

WYROK

z dnia 27 sierpnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 sierpnia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 lipca 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: „Pensjonat Pies i Kot” „Hotel Pies i Kot” inż. J. W. oraz Hotel dla zwierząt „Pies i Kot” mgr inż. Ł. W., B.-G., ul. Potockiego 137, 96- 313 Jaktorów,

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Gmina Puszcza Mariańska, ul. Stanisława Papczyńskiego 1, 96-330 Puszcza Mariańska,

przy udziale wykonawcy Fundacja Międzynarodowy Ruch na rzecz Zwierząt - VIVA,

ul. Kawęczyńska 16/39, 03-772 Warszawa, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego, tj. wykonawców wspólnie

ubiegających się o zamówienie: „Pensjonat Pies i Kot” „Hotel Pies i Kot” inż. J. W. oraz Hotel dla zwierząt „Pies i Kot” mgr inż. Ł. W., B.-G., ul. Potockiego 137, 96- 313 Jaktorów, i:

2.1. zalicza 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: „Pensjonat Pies i Kot” „Hotel Pies i Kot” inż. J. W. oraz Hotel dla zwierząt „Pies i Kot” mgr inż. Ł. W., B.-G., ul. Potockiego 137, 96- 313 Jaktorów, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od odwołującego, tj. wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie:

„Pensjonat Pies i Kot” „Hotel Pies i Kot” inż. J. W. oraz Hotel dla zwierząt „Pies i Kot” mgr inż. Ł. W., B.-G., ul. Potockiego 137, 96- 313 Jaktorów, na rzecz zamawiającego Gmina Puszcza Mariańska, ul. Stanisława Papczyńskiego 1, 96-330 Puszcza Mariańska, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), tytułem zwrotu kosztów poniesionych z tytułu wynagrodzenia

pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 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 Płocku.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 1635/20

UZASADNIENIE

Zamawiający - Gmina Puszcza Mariańska, ul. Stanisława Papczyńskiego 1, 96-330 Puszcza Mariańska, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Odlawianie, transport oraz utrzymanie w schronisku bezdomnych zwierząt z terenu Gminy Puszcza Mariańska”, nr referencyjny: Z.271.6.2020. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 17.06.2020 r., nr 551371-N-2020.

Pismem z dnia 10.07.2020 r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Fundacji Międzynarodowy Ruch na rzecz Zwierząt - VIVA.

W dniu 15 lipca 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie, w którym wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: „Pensjonat Pies i Kot” „Hotel Pies i Kot” inż. J. W. oraz Hotel dla zwierząt „Pies i Kot” mgr inż. Ł. W., B.-G., ul. Potockiego 137, 96- 313 Jaktorów (dalej: „odwołujący”) zarzucili zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 i ust. 1b pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp”, w związku z § 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. z 2020 r. poz. 1282 ze zm.) polegające na zaniechaniu wykluczenia Fundacji z postępowania z powodu niespełnienia warunku doświadczenia,
- 2) art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, polegające na zaniechaniu wykluczenia Fundacji z postępowania z powodu podania w załączniku nr 6 informacji wprowadzających zamawiającego w błąd w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia w odniesieniu do wszystkich zamówień wskazanych w wykazie usług, a także oświadczeń i referencji wskazanych w pkt 1 powyżej, i w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp,
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wybranego wykonawcy ze względu na sporządzenie jej w sposób niezgodny z treścią siwz poprzez wadliwe wypełnienie załącznika nr 3 do siwz, w którym nie podano właściwej jednostki redakcyjnej siwz, w której określono warunki udziału w postępowaniu oraz nieponumerowanie stron oferty przez wykonawcę, co stanowi naruszenie pkt 11.5 siwz,
- 4) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu, a zatem w sposób niezgodny z ustawą Pzp oraz z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu.

W szczególności odwołujący podniósł, że:

„Przetarg dotyczył odlawiania, transportu oraz utrzymania w schronisku bezdomnych zwierząt, przy czym w pkt. 3.1 SIWZ Zamawiający określił, że przetarg dotyczy psów. Tymczasem za najkorzystniejszą wybrana została oferta Fundacji wykazującej

doświadczenie głównie w zakresie opieki nad kotami, ich kastracji i sterylizacji. (...)

Zgodnie z pkt 5.2 lit. e) SIWZ, Zamawiający na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia wymagał od wykonawców, by w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali co najmniej 2 usługi obejmujące o odławianie, transport oraz utrzymanie w schronisku dla bezdomnych zwierząt (minimalna wartość zamówień wskazanych w celu spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia (po zmianie SIWZ) winna wynosić 50.000 zł brutto każda). (...)

Zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa:

Ad. 1 - odławianie (wyłapywanie bezdomnych zwierząt) to działalność w zakresie ochrony przed bezdomnymi zwierzętami na terenie danej gminy, wymagająca zezwolenia wójta, burmistrza lub prezydenta miasta właściwego ze względu na miejsce świadczenia usługi (art. 7 ust. 1 pkt 3 i ust. 6 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach Dz. U. z 2019 r., poz. 2010). Aby uzyskać zezwolenie na odławianie, podmiot musi posiadać środek transportu (tj. samochód) do przewozu zwierząt (art. 8 ust. 1 pkt 3 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach). Środek transportu natomiast musi spełniać wymagania weterynaryjne posiadać zezwolenie Powiatowego Lekarza Weterynarii (art. 5 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o ochronie zdrowia zwierząt oraz zwalczaniu chorób zakaźnych zwierząt Dz. U. z 2018 r., poz. 1967). Jeśli przedsiębiorca występuje o zezwolenie na transport zwierząt po raz pierwszy - jest mu nadawany weterynaryjny numer identyfikacyjny, stąd informacja w decyzji o nadaniu numeru świadczy o tym, że jest to pierwsze zezwolenie na transport zwierząt dla danego podmiotu; z dokumentów Fundacji wynika, iż pierwsza rejestracja Fundacji jako przewoźnika nastąpiła w dniu 6 czerwca 2019 r., co oznacza, iż dopiero od tej daty Fundacja prowadzi legalny transport zwierząt (psów i kotów) i dopiero po tym dniu mogła wystąpić o wydanie zezwolenia na odławianie zwierząt na terenie jakiegokolwiek gminy na terytorium Polski (Decyzja Powiatowego Lekarza Weterynarii w Żyrardowie (...)). (...)

Ad. 3 - utrzymanie psów w schronisku to również działalność w zakresie ochrony przed bezdomnymi zwierzętami na terenie danej gminy, wymagająca zezwolenia wójta, burmistrza lub prezydenta miasta właściwego ze względu na miejsce świadczenia usługi - miejsce prowadzenia schroniska (art. 7 ust. 1 pkt 3 i ust. 6 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach Dz. U. z 2019 r., poz. 2010). Przedsiębiorcy rozpoczynającemu działalność w zakresie prowadzenia schronisk dla zwierząt również nadawany jest weterynaryjny numer identyfikacyjny. Wykonanie usługi będącej przedmiotem zamówienia publicznego Gminy Puszcza Mariańska wymaga więc posiadania wszystkich ww. dokumentów w postaci decyzji administracyjnych, a także w tym samym zakresie - posiadanie wymaganego w warunkach SIWZ doświadczenia.

Odwolujący w pierwszej kolejności podnoszą, że Fundacja w złożonej przez siebie ofercie, w złożonym wykazie usług na potwierdzenie spełniania warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia, określonych w pkt 5.2 lit. e) SIWZ:

Po pierwsze - wykazała tylko dwie usługi, przy czym tylko częściowo zbieżne z zakresem mieszczącym się w pojęciach: odławianie, transport oraz utrzymanie w schronisku dla bezdomnych zwierząt - poz. 6 (Gmina Grodzisk Mazowiecki - brak odławiania i transportu) i poz. 7 (Miasto Kobylka - brak odławiania i transportu); na marginesie wskazać należy, że tylko usługa na rzecz Grodziska Mazowieckiego spełnia warunek kwotowy (pow. 50.000 zł brutto), a dodatkowo oświadczenie Komendanta Straży Miejskiej w Grodzisku Mazowieckim Warszawy z dnia 8.07.2020 r. nie jest dokumentem wystawionym przez podmiot, na rzecz którego usługa jest wykonywana, gdyż ze strony BIP Gminy Grodzisk Mazowiecki wynika, że zamówienie na „Przyjmowanie bezdomnych zwierząt z terenu gminy Grodzisk Mazowiecki wraz z opieką” (ZP.271.29.2020) realizowane jest na rzecz Gminy Grodzisk Mazowiecki (wydruk zawiadomienia o wyborze oferty ze strony),

Po drugie - „usługi” poz. 1-5 to informacje o przekazanych przez gminy dotacjach na realizację zadań publicznych dla organizacji pozarządowej, jaką jest Fundacja, w trybie art. 5 ust. 2 i 4 ustawy z dnia 24.04.2003 r. o działalności pożytku publicznego i wolontariacie - na programy współpracy z organizacjami pozarządowymi w ramach opieki nad zwierzętami (w tym głównie kotami), a nie realizacja usługi obejmującej odławianie, transport oraz utrzymanie w schronisku dla bezdomnych zwierząt (potwierdzają to zarówno złożone u zamawiającego oświadczenia i referencje tych gmin, jak i informacje dodatkowe do sprawozdań Fundacji, opublikowane na jej stronie internetowej w zakładce „Statut i Sprawozdania” za 2017 i 2018 r. - wydruki ze strony w załączeniu);

