Zatem jest to dokument podlegający uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w sytuacji ziszczenia się przesłanek, o których mowa w tym przepisie.

Odnosząc się do wniosków dowodowych zgłoszonych przez Odwołującego w treści odwołania i podczas rozprawy Izba wskazuje, że pismo Zamawiającego z 21 grudnia 2020 r. zawierające informację o wykluczeniu oraz wykaz narzędzi uzupełniony przez Odwołującego w odpowiedzi na wezwanie z dnia 7 grudnia 2020 r. znajdują się w aktach postępowania. Pozostałe dokumenty załączone do odwołania nie mają natomiast w ocenie Izby istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia, ponieważ dotyczą innego postępowania niż to będące przedmiotem rozpoznania przez Izbę. Natomiast złożone przez Odwołującego podczas rozprawy dowody w postaci faktur i umowy Izba również oceniła jako nie mające znaczenia w przedmiotowej sprawie, ponieważ nie były to dokumenty wymagane przez Zamawiającego w tym postępowaniu. Ponadto Izba wyjaśnia że jej rolą jest ocena czynności podejmowanych przez zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia, bądź ich zaniechania, a nie wyrażanie zamawiającego w ich przeprowadzaniu. Podobnie za nie mające znaczenia dla rozstrzygnięcia Izba uznała dowody przedstawione przez Zamawiającego, ponieważ okoliczności ewentualnego nienależytego wykonania przez Odwołującego umowy z 2020 r. nie były powodem wykluczenia Odwołującego i jako takie nie zostały objęte zakresem odwołania, wobec czego pozostają poza przedmiotem sporu w tym postępowaniu odwoławczym.

Reasumując powyższe, nieprawidłowa jest praktyka wykluczania wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia, bądź też odrzucania oferty wykonawcy, w oparciu o domysły czy też domniemania zamawiającego. Wykluczenie wykonawcy, na równi z odrzuceniem oferty są najbardziej dla wykonawcy dotkliwymi sankcjami przewidzianymi ustawie Pzp i powinny być dokonywane na podstawie okoliczności nie budzących żadnych wątpliwości. W sytuacji, gdy nie zachodzi żadna z okoliczności zwalniających zamawiającego z obowiązku wystosowania wezwania do uzupełnienia dokumentów, jest on zobligowany do wykonania dyspozycji art. 26 ust 3 ustawy Pzp. Zamawiający nie wykazał aby w tym postępowaniu takie okoliczności zaszły wobec czego uznać należy, że Zamawiający był zobligowany do wezwania Odwołującego do uzupełnienia wykazu narzędzi ponieważ złożony przez niego dokument nie był prawidłowy.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 22 maja 2018 r. poz. 972.), stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:.....