

WYROK
z dnia 21 września 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Kolesnikow

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 września 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 sierpnia 2020 r. przez wykonawcę J. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J. W., ul. Władysława Łokietka 4, 41-933 Bytom w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miejski Zarząd Dróg i Mostów w Jaworznie, ul. Krakowska 9, 43-600 Jaworzno**

przy udziale wykonawcy M. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Drogowych i Komunalnych DROMAR, ul. Gliwicka 25, 44-145 Stanica
zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie
zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego J. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J. W., ul. Wł. Łokietka 4, 41-933 Bytom
i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **J. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J. W., ul. Wł. Łokietka 4, 41-933 Bytom** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:
Uzasadnienie

Zamawiający Miejski Zarząd Dróg i Mostów w Jaworznie, ul. Krakowska 9, 43-600 Jaworzno wszczął postępowanie na usługi w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Utrzymanie czystości i porządku na terenie miasta Jaworzna w roku 2021«.

14.07.2020r. zostało zamieszczone ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nrem 561814-N-2020 .

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

20.08.2020r. zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Zakład Usług Drogowych i Komunalnych DROMAR M. K., ul. Gliwicka 25, 44-145 Stanica.

25.08.2020r. wykonawca J. W., Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J. W., ul. Wł. Łokietka 4, 41-933 Bytom (dalej odwołujący), zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 2 Pzp, wniósł do Prezesa KIO odwołanie na wybór oferty

wykonawcy Zakład Usług Drogowych i Komunalnych DROMAR M. K., ul. Gliwicka 25, 44-145 Stanica.

Odwołujący sformułował zarzut naruszenia przez zamawiającego:

- 1)art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp przez brak przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
- 2)art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 Pzp w związku z podaniem nieprawdziwych informacji w zakresie wartości usług zrealizowanych w ramach usługi wskazanej jako usługa referencyjna, w tym w szczególności przez świadome wprowadzenie zamawiającego w błąd;
- 3)art. 24 ust. 1 pkt 12 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy D, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej, co narusza zasadę prowadzenia postępowania w sposób zapewniających zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców, co w konsekwencji narusza art. 24 ust. 4 Pzp przez zaniechanie uznania oferty wykonawcy D za odrzuconą;
- 4)(postawiony ewentualnie, z ostrożności w przypadku braku uwzględnienia zarzutu drugiego podania nieprawdziwych informacji, co uniemożliwia wezwanie do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, ewentualnie) art. 26 ust. 3 Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy D do wykazania spełniania warunków na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp.

Odwołujący wniósł o:

- 1)unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2)wykluczenia wykonawcy D, z ostrożności ewentualnie wezwanie do wykazania się spełnianiem warunków udziału w postępowaniu jedynie w sytuacji braku ziszczenia się przesłanki do wykluczenia w związku z podaniem nieprawdziwych informacji;
- 3)dokonania ponownego badania i oceny ofert, w konsekwencji czego po wykluczeniu wykonawcy D, to oferta odwołującego powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza.

Argumentacja odwołującego

Zamawiający w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w pkt V.1.3 lit. a SIWZ określił warunki udziału w postępowaniu wskazując że: „Zamawiający wymaga, aby wykonawca wykazał się należytym wykonaniem w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy - w tym okresie, jednej usługi odpowiadającej swoim rodzajem usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia (polegającej na letnim oczyszczaniu i utrzymaniu czystości miasta w zakresie: oczyszczania dróg, ulic, ciągów pieszych oraz oczyszczania koszy ulicznych w ciągu jednego sezonu letniego), o łącznej wartości nie mniejszej niż 600.000,00 zł brutto oraz doręczył dokument potwierdzających jej należyte wykonanie (...)”.

Wykonawca D na wezwanie zamawiającego z 3.08.2020 r. na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu wskazał w wykazie nr 5 „Realizację pakietu usług sanitarno-porządkowych i konserwacyjnych na terenie miasta Bytomia” w zakresie oczyszczania dróg, ulic, ciągów pieszych oraz oczyszczania koszy ulicznych. Wskazując w wykazie, że wartość brutto zamówienia wyniosła 1.338.341,23 zł, oraz składając poświadczenie należytego wykonania prac, z którego wynikało, że na ww. kwotę składają się również inne czynności, które nie stanowiły warunku udziału w postępowaniu.

W związku z takimi dokumentami zamawiający wezwał wykonawcę na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp do złożenia wyjaśnień wskazując, że złożone „dokumenty nie wskazują wartości brutto usługi wykonywanej przez Państwa w ramach umowy jw. w zakresie oczyszczania dróg, ulic, ciągów pieszych oraz oczyszczania koszy ulicznych”.

W wyniku wyjaśnień wykonawca D wskazał na następujące wartości:

Mechaniczne lub ręczne oczyszczanie nawierzchni jezdni, ulic, placów i parkingów: 259.668,43 zł brutto.