Po trzecie - „usługa” z poz. 8 budzi poważne zastrzeżenia w świetle wskazanych wyżej podstaw prawnych prowadzenia działalności, o czym Zamawiający posiada wiedzę,

gdyż wójt gminy wydaje ww. zezwolenia, a ponadto wartość zamówienia 15 mln zł brutto w okresie 3,5 letnim na rzecz Skarbu Państwa powinna wzbudzić uzasadnione wątpliwości Zamawiającego i spowodować wezwanie do złożenia wyjaśnień oraz przedstawienia dodatkowych dokumentów. Jakaż to instytucja pn. „Skarb Państwa” realizuje zadanie w zakresie opieki nad zwierzętami, skoro z art. 11 ust. 1 ustawy o ochronie zwierząt wynika, że jest to zadanie własne gminy. (...)

Niezależnie od powyższego zarzutu, mając na uwadze fakt, że złożony w postępowaniu wykaz usług (załącznik Nr 6) co najmniej w stosunku do „usług” wskazanych w poz. 1-5, a przede wszystkim poz. 8, jak również przedstawione oświadczenia i referencje:

- Biura Ochrony Środowiska Urzędu m.st. Warszawy (...),
- Biura Ochrony Środowiska Urzędu m.st. Warszawy (...),
- Urząd Miasta Gdyni (...),
- Burmistrza Miasta Mińsk Mazowiecki (...),
- Komendanta Straży Miejskiej w Grodzisku Mazowieckim (...),

budzą zasadnicze wątpliwości co do ich zgodności z warunkami przetargu, Odwołujący zmuszeni są również podnieść zarzut zaniechania wykluczenia tego wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp. (...)

Zgodnie z pkt 7.1 lit. a) SIWZ, Zamawiający wymagał od wykonawców, aby wraz z ofertą złożyli mu oświadczenie Wykonawcy o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu sporządzone według wzoru stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ. Wypełnienie załącznika Nr 3 do SIWZ wymagało natomiast podania właściwej jednostki redakcyjnej SIWZ, w której określono warunki udziału w postępowaniu, czego oświadczenie Fundacji nie zawiera. Dodatkowo, zgodnie z pkt 11.5 SIWZ, Zamawiający wymagał, aby oferta była ponumerowana, czego również Fundacja nie uczyniła.

(...) Jeśli zatem przyjąć, że mamy do czynienia z profesjonalnym wykonawcą ubiegającym się o udzielenie zamówienia publicznego, nie powinno ulegać wątpliwości, że oferta winna być ponumerowana, a treść wszystkich załączników poprawnie wypełniona, gdyż takie były wymagania SIWZ. Powyższe wady nie mogą być potraktowane jako nieistotna niezgodność z treścią SIWZ i nie podlega sanowaniu w trybie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. (...)

W związku z tym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez Fundację Międzynarodowy Ruch na Rzecz Zwierząt - VIVA,
- 2) powtórzenia badania i oceny ofert, w tym odrzucenia oferty Fundacji Międzynarodowy Ruch na Rzecz Zwierząt - VIVA na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako niezgodnej z treścią siwz lub złożonej przez wykonawcę, którego oferta podlega odrzuceniu (art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp),
- 3) wykluczenia Fundacji Międzynarodowy Ruch na Rzecz Zwierząt - VIVA z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 i ust. 1b pkt 1 ustawy Pzp w związku z § 2 ust. 4 pkt 2 ww. rozporządzenia oraz na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 20.07.2020 r. Fundacja Międzynarodowy Ruch na rzecz Zwierząt -

VIVA, ul. Kawęczyńska 16/39, 03-772 Warszawa (dalej: „przystępujący”), zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

Pismem z dnia 21 sierpnia 2020 r. odwołujący przedstawił dodatkowe stanowisko w sprawie. Pismem z dnia 22 sierpnia 2020 r. przystępujący również przedstawił swoje stanowisko w sprawie, wnosząc o oddalenie odwołania. Pismem z dnia 24 sierpnia 2020 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której także wniósł o jego oddalenie.

W trakcie rozprawy strony podtrzymały swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia są usługi polegające na odławianiu, transporcie oraz utrzymaniu w schronisku bezdomnych psów z terenu Gminy Puszcza Mariańska.