Mechaniczne lub ręczne oczyszczanie Ścisłego centrum (jezdnie ulic, chodniki, przystanki komunikacyjne) 201.183,80 zł brutto.

Mechaniczne lub ręczne oczyszczanie chodników: 153.473,27 zł brutto.

Mechaniczne lub ręczne oczyszczanie przystanków komunikacji miejskiej: 95.099,75 zł brutto.

Oczyszczanie terenów przy budynkach i budowlach: 235.576,81 zł brutto.

Oczyszczanie terenów zieleni: 128.144,90 zł brutto.

Opóźnianie koszy na odpady: 118.407,00 zł brutto.

Likwidacja dzikich wysypisk: 8.847,50 zł brutto.

Podjęcie, transport i utylizacja padłych zwierząt kat. 1: 2.700,00 zł brutto.

Utrzymanie trawnika: 36.116,16 zł brutto.

Pielęgnacja krzewów: 95.279,62 zł brutto.

Usuwanie powalonych drzew (łącznie): 3.844,00 zł brutto.

Łącznie: 1.063.409,06 zł brutto.

W związku z tym, uzyskanie takich informacji zdaniem odwołującego nie odpowiadało na wezwanie zamawiającego bowiem w ramach wyszczególnionych pozycji były wykonywane również inne roboty jakich zamawiający nie wskazał w warunku, a tym samym nie zamierzał ich oceniać.

Zamawiający 6.08.2020 r. uzyskał również informację z MZDiM w Bytomiu, gdzie wskazano: Mechaniczne lub ręczne oczyszczanie nawierzchni ulic, placów i parkingów za kwotę 259.668,43 zł brutto.

Mechaniczne lub ręczne oczyszczanie ulic w ścisłym Centrum za kwotę: 68.110,11 zł brutto

Mechaniczne lub ręczne oczyszczanie chodników w ścisłym Centrum za kwotę: 80.559,70 zł brutto.

Mechaniczne lub ręczne oczyszczanie chodników za kwotę: 153.473,27 zł brutto.

Mechaniczne lub ręczne oczyszczanie chodników przy budynkach i budowlach za kwotę: 27.255,08 zł brutto.

Opróżnianie koszy na odpady za kwotę: 118.407,01 zł brutto.

Łącznie: 707.473,60 zł brutto.

Z powyższego wynika, że mamy do czynienia z trzema różnymi wartościami w zakresie wykazania się tą samą realizacją: 1.338.341,23 zł - wartość z wykazu i poświadczenia z 15.06.2020r.

1.063.409,06 zł brutto - wartość z wyjaśnienia z 11.08.2020 r.

707.473,60 zł - wartość z informacji z 6.08.2020 r. od MZDiM Bytom.

Tym samym zamawiający w dalszym ciągu nie posiada wiedzy na temat rzeczywistej wartości i zakresu wykonanych robót w umowie wskazanej jako referencyjna.

W związku z czym nie posiada prawidłowych oświadczeń i dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, bowiem te które są w jego posiadaniu zawierają informacje niezgodne z rzeczywistością. Już tylko ta okoliczność powoduje, że wykonawca D nie złożył dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Po drugie (co zostanie wykazane poniżej) mamy do czynienia z podaniem nieprawdziwych informacji i to zarówno w odniesieniu do rażącego niedbalstwa co do spełniania warunków (art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp) jak i niedbalstwa (art. 24 ust 1 pkt 17 Pzp), które to informacje wprowadzają zamawiającego w błąd oraz mają istotny wpływ na decyzje zamawiającego, bowiem odnoszą się do warunku udziału w postępowaniu. Tak więc ich przedstawienie skutkowało błędnym uznaniem, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu pomimo tego, że faktycznie warunków tych nie spełnia.

Odnosząc się szczegółowo do przedstawionych informacji przez wykonawcę D w tym postępowaniu odwołujący wskazał, że:

Warunek udziału w postępowaniu wskazywał na obowiązek posiadania doświadczenia w okresie jednego sezonu. Zgodnie z OPZ sezon trwa od 1 kwietnia do 31 października i obejmuje swoim zakresem trzy występujące w Polsce meteorologiczne pory roku tj. wiosnę, która przypada w okresie od 1.03-31.05, lato od 1.06-31.08 i jesień od 1.09-30.11. W każdej z ww. pór roku występują odmienne warunki atmosferyczne oraz inne zanieczyszczenia, a zatem tylko posiadanie doświadczenia w świadczeniu usług we wszystkich ww. porach może być brane pod uwagę przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Tym bardziej, że zgodnie z art. 22 ust. 1a Pzp zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz w sposób pozwalający na ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia.

Umowa nr 2621.51.2019 zawarta pomiędzy Gminą Bytom a wykonawcą D obejmowała okres od czerwca do sierpnia 2019 r., zgodnie z późniejszą dokumentacją na podstawie Aneksu przedłużona została do końca września 2019 r. Okres umowy wskazuje, że wykonawca ten nie wykonywał pełnego zakresu usług jakie należy wykonywać w okresie letnim. Okres letni obejmuje okres od kwietnia do października (7 miesięcy). Świadczenie usług w tym okresie rozpoczyna się od pozimowego oczyszczania dróg, a kończy się jesiennym zamyataniem obejmującym również opadłe liście. Są to inne czynności od standardowego zamyatania ulic w miesiącach letnich, gdzie odpady liści nie występują. Ponadto wykonawca musi posiadać decyzję na zbieranie tych odpadów, tj. oprócz tzw. zmiotek, musi posiadać decyzję na zbieranie odpadów bio.

Zatem w wyniku złożonych referencji zamawiający nie jest w stanie stwierdzić, czy wykonawca D posiadania zdolności do realizacji usługi oczyszczania niewykonywanych usług, bowiem wykonawca D nie legitymuje się doświadczeniem w ciągu jednego sezonu letniego.

Warunek udziału w postępowaniu nie był jedynie warunkiem wartościowym, ale przez jego odniesienie do sezonu letniego warunkiem merytorycznym, którego nie spełnił wykonawca D. Co więcej odniesienie warunku do pojęcia „sezonu letniego” miało istotne znaczenie dla postępowania bowiem determinowało fakt przystąpienia do postępowania, oraz ma istotny wpływ na to, jaki podmiot (czy posiadający doświadczenie) wygra przedmiotowe postępowanie.

Ponadto poza wskazaną już rozbieżnością w wartościach, co zdaniem odwołującego należało rozpatrywać w kategoriach podania nieprawdziwych informacji wykonawca D wprowadził zamawiającego w błąd co do zakresu bowiem próbuje w poświadczeniu wskazywać na zakres robót, którego warunek nie dotyczy zwiększając bezprawnie wartość referencyjnych robót.

»Dla ziszczenia się przesłanki wykluczenia z postępowania art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp istotne jest jedynie zachowanie wykonawcy i treść informacji (mogącej mieć wpływ na decyzje zamawiającego), natomiast stan wiedzy czy zachowanie zamawiającego nie ma żadnego znaczenia. W szczególności nie ma znaczenia czy zamawiający został skutecznie wprowadzony w błąd na skutek czego podjął jakiekolwiek decyzje wykonał jakiekolwiek czynności. Nawet gdyby zamawiający w powołaniu na wypracowane *notorium* (uwzględniając stan wiedzy posiadanej przez zamawiającego) zachowałby ostrożność w podejmowaniu decyzji, to samo podanie informacji nieprawdziwej wypełnia przesłankę wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia. Przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp są przesłankami obligatoryjnymi wykluczenia na gruncie ustawy krajowej, co oznaczają, że zamawiający nie może odstąpić od czynności wykluczenia wykonawcy, który przedstawił informacje wprowadzające w błąd. Przy czym przy niedbalym przedstawieniu wprowadzających w błąd informacji ocena jego istotności jest uzależniona od tego czy mógł, a nie czy miał wpływ na decyzje w sprawie udzielenia zamówienia. Wystarczające jest dla wykluczenia wykonawcy, to aby podana informacja mogła jedynie potencjalnie wpłynąć na decyzje zamawiającego. Przyjęcie stanowiska, że ocena istotnego wpływu jest zależna od stanu wiedzy zamawiającego rodzi niebezpieczne skutki, gdy uzależnia ocenę kłamstwa od tego czy zamawiający dał się okłamać czy nie. Każde kłamstwo świadczy o nierzetelności wykonawcy, a przyjęcie, że nie można wykluczyć wykonawcy, którego kłamstwo wykrył zamawiający, prowadziłoby do przerywania na zamawiających odpowiedzialności, za informacje podawane przez wykonawców.

Zamówienia publiczne są realizowane w celu zaspokajania potrzeb społecznych, wykonania zadań państwa wobec obywateli, stąd jej wykonawca, który pozyskuje takie zamówienia, tym bardziej musi być wykonawcą rzetelnym i zdolnym do wykonania zamówienia. Należy bowiem wziąć pod uwagę, że podanie takiej informacji wprowadzającej w błąd ma wywołać przekonanie, że wykonawca może należycie wykonać zamówienie, podczas gdy w rzeczywistości nie posiada cech (własnych lub udostępnionych), które dla zamawiającego były tak istotne, że uczynił z nich kryteria kwalifikacji» - na podstawie KIO 104/20, wyrok z 3 lutego 2020 r.