W rozdziale 5 siwz w pkt 5.2.e) zamawiający wymagał, aby wykonawcy wykazali doświadczenie w zakresie co najmniej 2 usług obejmujących odławianie, transport oraz utrzymanie w schronisku bezdomnych zwierząt, z okresu ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - z tego okresu, przy czym wartość każdej usługi miała wynosić (po zmianie siwz) min. 50.000,00 zł.

W rozdziale 7 siwz w pkt 7.1.b) zamawiający wymagał złożenia przez wykonawców oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, sporządzonego wg wzoru stanowiącego załącznik nr 3 do siwz. Wzór załącznika wyglądał następująco:

„Oświadczam, że spełniam warunki udziału w postępowaniu określone przez zamawiającego
W.....

(wskazać dokument i właściwą jednostkę redakcyjną dokumentu, w której określono warunki udziału w postępowaniu).”

W rozdziale 11 siwz w pkt 11.5. zamawiający wskazał: „W celu usprawnienia pracy komisji przetargowej Wykonawcy proszeni są o ponumerowanie kolejno stron oferty”.

Pismem z dnia 02.07.2020 r. zamawiający wezwał przystępującego do złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia i spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

W odpowiedzi przystępujący złożył m.in. wykaz następujących usług:

- usługa dla m.st. Warszawy z 2018 r. z referencjami,
- usługa dla m.st. Warszawy z 2017 r. z referencjami,
- usługa dla Gdyni z 2017 r. z referencjami,
- usługa dla Mińska Mazowieckiego z 2017 r. bez referencji z tego okresu,
- usługa dla Mińska Mazowieckiego z 2018 r. bez referencji z tego okresu,
- usługa dla Grodziska Mazowieckiego z 2020 r. z referencjami,
- usługa dla Kobyłki z 2020 r. z referencjami,
- usługa dla „Skarbu Państwa” z lat 2017-2020 bez referencji.

Pismem z dnia 10.07.2020 r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Fundacji Międzynarodowy Ruch na rzecz Zwierząt - VIVA.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i przystępującego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek

ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Ponadto Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane zaniechanie zamawiającego.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 i 16 ustawy Pzp, 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.

Odnosząc się do argumentacji odwołującego w pierwszej kolejności należy podnieść, że nie jest zasadny argument, zgodnie z którym przystępujący nie spełnił warunku doświadczenia wykazując usługi dotyczące kotów, skoro - jak podkreśla odwołujący - przetarg dotyczy psów. Należy zauważyć, że warunek udziału w postępowaniu, którego dotyczy odwołanie wyraźnie zawiera w swej treści odniesienie do „zwierząt”, co oznacza, że wykonawcy mogli wykazać doświadczenie w zakresie odławiania, transportu i utrzymania w schronisku jakichkolwiek zwierząt, niekoniecznie psów.

W tym miejscu należy wyjaśnić, że nie jest obojętne, w jakim postanowieniu siwz zamawiający stawia jaki wymóg. Przykładowo czym innym są warunki udziału w postępowaniu mające na celu zbadanie zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia, a czym innym są wymogi przedmiotowe dotyczące terminu, zakresu czy sposobu realizacji zamówienia będącego przedmiotem postępowania. Od tego, jaki jest charakter danego wymogu zależy m.in. rodzaj dokumentów, których może żądać zamawiający na potwierdzenie jego spełnienia, a także możliwość i zakres ewentualnych wyjaśnień lub uzupełnień tych dokumentów. Powyższe powoduje, że nie można mieszać ze sobą wymogów o różnym charakterze i w tym zakresie rozszerzać lub zawężać jedno wymagania powołując się na inne. Ponadto zamawiający nie ma obowiązku w warunkach udziału w postępowaniu stawiać wymogów identycznych z przedmiotem udzielanego zamówienia. Zgodnie z art. 22 ust. 1a ustawy Pzp: Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Warunki udziału w postępowaniu mają być więc proporcjonalne do przedmiotu zamówienia, a nie muszą być identyczne z przedmiotem zamówienia.

W związku z powyższym w niniejszym postępowaniu zamawiający był uprawniony do żądania od wykonawców doświadczenia w zakresie „zwierząt”, mimo że przedmiot zamówienia w niniejszym postępowaniu dotyczy tylko psów. W konsekwencji nie ma znaczenia, że przystępujący w załączniku nr 1, czyli w formularzu oferty pisze o psach, gdyż jak wskazano już wyżej: czym innym są warunki udziału w postępowaniu, czym innym wymagania przedmiotowe. Przystępujący zaoferował wykonanie usługi w zakresie psów, gdyż to jest przedmiotem zamówienia, ale mógł jednocześnie wykazać doświadczenie w zakresie kotów lub innych zwierząt, gdyż taki wymóg (dotyczący „zwierząt”) znajduje się w opisie warunku. Dla oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu znaczenie ma bowiem wyłącznie treść tego warunku, a nie innych postanowień i załączników do siwz.