Z analizy dokumentów dotyczących realizacji umowy na rzecz zamawiającego MZDiM w Bytomiu należy wywnioskować, że zakres i wartości wskazane w piśmie z 11.08.2020 r. mającym rzekomo wyjaśnić wątpliwości, co do wartości brutto usługi faktycznie niczego nie wyjaśnia i nie prowadzi do wskazania wartości jaką można uznać za potwierdzającą spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

„Mechaniczne lub ręczne oczyszczanie nawierzchni jezdni ulic, placów i parkingów” - jak sama nazwa odnosi się również do utrzymania placów i parkingów, co jest nie zgodne z wymaganiami zamawiającego w SIWZ - a zatem kwota w wysokości 259.668,43 zł brutto nie jest wartością jaką można zakwalifikować do wartości mającej potwierdzać

spełnianie warunków. Tym samym zamawiający nie posiada żadnej wiedzy na jaką wartość zamówienia wykonawca wykonał roboty w zakresie oczyszczania jezdni ulic.

„Mechaniczne lub ręczne oczyszczanie ścisłego Centrum” - w zakres podanej w tym punkcie wartości nie jest możliwe, aby doliczyć wartość „przystanków komunikacyjnych „Ścisłego centrum”, bowiem przystanki nie stanowią zakresu warunku postawionego w SIWZ.

Odnosnie chodników jak wynika z opisu przedmiotu zamówienia dotyczącego realizacji umowy na rzecz MZDiM w Bytomiu należy wskazać, że w zakres podanej tam wartości wchodzi również chodniki, które zostały zakwalifikowane przez Gminę Bytom jako te znajdujące się poza pasem drogowym tj. np. alejki parkowe, schody, kładki, chodniki wokół budynków itp., czyli zakres ten również jest niezgodny z wymaganiem zamawiającego, a więc podana wartość w całości nie może być pod uwagę przy spełnianiu warunków.

„Mechaniczne lub ręczne oczyszczanie chodników” - w zakres prac objętych tą pozycją wchodzi również oczyszczanie schodów, alejek i innych chodników znajdujących się poza pasem drogowym. Tak więc jest to niezgodne z wymaganiem zamawiającego - tym samym również w tym przypadku wskazana wartość w kwocie podanej nie może stanowić wartości jaką zamawiający mógł zsumować do wartości referencyjnej.

„Oczyszczanie terenów przy budynkach i budowlach” - pozycja ta w naszej ocenie nie powinna w ogóle być wliczana do wartości referencji, gdyż w jej zakres wchodzi jedynie tereny poza pasem drogowym.

„Opróżnianie koszy na odpady” - część zakresu obejmuje kosze poza pasem drogowych, co również jest niezgodne z wymaganiem zamawiającego.

Pozostały zakres wskazany w piśmie przez wykonawcę D jest poza wymaganiami zamawiającego. Jak również wskazać należy, że wykonawca D składając wyjaśnienia dopuścił się „manipulacji” wskazując jako wartości wykonywanych usług zarówno czynności wykonywane w pasie drogowym oraz poza pasem drogowym, podczas, gdy posiada pełną świadomość, że te usługi są traktowane rozdzielnie, zaś w tym postępowaniu w ramach warunku należało wykazać się tylko doświadczeniem w obrębie pasa drogowego. Tym samym połączenie usług na różnych obszarach miało na celu jedynie sztuczne i nieuczciwe zwiększenie wartości celem spełnienia warunku.

Odnosząc się do pisma MZDiM Bytom z 6.08.2020 r. wskazać należy, że również ten dokument nie może stanowić dowodu na jakim zamawiający mógł się oprzeć i uznać, że faktycznie wykonawca D wykonał usługę na kwotę min. 600.000,00 zł brutto w zakresie: oczyszczania dróg, ulic, ciągów pieszych oraz oczyszczania koszy.

poz. 1 - przywołując argumentację jak w odniesieniu do wyjaśnień wykonawcy D wskazać należy, że wartość z tej pozycji nie może być wzięta pod uwagę (nie jest wiadomo jaką wartość jest wartością rzeczywistą), bowiem doliczono wykonywanie usług na powierzchni placów i parkingów;

poz. 2 - w ocenie odwołującego podobnie jak w przypadku poz. 1 do wskazanej w piśmie wartości doliczono wbrew postanowieniom SIWZ wartość usług realizowaną na powierzchni placów i parkingów (SPP);

poz. 3 i 4 - w ocenie odwołującego wskazana wartość nie może zostać przyjęta, bowiem wartość ta dotyczy także oczyszczania alejek, schodów, kładek, chodników zlokalizowane poza pasem drogowym - co stanowi zakres poza wymaganym warunkiem;

poz. 5 - w ocenie odwołującego cały zakres nie wchodzi w wymagania zamawiającego MZDiM Jaworzno - są to chodniki poza pasem drogowym;

poz. 6 - część koszy znajduje się poza pasem drogowym, nie są to kosze przyuliczne, a więc również w tym przypadku wartość wskazanej realizacji nie jest właściwa dla oceny spełnienia warunku.

Odwołujący wskazał, że aktualnie jest wykonawcą umów dla MZDiM Bytom (dawniej: MZZiGK Bytom). Był również wykonawcą usług w latach poprzednich, a co za tym idzie doskonale zna topografię miasta. Obecnie zakres prac został podzielony przez zamawiającego na umowy w pasie drogowym oraz umowy poza pasem drogowym. Opierając się na wykazach zamieszczonych do umów wystarczy zestawzić te tereny z umową nr 2621,51,2019 realizowaną przez wykonawcę D na podstawie, której zostały wydane Referencje. I właśnie to zestawienie daje podstawę do stwierdzenia, że zakres wskazany w poświadczeniu, wyjaśnieniu oraz piśmie z 6.08.2020 r. nie jest zakresem właściwym, a co za tym idzie wartości podane do poszczególnych usług nie mogą być uznane jako wartości dla stwierdzenia, że wykonawca D wykonał usługę o wartości 600.000,00 zł brutto.

Mając na uwadze powyższe odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy D, wykluczenie

wykonawcy D i odrzucenie oferty wykonawcy D.

Uznanie, przez zamawiającego zakresu, który nie odnosi się do postawionego warunku, powoduje, że mamy do czynienia z naruszeniem zasad udzielania postępowania, o którym mowa w art. 7 Pzp, a także zmiany postanowień SIWZ na etapie po złożeniu ofert. Warunek udziału był bowiem jasny i precyzyjny i odnosił się do wartości zrealizowanych usług co do konkretnych czynności.

Odwołujący wskazał, że gdyby inni wykonawcy posiadali wiedzę, co do rozszerzającego interpretowania tego warunku przez zamawiającego na etapie oceny ofert, wówczas przystąpiliby do tego postępowania, posiadając doświadczenia nie w całym okresie letnim lub posiadając doświadczenia również na innych robotach realizowanych w ramach zawartych umów.

Nie jest zatem możliwa zmiana (rozszerzenie) warunku na tym etapie.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 25.08.2020 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom 25.08.2020 r. (art. 185 ust. 1 *in initio* Pzp).

27.08.2020 r. wykonawca D złożył Prezesowi KIO pismo o zgłoszeniu przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania po stronie zamawiającego odwołującego. Przystępujący przekazał kopie przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu (art. 185 ust. 2 Pzp).

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy 15.09.2020 r. (art. 186 ust. 1 Pzp). Argumentacja zamawiającego: Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy - Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

Izba stwierdza, że nie zachodzą przesłanki określone w art. 189 ust. 2 Pzp, których zaistnienie skutkowałoby odrzuceniem odwołania.

W ocenie Izby odwołujący wypełnił łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest odwołujący wykazał posiadanie interesu w uzyskaniu rozpoznawanego zamówienia oraz odwołujący wykazał wystąpienie możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba wzięła pod uwagę dowody złożone przez:

A) odwołującego:

1) dowód nr 1 kopie dokumentów z dokumentacji postępowania na ogólne

zobrazowanie problematyki odwołania:

a) protokół nr 4 z 4.08.2020 r. Komisji Przetargowej zamawiającego z propozycją zwrócenia się do Miejskiego Zarządu Dróg i Mostów w Bytomiu (MZDiM Bytom) o informację na jaką kwotę opiewały wymagane usługi w referencyjnej umowie z 29.05.2019 r.,

b) pismo z 4.08.2020 r. zamawiającego do przystępującego o złożenie wyjaśnień dot. umowy z 29.05.2019 r., zgodnie z art. 26 ust. 4 Pzp,