Podsumowując tę kwestię: w treści warunku zamawiający wymagał doświadczenia w usługach dotyczących zwierząt, zatem przystępujący mógł wykazać doświadczenie w zakresie jakichkolwiek zwierząt, co oznacza, że nie ma podstaw do kwestionowania jego doświadczenia z powodu wykazywania przez niego usług dotyczących kotów.

Odnosząc się do dalszej argumentacji odwołującego, przede wszystkim należy wyjaśnić kwestię warunków udziału w postępowaniu i dokonywania oceny ich spełnienia w oparciu o żądane dokumenty. Zgodnie z art. 22 ust. 1b ustawy Pzp, warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć:

- 1) kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów,

- 2) sytuacji ekonomicznej lub finansowej,
- 3) zdolności technicznej lub zawodowej.

W niniejszym postępowaniu zamawiający opisał warunki ze wszystkich ww. trzech kategorii:

Ad.1) w zakresie posiadania kompetencji lub uprawnień do prowadzenia działalności zamawiający wymagał (poniżej opis zgodny z siwz):

- a) zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie prowadzenia schroniska dla bezdomnych zwierząt (zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 13 września 1996r., o utrzymaniu czystości i porządku w gminach - tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 2010 z późn. zm.) ważnego w okresie realizacji zamówienia,
- b) zezwolenia Wójta Gminy Puszcza Mariańska na świadczenie usług w zakresie ochrony przed bezdomnymi zwierzętami na terenie Gminy Puszcza Mariańska,
- c) wpisu schroniska do rejestru podmiotów prowadzących działalność nadzorowaną, prowadzonego przez Powiatowego Lekarza Weterynarii na podstawie ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o ochronie zdrowia zwierząt oraz zwalczaniu chorób zakaźnych zwierząt (Dz. U. z 2018 r., poz. 1967 z późn. zm.),

Ad. 2) w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej zamawiający wymagał (zgodnie z siwz) opłaconej na kwotę co najmniej 20.000,00 zł polisy OC, a w przypadku jej braku, innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia w całym okresie świadczenia usług na kwotę co najmniej 20.000,00 zł,

Ad. 3) w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający wymagał, aby wykonawca:

- a) posiadał wiedzę i doświadczenie w należyтым wykonaniu zamówienia. Zamawiający uzna ten warunek za spełniony, w przypadku gdy wykonawca wykaże, że wykonał w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej 2 usługi obejmujące odławianie, transport oraz utrzymanie w schronisku bezdomnych zwierząt; minimalna wartość zamówień wskazanych w celu spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia winna wynosić 150.000,00 zł brutto każda (po zmianie siwz: 50.000,00 zł),
- b) dysponował minimum 1 sprawnym technicznie pojazdem przeznaczonym do przewozu odłowionych psów odpowiadającym warunkom określonym w ustawie z dnia 21 sierpnia 1997 r. o ochronie zwierząt (Dz. U. z 2020 r. poz. 638) oraz aktach wykonawczych

wydanych na ich podstawie w całym okresie świadczenia usługi.

Zgodnie z kolei z rozporządzeniem w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. z 2020 r. poz. 1282 ze zm.), w zależności od rodzaju warunku, zamawiający może żądać różnych dokumentów na potwierdzenie ich spełniania i w oparciu o te dokumenty dokonuje oceny spełniania warunku. Dla zachowania czytelności wywodu Izba w tym miejscu wskaże jedynie te dokumenty wymienione w ww. rozporządzeniu, które mają znaczenie dla sprawy w świetle podnoszonej przez odwołującego argumentacji.

W myśl § 2 ust. 1 ww. rozporządzenia, w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału dotyczących kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej zamawiający może żądać w szczególności: koncesji, zezwolenia, licencji lub dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest wpisany do jednego z rejestrów zawodowych lub handlowych, prowadzonych w państwie członkowskim Unii Europejskiej, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania.

W myśl § 2 ust. 4 pkt 2 ww. rozporządzenia, w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może żądać: wykazu dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli

z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy.

Z powyższych przepisów ustawy Pzp i ww. rozporządzenia wynika, że różne dokumenty służą potwierdzeniu spełniania różnych warunków. W niniejszym postępowaniu zamawiający postawił warunki w zakresie posiadania uprawnień do wykonywania danej działalności i na potwierdzenie tych warunków wykonawca miał złożyć ww. zezwolenia oraz wpis schroniska do rejestru. Z uwagi na cel przedstawiania tych dokumentów, czyli potwierdzenie, że wykonawca ma uprawnienia do realizacji usługi, musiały one być ważne w okresie, kiedy zamówienie będzie realizowane, co w przypadku zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie prowadzenia schroniska, zamawiający nawet wprost wskazał w siwz.

Dokumenty te zatem (zezwolenia i wpis) służyły potwierdzeniu posiadania uprawnień do realizacji usługi na okres, kiedy będzie ona realizowana. Niezależnie od powyższego zamawiający postawił warunek w zakresie zdolności zawodowej (w tym wypadku - konkretnie doświadczenia) i na jego potwierdzenie wykonawca miał złożyć wykaz usług wraz z dowodami należytego ich wykonania (np. referencjami). Usługi miały być co do zasady wykonane w okresie 3 lat przed terminem składania ofert, zatem zarówno wykaz, jak i dowody należytego wykonania mogły wskazywać na usługi wykonane w okresie 29.06.2017 - 28.06.2020.

Z powyższego wynika, że inny był cel złożenia i okres, z którego mogły pochodzić zezwolenia i wpis schroniska do rejestru, a inny był cel złożenia i okres, z którego mogły pochodzić wykaz usług i dowody należytego ich wykonania. Dokumenty te służyły potwierdzeniu spełniania dwóch różnych warunków i ze względu na charakter każdego z tych warunków dotyczyły innych okresów działalności przystępującego.

Odnosząc się w tym miejscu do kwestii wykazania spełnienia warunku zdolności zawodowej w zakresie doświadczenia, należy zauważyć, że w złożonym wykazie usług przystępujący wymienił m.in. dwie usługi wykonywane w 2017 r. i 2018 r. na rzecz m.st. Warszawy. Z wystawionych referencji wynika, że usługi obejmowały m.in. odławianie, transport i utrzymanie zwierząt w domach tymczasowych lub w schronisku, a więc wszystkie elementy wymienione w treści warunku. Wartość usług każdorazowo przekraczała także kwotę wymaganą w warunku. Tym samym przystępujący wykazał, że spełnia ww. warunek. Nie ma przy tym podstaw, by stwierdzić - zgodnie z argumentacją odwołującego - że ww. referencje „są nieważne”, gdyż m.st. Warszawa nie wymagając od przystępującego określonych dokumentów zostało wprowadzone w błąd i w istocie nie mogło dokonać oceny jakości wykonania usługi. Po pierwsze, jeśli dokumenty nie były wymagane, to ich brak nie może być uznany za wprowadzenie w błąd, po drugie, jak wynika z § 2 ust. 4 pkt 2 ww. rozporządzenia, to podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi zostały wykonane ocenia jakość ich wykonania i w tym wypadku m.st. Warszawa w obu referencjach stwierdziło rzetelne i terminowe wykonanie usług. Zatem z dokumentów służących w myśl ww. rozporządzenia potwierdzeniu spełnienia warunku zdolności zawodowej jednoznacznie wynika, że przystępujący spełnił warunek. Nie ma przy tym znaczenia, czy spełnienie warunku potwierdzają także inne wykazane w wykazie usługi, gdyż w treści warunku zamawiający wymagał wykazania dwóch usług, a zatem ww. dwie usługi wykonywane na rzecz m.st. Warszawy są wystarczające do stwierdzenia spełnienia warunku przez przystępującego.

Odnosząc się z kolei do złożonych przez przystępującego decyzji zezwalających na prowadzenie schroniska i prowadzenie działalności w zakresie ochrony przed bezdomnymi zwierzętami, ponownie należy podkreślić, że zgodnie z postanowieniami siwz, zostały one złożone w celu potwierdzenia warunku dotyczącego posiadania uprawnień do realizacji usługi. W związku z powyższym musiały to być dokumenty jak najbardziej aktualne, aby na ich podstawie przystępujący w razie wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, mógł realizować usługę. Tym samym nie ma podstaw do stwierdzenia, że skoro dokumenty te zostały wydane m.in. w 2019 r. i 2020 r., to przystępujący nie mógł prawidłowo realizować usług dla m.st. Warszawy w latach 2017 i 2018. Argumentacja odwołującego w tym zakresie nie jest zasadna, gdyż jak już wskazano, ww. decyzje w ogóle nie służyły potwierdzeniu spełnienia warunku doświadczenia, a daty ich wydania z uwagi na cel ich złożenia (potwierdzenie posiadania uprawnień) miały potwierdzać, że w oparciu o nie przystępujący będzie mógł realizować usługę będącą przedmiotem niniejszego zamówienia, nie zaś że mógł realizować usługi wykonywane w latach ubiegłych. Stąd też nie można uznać, że daty wydania tych decyzji świadczą o nieprawidłowości wykonywania usług m.in. na rzecz m.st. Warszawy.