- c)pismo z 4.08.2020 r. zamawiającego do MZDiM Bytom o informacje dotyczące umowy z 29.05.2019 r.,
 - d)pismo z 11.08.2020 r. przystępującego do zamawiającego z wyjaśnieniami i wyliczeniami kwoty referencyjnej - 1.063.409,06 zł,
 - e)pismo z 6.08.2020 r. MZDiM Bytom do zamawiającego dotyczące kwoty 707 473 zł wskazanej przez MZDiM Bytom,
 - f)pismo z 26.08.2020 r. zamawiającego do MZDiM Bytom o uszczegółowienie informacji,
 - g)protokół nr 6 z 26.08.2020 r. Komisji Przetargowej zamawiającego z wnioskiem o zwrócenie się do MZDiM Bytom o uszczegółowienie informacji,
 - h)zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, pismo nieistotne;
- 2)dowód nr 2 SIWZ z 2018 r. tego samego zamawiającego na wykazanie jakie rodzaje usług przewidział obecny zamawiający w 2018 r. do wykazania doświadczenia wykonawców, dowód na sprecyzowanie rozumienia zakresu pojęcia aktualnej SIWZ;
 - 3)dowód nr 3 - pismo z 24.05.2019 r. MZDiM Bytom do przystępującego - zaproszenie do negocjacji wraz z umową oraz wykazem terenów i rodzajów robót na wykazanie, że w ramach umowy z 29.05.2019 r. były realizowane inne usługi, nieobjęte warunkiem w rozpoznawanym postępowaniu, a w tym parkingi wykazane jako strefa płatnego parkowania (SPP), gdzie wykazane są kosze komunalne w rubryce „zieleńce”, a także ze wskazaniem nazw i prawidłowych lokalizacji z rozdziałem na place, ulice, podwórka, dojazdy do garaży i inne elementy na wykazanie, że został poszerzony zakres usług wpisanych do referencji w stosunku do SIWZ;
 - 4)dowód nr 4 - faktury VAT, kosztorysy i książki obmiarów przedstawiające prace wykonane w ramach umowy z MZDiM Bytom z zakreśleniem tych elementów, które nie powinny być brane pod uwagę przy obliczaniu wartości usług dla obecnego zamawiającego;
 - 5)dowód nr 5 - pismo z 7.09.2020 r. MZDiM Bytom do odwołującego, z którego wynika, że MZDiM Bytom podał wartości zgodne z zawartą przez siebie umową, a nie dostosowywał tych wartości do SIWZ obecnego zamawiającego, co dowodzi wzięcia pod uwagę innych elementów i na wykazanie, że zamawiający ponadto niesłusznie posługuje się danymi z MZDiM Bytom, gdyż te dane odnoszą się do innego rodzaju usług niż zamawiający wymagał w SIWZ;
 - 6)dowód nr 6 - pismo z 26.08.2020 r. zamawiającego do MZDiM Bytom na wykazanie, że zamawiający prosi o podanie w zakresie poz. nr 1 pisma z 6.08.2020 r. tylko wartości dotyczących jezdni ulic;
 - 7)dowód nr 7 - wyliczenie wartości niezgodności powierzchni na wykazanie, że w zakresie poz. nr 1, w której ujęto również place i parkingi, należy pomniejszyć tę wartość o 40 418,77 zł i ściśle wykazanie, które pozycje powinny być objęte co wynika z dowodu nr 4;
 - 8)dowód nr 8 - wyliczenie wartości niezgodności powierzchni jezdni, ulic - w terenie Ścisłe Centrum. Podobnie jak we wcześniejszym wykazie odwołujący wyliczył powierzchnię, która została nadmiernie wliczona przez przystępującego, a więc odjęto stamtąd place i parkingi oraz Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie na pierwszej stronie wyliczono realną wartość jezdni, ulic czyli realną wartość, jaka została wykonana. a to oznacza, że poz. 2 wykazana przez MZDiM Bytom w piśmie z 6.08.2020 r. musi być pomniejszona o 52 803,87 zł;
 - 9)dowód nr 9 - wyliczenie wartości niezgodności powierzchni chodników na podobnej zasadzie jak wcześniej, biorąc m.in. pod uwagę SPP, ponieważ na chodnikach (w ich obrębie) znajdują się strefy płatnego parkowania i nie powinny one wchodzić w obliczenie powierzchni chodników, w czego konsekwencji poz. nr 4 musi być pomniejszona kwotą 98 365,25 zł;
 - 10)dowód nr 10 - wykaz niezgodności w zakresie koszy na wykazanie, że wartość nr 6 należy pomniejszyć o 24 111,97 zł;
 - 11)dowód nr 11 - zbiorcza wartość niezgodności na kwotę 249 261,72 zł na wykazanie, że przyjętą przez zamawiającego wartość 707 473,60 zł należy pomniejszyć o tę kwotę 249 261,72 zł uzyskując wartość 458 211,88 zł czyli tyle powinien przystępujący wykazać na spełnienie warunku zamawiającego w ramach umowy, którą wskazał na spełnienie swojego warunku w tych 4 obszarach referencyjnych;

B) przystępującego:

- 12) dowód nr P1 - odpowiedź z 11.08.2020 r. przystępującego do zamawiającego, gdzie w ostatnim akapicie przystępujący wskazuje na kwotę, jaka powinna zostać zaliczona do wykazu usług na spełnienie warunku z SIWZ; na wykazanie braku zamiaru przystępującego wprowadzenia w błąd zamawiającego;
- 13) dowód nr P2 - wydruk z Google Maps na zaliczenie placów do ulic, gdyż, zdaniem przystępującego, są to tylko różne nazwy ulic (ulice, place, aleje skwery) oraz przystępujący podkreśla, że zdarza się plac, który jest tylko deptakiem, jednak wtedy jest on ciągiem pieszym.