Jednocześnie należy zauważyć, że odwołujący nie wykazał, że przystępujący nie posiadał stosownych uprawnień do realizacji usług w latach 2017-2018. Odwołujący wyjaśnił na rozprawie, że powyższe wynika z wykazu prowadzonego przez Głównego Inspektora Weterynarii, ale nie przedstawił takiego wykazu. Należy natomiast zauważyć, że zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Oznacza to, że to na odwołującym spoczywa ciężar dowodu w zakresie podnoszonych przez niego zarzutów. Abstrahując zatem od tego, czy w świetle treści opisanego w niniejszym postępowaniu warunku doświadczenia, możliwa byłaby ocena jego spełniania w oparciu o ww. wykaz, przede wszystkim należy podkreślić, że odwołujący nie złożył ani tego wykazu ani innego dowodu potwierdzającego, że przystępujący nie posiadał stosownych uprawnień do realizacji usług w latach 2017-2018. W szczególności, jak wskazano już wyżej, dowodem w tym zakresie nie są decyzje złożone przez przystępującego w postępowaniu, gdyż służyły one potwierdzeniu innego warunku, i co za tym idzie - daty ich wydania nie musiały potwierdzać uprawnień do wykonywania usług w latach 2017-2018.

Na marginesie jedynie należy wyjaśnić, że zamawiający może, także na podstawie treści dokumentów innych niż wymagane, powziąć wątpliwości co do spełnienia przez danego wykonawcę określonych wymogów i w takiej sytuacji może być zobowiązany, w zależności od charakteru danego wymogu i dokumentu potwierdzającego jego spełnienie, podjąć określone działania mające na celu wyjaśnienie sytuacji, np. w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, art. 87 ust. 1 ustawy Pzp lub § 2 ust. 6 ww. rozporządzenia. Niemniej jednak niedopuszczalne jest automatyczne wykluczanie wykonawców lub odrzucanie ich ofert w przypadku pojawienia się takich wątpliwości. Ponadto w niniejszej sprawie, wobec jednoznaczności referencji od m.st. Warszawa i braku związku dat wystawienia ww. decyzji z wykazaniem doświadczenia, Izba nie znalazła podstaw do nakazywania zamawiającemu podejmowania działań wyjaśniających.

Reasumując, nie jest zasadna argumentacja odwołującego, zgodnie z którą daty wydania zezwoleń i wpisu schroniska do rejestru przedstawione przez przystępującego świadczą o nieprawidłowym wykonywaniu przez niego usług m.in. dla m.st. Warszawy. Zgodnie z przepisami ustawy Pzp i ww. rozporządzenia różne dokumenty służą potwierdzeniu spełniania różnych warunków udziału w postępowaniu i w związku z tym treść tych dokumentów nie może w sposób automatyczny podważać oceny spełniania warunku, którego dokument ten nie dotyczy. W przedmiotowej sprawie decyzje przedstawione przez przystępującego miały na celu potwierdzenie posiadania uprawnień do realizacji usługi będącej przedmiotem zamówienia. W związku z tym daty ich wydania i obowiązywania miały potwierdzać, że przystępujący w razie wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej będzie mógł realizować usługę, nie było zaś ich celem potwierdzenie, że w oparciu o nie przystępujący mógł realizować usługi w latach 2017-2018. Dlatego też daty wydania tych decyzji nie świadczą o niespełnieniu warunku przez przystępującego, natomiast wykaz usług i referencje od m.st. Warszawy jednoznacznie potwierdzają, że warunek ten został spełniony.

Niezależnie od powyższego należy zauważyć, że decyzja Inspekcji Weterynaryjnej z Żyrardowa w zakresie prowadzenia schroniska została wydana przystępującemu w 2016 r. wraz z numerem weterynaryjnym, zatem przed realizacją usług m.in. dla m.st. Warszawy. Ponadto przystępujący nie musiał wykonywać transportu zwierząt samodzielnie, gdyż mógł korzystać w tym zakresie z usług innego uprawnionego podmiotu w sytuacji, gdyby sam takich uprawnień nie posiadał, czego jednak odwołujący, jak wskazano wyżej, nie wykazał.

Wobec powyższego Izba uznała zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp za niezasadny. W konsekwencji Izba uznała także zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, gdyż nie zostały spełnione przesłanki wprowadzenia zamawiającego w błąd przez przystępującego w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa.

Dodatkowo należy także odnieść się do podniesionego przez odwołującego w piśmie z dnia 21.08.2020 r. i na rozprawie argumentu, zgodnie z którym brak w KRS przystępującego odpowiedniego PKD przesądza o niemożności uzyskania przez niego określonych zezwoleń. Należy w związku z tym podnieść, że zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, natomiast art. 180 ust. 3 ustawy Pzp stanowi, że odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie zamawiającego, którym zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Z przepisów tych wynika zatem, że samo wskazanie czynności zamawiającego oraz naruszonych przez niego przepisów ustawy nie tworzy zarzutu. Zarzut jest substratem okoliczności faktycznych i prawnych, które powinny być wskazane w odwołaniu i to właśnie one określają granice rozpoznania odwołania. W przedmiotowej sprawie okoliczność braku w KRS przystępującego określonego PKD i niemożność uzyskania

przez niego danych zezwoleń, nie była zawarta w treści odwołania. W związku z tym nie może być ona brana pod uwagę w trakcie rozpoznania odwołania przez Izbę, gdyż byłoby to niezgodne z art. 192 ust. 7 w zw. z art. 180 ust. 3 ustawy Pzp. Ponadto w razie uwzględnienia okoliczności niepodniesionych w odwołaniu doszłoby do zachwiania zasady równości stron cechującej kontradyktoryjne postępowanie odwoławcze, gdyż zamawiający o tym, jakie konkretnie zarzuty kierowane są pod jego adresem, dowiadywałby się dopiero na rozprawie, co uniemożliwiłoby mu przygotowanie argumentacji i zgromadzenie ewentualnych dowodów przemawiających na jego korzyść. Dlatego też Izba, rozpoznając odwołanie, pominęła podniesione przez odwołującego na rozprawie argumenty dotyczące PKD, gdyż nie były one zawarte w treści odwołania.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia oferty przystępującego ze względu na wadliwe wypełnienie załącznika nr 3 do siwz, w którym podano właściwej jednostki redakcyjnej siwz oraz ze względu na nieponumerowanie stron oferty, należy stwierdzić, co następuje.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Użycie przez ustawodawcę słowa „treść” przesądza o tym, że obowiązek odrzucenia oferty zachodzi wówczas, gdy oferta nie jest zgodna z siwz w zakresie merytorycznym, np. co do terminu, zakresu czy sposobu wykonania zamówienia. Niezgodność taka nie zachodzi natomiast w przypadku wymogów o charakterze jedynie formalnym. Przykładem takiego wymogu formalnego jest właśnie numerowanie stron: ani brak ponumerowania ani niewłaściwe ponumerowanie nie może stać się podstawą odrzucenia oferty w świetle ww. przepisu, gdyż wymóg ten nie wpływa w ogóle na treść oferty. Na marginesie jedynie należy zauważyć, że sam zamawiający napisał, że wymóg ten służy usprawnieniu pracy komisji przetargowej, co oznacza, że nie ma on żadnego znaczenia dla merytorycznej treści oferty. Podobnie rzecz się ma z kwestią wypełnienia załącznika nr 3. Pomijając już, po co zamawiający żądał wskazania właściwej jednostki redakcyjnej dokumentu, w której określono warunki udziału w postępowaniu, skoro przecież sam sporządził siwz i wobec tego powinien znać ww. jednostkę redakcyjną, przede wszystkim ponownie należy stwierdzić, że wymóg taki ma charakter jedynie formalny. Przystępujący w inny sposób, niż przez wskazanie jednostki redakcyjnej, określił miejsce określenia warunków udziału w postępowaniu, tj. wskazał na siwz i nazwę postępowania. Taki sposób wypełnienia załącznika nr 3 jest wystarczający do stwierdzenia prawidłowości złożenia oświadczenia w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu i powyższego nie zmienia fakt formalnego braku wskazania jednostki redakcyjnej. Tym samym z powodu ww. okoliczności nie zachodzi podstawa do odrzucenia oferty przystępującego w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp należy zauważyć, że przepis ten ma zastosowanie do sytuacji, jakie mogą mieć miejsce w postępowaniach kilkietapowych, np. w przetargu ograniczonym. Chodzi o takie sytuacje, gdy zamawiający nie zaprasza wykonawcy do składania ofert z powodu wcześniejszego wykluczenia (art. 24 ust. 1 i 5 ustawy Pzp) lub niespełnienia kryteriów selekcji (art. 51 ust. 2 ustawy Pzp w przypadku przetargu ograniczonego), a mimo to wykonawca składa ofertę. Niniejsze postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego (w trybie jednoetapowym), zatem ww. przepis nie ma w nim zastosowania.

Reasumując, Izba stwierdziła, że nie potwierdziły się zarzuty dotyczące naruszenia przez zamawiającego przepisów podniesionych w odwołaniu. Wobec powyższego Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust. 7, art. 191 ust. 2 i art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 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 (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący

KIO 1635/20

16