W ocenie Izby zarzut drugi naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 Pzp - przez podanie przez wykonawcę D (przystępującego) nieprawdziwych informacji w zakresie wartości usług zrealizowanych w ramach usługi wskazanej jako usługa referencyjna, w tym w szczególności przez świadome wprowadzenie zamawiającego w błąd i zarzut trzeci naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp - przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy D (przystępującego), który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej, co narusza zasadę prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców, co w konsekwencji narusza art. 24 ust. 4 Pzp przez zaniechanie uznania oferty wykonawcy D (przystępującego) za ofertę odrzuconą - nie zasługują na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że odwołujący zarzucił zamawiającemu, że zamawiający nie wykluczył przystępującego z postępowania, chociaż przystępujący - zdaniem odwołującego - nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, co powinno skutkować wykluczeniem przystępującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, a ponadto odwołujący zarzucił zamawiającemu, że zamawiający nie wykluczył przystępującego z postępowania, chociaż przystępujący składając ofertę niewykazującą spełniania warunków udziału w postępowaniu wprowadził zamawiającego w błąd, co powinno skutkować wykluczeniem przystępującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 Pzp. Art. 24 ust. 1 pkt 12, 16 i 17 Pzp brzmią » Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się [...] (12) wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia; [...] (16) wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów; (17) wykonawcę, 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 [...]«.

Izba stwierdza, że zamawiający określił w pkt V.1.3 lit. a SIWZ warunku udziału w postępowaniu, cyt. »[...] aby wykonawca wykazał się należytym wykonaniem [...] jednej usługi odpowiadającej swoim rodzajem usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia (polegającej na letnim oczyszczaniu i utrzymaniu czystości miasta w zakresie: oczyszczania dróg, ulic, ciągów pieszych oraz oczyszczania koszy ulicznych w ciągu jednego sezonu letniego), o łącznej wartości nie mniejszej niż 600.000,00 zł brutto oraz doręczył dokument potwierdzających jej należyte wykonanie [...]«.

Izba stwierdza, że istotą wniesienia odwołania był brak wzięcia pod uwagę przez odwołującego faktu, że zamawiający nie żądał od wykonawców wykazaniem się wykonaniem takiej samej usługi jak usługa stanowiąca przedmiot zamówienia, ale zamawiający żądał od wykonawców wykazaniem się wykonania cyt. »usługi odpowiadającej swoim rodzajem usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia« [pkt V.1.3 lit. a SIWZ]. Izba podkreśla, że zamawiający użył w cytowanym postanowieniu SIWZ wyrazu »odpowiadająca«, a więc zamawiającemu chodziło o usługę podobną czy zawierającą wymagane elementy itp., a nie chodziło zamawiającemu o usługę identyczną czy taką samą. Dlatego Izba musi stwierdzić, że interpretowanie co ma zawierać wymagana usługa nie może zawężyć się tylko do wymienionych przypadków cyt. »dróg, ulic, ciągów pieszych oraz oczyszczania koszy ulicznych«. Ponadto w przypadku warunków udziału w postępowaniu niejasności należy interpretować nie dosłownie, ale biorąc pod uwagę rodzaj usługi, która jest zamawiana przez zamawiającego, co wynika z wyrażenia zawartego w SIWZ, cyt. »usługi odpowiadającej swoim rodzajem usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia« [pkt V.1.3 lit. a SIWZ].

Tak więc, zdaniem Izby, do pojęcia »oczyszczania dróg, ulic« można zaliczyć również oczyszczanie alej, placów, parkingów, stref płatnego parkowania, przystanków komunikacyjnych czy innych tego typu obiektów, a do »ciągów

pieszych» można zaliczyć schody, alejki czy przeznaczone dla pieszych przeprawy nad akwenami, co - ze względu na zawężającą, ścisłą interpretację pojęć - wykluczał odwołujący.

Podobnie, kosze uliczne nie muszą znajdować się w pasie drogi, tak aby pełnić funkcję miejsca do wyrzucania śmieci powstających w trakcie przechadzek czy nawet w trakcie przejazdów samochodami. Sama technologia opróżniania takich pojemników jest podobna i odwołujący nie wykazał, że do tych koszy ulicznych nie można zaliczyć koszy ulicznych znajdujących się np. w obrębie ciągów pieszych. Szczególnie, że zamawiający nie wskazał usytuowania tych koszy, a zamawiający w SIWZ położył nacisk na rodzaj koszy.

Również zamawiający nie doprecyzował pojęcia »okresu letniego«, a więc do tego okresu można bez wahania zaliczyć okres nie tylko lata astronomicznego czy kalendarzowego, ale także okres dłuższy zawierający nawet pełne miesiące takie jak kwiecień, maj, czerwiec, wrzesień lub październik, kiedy nie występują takie zjawiska atmosferyczne jak śnieżyce, gołoledzie, roztopy, podtopienia czy nasilone opady liści przy jednoczesnym długotrwałym występowaniu niższych temperatur. Dlatego okres od początku kwietnia do końca września na jaki przystępujący wykazał wykonanie usługi referencyjnej zdaniem Izby nie może budzić wątpliwości, że okres ten należy zaliczyć do sezonu letniego.

Także Izba stwierdza, że powoływanie się przez odwołującego na uprzednią SIWZ, do której nie nawiązywał nigdzie zamawiający w aktualnej SIWZ, nie może być argumentem na ukierunkowanie interpretowania pojęć zastosowanych w aktualnej SIWZ.

Izba musi jeszcze dodać, że brak wyliczenia kolumnowego zakresu wymagania spełnienia warunków, bez zastosowania przez zamawiającego techniki legislacyjnej w postaci wprowadzenia niższych jednostek redakcyjnych w pkt V.1.3 lit. a SIWZ (w rozpoznawanym przypadku bez wprowadzenia w literze tiret jako najniższych jednostek redakcyjnych) wskazuje na zamiar zamawiającego, aby nie stosować ścisłej prawniczej interpretacji tego warunku, a stosować bardziej liberalną wykładnię rozszerzającą do wyliczenia zastosowanego w określeniu warunku po dwukropku - jednym ciągiem - pojęć, cyt. »dróg, ulic, ciągów pieszych oraz [...] koszy ulicznych«.

Wreszcie Izba uznaje, że zapłacenie kar umownych w trakcie wykonywania umowy nie może rzutować na fakt właściwego wykonania całego zamówienia i powołując się tylko na sporadyczne nałożenie kar umownych na wykonawcę nie może stanowić dowodu, że przystępujący nie wykonał referencyjnego zamówienia.

Dlatego Izba, po analizie argumentacji i dowodów złożonych przez odwołującego, nie może ich uwzględnić, zwłaszcza w zakresie oddzielenia opłat za oczyszczanie placów, parkingów, przystanków itp. obiektów.

Ponadto odwołujący nie wykazał, że pewne nieścisłości czy różne interpretowanie pojęć zawarte w ofercie przystępującego były skierowane na wprowadzenie w błąd zamawiającego i powinno to spowodować zastosowanie przez zamawiającego sankcji w postaci wykluczenia przystępującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 Pzp.

Właściwość postępowania zamawiającego podczas badania spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez przystępującego potwierdza również fakt prowadzenia korespondencji z innym zamawiającym - MZDiM Bytom, który wskazał kwotę referencyjną 707 473,60 zł i którą to kwotę uwzględnił zamawiający na zaliczenie spełnienia warunku doświadczenia - potwierdzenie wykonania omawianych usług przez przystępującego na kwotę minimum 600 000 zł.

Finalnie Izba stwierdza, że zamawiający podstawnie uznał, że przystępujący spełniał warunki udziału w postępowaniu, dlatego zamawiający dopuszczając przystępującego do udziału w postępowaniu nie naruszył art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz zamawiający zasadnie nie uznał oferty przystępującego za odrzuconą i nie zastosował art. 24 ust. 4 Pzp. Art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp brzmi »O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy [...] spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania«, a art. 24 ust. 4 Pzp brzmi »Ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą«.

Z podanych przyczyn w ocenie Izby zarzut drugi naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 Pzp i zarzut trzeci naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp nie mogą zostać uwzględnione.

W ocenie Izby, zarzut czwarty postawiony ewentualnie, z ostrożności w przypadku braku uwzględnienia zarzutu drugiego podania nieprawdziwych informacji, co uniemożliwia wezwanie do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp - przez zaniechanie wezwania wykonawcy D do wykazania spełnienia warunków na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp - nie zasługuje na uwzględnienie.

W związku ze stwierdzeniem przez Izbę, że zamawiający właściwie dopuścił przystępującego do postępowania, w

postępowaniu nie występuje konieczność ani potrzeba wezwania przystępującego do wykazania spełniania warunków na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, który to przepis brzmi »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 udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania«. W związku z tym Izba nie może się przychylić do zarzutu czwartego art. 26 ust. 3 Pzp.

W ocenie Izby, zarzut pierwszy naruszenia art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp - przez brak przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców - nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że odwołujący w zasadzie niczym nie uzasadnił zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, które to przepisy brzmią »Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości« [art. 7 ust. 1 Pzp] i »Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy« [art. 7 ust. 3 Pzp]. Jedynie odwołujący pod koniec uzasadnienia odwołania wskazał, że cyt. »Uznanie, przez zamawiającego zakresu, który nie odnosi się do postawionego warunku, powoduje, że mamy do czynienia z naruszeniem zasad udzielania postępowania, o którym mowa w art. 7 Pzp [...]«. Jednak ze względu na stwierdzenie przez Izbę, że zamawiający w trakcie badania spełnienia warunków nie zmieniał zakresu postawionego warunku i ze względu na stwierdzenie przez Izbę, że zamawiający dokonał badania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w sposób prawidłowy także ten jedyny argument odwołującego upadł i Izba nie może przychylić się do zarzutu pierwszego naruszenia art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp.

Zamawiający - podczas prowadzenia postępowania - nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: