

Sygn. akt: KIO 2728/21

WYROK

z dnia 15 października 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmína Pawlik

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 października 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 września 2021 r. przez wykonawcę S. Sz. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Sz. S. Usługi Transportowe - Przewóz Osób w Markłowicach w postępowaniu prowadzonym przez Zespół Placówek Szkolno - Wychowawczo - Rewalidacyjnych w Wodzisławiu Śląskim

przy udziale wykonawcy Dartour Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Raciborzu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego S. Sz. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Sz. S. Usługi Transportowe - Przewóz Osób w Markłowicach i zalicza 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.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 2728/21

Uzasadnienie

Zamawiający Zespół Placówek Szkolno-Wychowawczo-Rewalidacyjnych w Wodzisławiu Śląskim (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługę przewozu osób niepełnosprawnych do Zespołu Placówek Szkolno-Wychowawczo-Rewalidacyjnych w Wodzisławiu Śląskim w ramach prowadzonego pilotażowego projektu „Rehabilitacja 25plus” (nr ref.ZPSWR.26.3.2021). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 11 sierpnia 2021 r. pod numerem 2021/BZP00145570/01. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza progów unijnych, o których mowa w art. 3 ustawy

Pzp.

W dniu 13 września 2021 r. wykonawca S. Sz. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Sz. S. Usługi Transportowe - Przewóz Osób w Markłowicach (dalej jako „Odwołujący”) wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty wykonawcy Dartour sp. z o.o. z siedzibą w Raciborzu (dalej jako „Dartour” lub „Przystępujący”) jako najkorzystniejszej w ww. postępowaniu. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt. 2c) w zw. z 266 w zw. z art. 114 i 116 i art. 273 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy i odrzucenia oferty wykonawcy Dartour, oraz dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, mimo iż Dartour nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowego środka dowodowego oraz wyjaśnień, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, co w konsekwencji powinno prowadzić do wyboru oferty Odwołującego. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, nakazanie Zamawiającemu wykluczenia Dartour z postępowania i odrzucenia jego oferty oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

W ocenie Odwołującego rozstrzygnięcie Zamawiającego było nieprawidłowe. W opinii Odwołującego Zamawiającemu zależy na tym, aby zamówienie wygrała oferta firmy Dartour, stąd, wszystkie jego czynności zmierzają do wyboru tej oferty. Odwołujący przedstawił chronologicznie działania Zamawiającego po otwarciu ofert. Wskazał, iż przedmiot zamówienia obejmuje zgodnie z SWZ świadczenie usług specjalistycznego przewozu osób z niepełnosprawnością do Zespołu Szkół. Usługa świadczona będzie w trybie przewozów stałych zgodnie ze szczegółowymi warunkami określonymi w SWZ. Jest to wysokospecjalistyczna usługa świadczona na rzecz bardzo szczególnych użytkowników, stąd zarówno sposób jak i standard świadczenia usług ma charakter priorytetowy. Powyższe wpływa w sposób bezpośredni zarówno na konieczność dysponowania przez wykonawców właściwym personelem ale również adekwatną do ilości przewozów ilością, w większości specjalistycznego, taboru samochodowego. Odwołujący w ubiegłym roku szkolnym 2020/2021 realizował usługi o praktycznie tożsamym zakresie rzeczowym w sąsiedniej gminie i jest świadom specyfiki usługi. Dalej Odwołujący zauważył, że Zamawiający wezwał wykonawcę Dartour pismem z dnia 23.08.2021 roku na podstawie art. 274 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia zgodnie z wymogami SWZ oświadczenia wykonawcy o braku przynależności bądź przynależności do grupy kapitałowej, zezwolenia i licencji na wykonywanie transportu oraz wykazu usług wraz z załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane i są należycie wykonywane. Wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych zostało udostępnione wykonawcy Dartour 24.08.2021 r. z wyznaczeniem terminu do złożenia dokumentacji do 31.08.2021 r. godz. 10.00. W odpowiedzi dnia 24.08.2021 r. i 28.08.2021 r. Dartour złożyło: oświadczenie wykonawcy ws. grupy kapitałowej obarczone brakami w zakresie zaznaczenia właściwej opcji (jedynie wykreślenie), licencję na wykonywanie transportu ważną do 06.07.2033 r., zezwolenie na wykonywanie zawodu przewoźnika drogowego na czas nieoznaczony, komunikat Technomex z 27.12.2019 r. odnośnie wyboru oferty Dartour sp. z o.o. na części I zamówienia na transport pacjentów, oświadczenie własne Dartour sp. z o.o. w sprawie prawidłowości referencji Dartour A. Ł., oświadczenie własne Dartour ws. należytego wykonania usługi na rzecz Technomex, - referencje od FHU Dartour A. Ł. ws. wykonywania przez Dartour sp. z o.o. umowy pn. Dowód uczniów niepełnosprawnych (...) w okresie 2018-2020, kopie 1 i 3 strony umowy z 08.01.2020 r. zawartej z Technomex z czasem obowiązywania od 08.01.2020 r. do 30.09.2021 r., wykaz usług Dartour sp. z o.o. na rzecz FHU Dartour A. Ł. z datą wykonania od 01.09.2019 do 28.08.2020 r. z wartością usług 300 000,00 zł. Następnie dnia 28.08.2021 r. Dartour przesłał jeszcze wykaz usług na rzecz Gminy Krzyżanowice w okresie od 01.09.2019 r. do 30.06.2021 r. z wartością usług 264 809,00 zł.

Pismem z dnia 01.09.2021 roku Zamawiający odtajnił złożone przez Dartour sp. z o.o. kopie str. 1 i 3 umowy z Technomex. Pismem z dnia 01.09.2021 roku, przekazany wykonawcy Dartour dnia 01.09.2021 r., na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający wezwał Dartour sp. z o.o. do wyjaśnień dotyczących treści złożonych oświadczeń oraz do złożenia brakujących dokumentów. Zamawiający bardzo szczegółowo wyjaśnił jakie wątpliwości budzą złożone przez Dartour sp. z o.o. dokumenty i jakich dokumentów brakuje jeżeli chodzi o dotychczas złożone dokumenty. Dartour wyznaczono termin do udzielenia odpowiedzi do 06.09.2021 r. W odpowiedzi Dartour dnia 28.08.2021 r. złożył referencje wystawione przez Gminę Krzyżanowice dnia 27.08.2021 r. Referencje wskazują na wykonywanie przez Dartour sp. z o.o. „zadań” w roku szkolnym 2019/2020 i 2020/2021 oraz na „łącną” wartość „zadań” wg zawartych „umów” na kwotę 264 809,00 zł. Zaświadczenie nie wskazuje na należyte wykonanie usług, a jedynie na dobrą organizację transportu i posiadanie taboru. Przesłane oświadczenie sugeruje, iż wartość nie dotyczy jednego zamówienia, a kilku. Odwołujący zauważył, że kolejnym pismem z dnia 02.09.2021 roku Zamawiający wezwał ponownie Dartour do wyjaśnień przedłużając termin do

07.09.2021 r. Zamawiający wskazując iż jest to uzupełnienie wezwania, wezwał do uzupełnienia brakujących informacji w złożonym wykazie usług dot. Gminy Krzyżanowice w zakresie wskazania wartości co najmniej jednej z umów, które składają się na kwotę 264 809,00 zł. W odpowiedzi Dartour dnia 5.09.2021 r. złożył wyjaśnienie, iż referencje z 28.02.2020 r. nie dotyczyły realizacji usług przez konsorcjum, a stanowiły realizację usług na podstawie wewnętrznych umów pomiędzy FHU Dartour i Dartour Sp. z o.o. Dartour w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie nie złożył żadnych innych wyjaśnień ani dokumentów, a w konsekwencji jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza.

W ocenie Odwołującego Dartour nie spełnił wymagań Zamawiającego określonych w rozdziale XIII pkt. 3 ppkt 4 SWZ. Wskazał, że dowodami na wykonanie usług są referencje sporządzone przez podmiot na rzecz którego usługi te były wykonywane lub oświadczenia wykonawcy jeżeli brak jest możliwości uzyskania takich referencji. Dartour nie złożył referencji Technomex, nie uzupełnił referencji Gminy Krzyżanowice, nie złożył w tym zakresie wyjaśnień, nie uzupełnił wykazu usług dot. Gminy Krzyżanowice. Podkreślić należy, iż wyjaśnienie Dartour z 05.09.2021 r. nie spełnia wymogów Zamawiającego i wręcz wskazuje na wykonywanie pomiędzy Dartour sp. z o.o. a Dartour A. Ł. bliżej nieokreślonych usług transportowych. Tymczasem wymogiem Zamawiającego było nie świadczenie jakichkolwiek usług na rzecz jakiegokolwiek podmiotu na podstawie bliżej nieokreślonych umów, tylko konkretnego jednego zamówienia, którego przedmiotem jest usługa przewozu osób niepełnosprawnych o wartości większej niż 200 tys. zł brutto w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert. Wszak FHU Dartour nie było zamawiającym, a Dartour sp. z o.o. jak sam oświadczył nie uczestniczył w postępowaniach z FGU Dartour w formie konsorcjum. Wyjaśnienie Dartour sp. z o.o. nie świadczy o braku możliwości pozyskania referencji od zamawiającego, albowiem to nie Dartour sp. z o.o. faktycznie był wykonawcą wskazywanych w dokumentach umów, a FHU Dartour. Próżno szukać w ogłoszeniach zamówienia pn. Dowóz uczniów niepełnosprawnych do placówek oświatowych na terenie powiatu raciborskiego i wodzisławskiego w okresie 01.09.2018 -28.02.2020 r. wskazanego w referencjach wystawionych przez FHU Dartour. Jest to o tyle niewiarygodne, że przecież powiaty tak wodzisławski jak i raciborski podlegają odrębnym przepisom i organizują odrębne postępowania na dowozy zgodnie ze swoimi zasobami. Nie jest realnym aby oba miasta organizowały takie zamówienie wspólnie i to na okres 3 lat z góry. Dartour sp. z o.o. nie przedłożył referencji wystawionych przez Technomex. Dartour nie złożył żadnych innych dokumentów pozwalających na zweryfikowanie jego twierdzeń, w tym np. protokołów odbioru. Zamawiający mógł skorzystać z uprawnień z art. 128 ust. 5 ustawy Pzp czego jednakże nie uczynił. Odwołujący wskazał, iż skutkiem niezłożenia prawidłowych dokumentów i informacji i nie wyjaśnienia powyższych kwestii we własnym zakresie przez Zamawiającego winno być wykluczenie Dartour sp. z o.o. z postępowania. Ponadto w złożonych dokumentach a to oświadczeniu Dartour o niepodleganiu wykluczeniu, nie zaznaczył on właściwej opcji zgodnie z instrukcją wypełnienia, a jedynie wykreślił poleganie na zasobach innego podmiotu, a w oświadczeniu ws. grupy kapitałowej ponownie wykreślił brak przynależności, a nie zaznaczył właściwej (prawdopodobnie) opcji „nie należą”. Zamawiający nie może się domyślać co wykonawca miał na myśli, a Dartour winien złożyć oświadczenie kompletne, co wyklucza go z grona wykonawców.

Zamawiający w dniu 29 września 2021 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, wnosząc w pierwszej kolejności o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 6 ustawy Pzp, a w razie nieuwzględnienia tego wniosku o oddalenie odwołania w całości i zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Wobec spełnienia wymogów określonych art. 525 ust. 1-3 ustawy Pzp Izba uznała za skuteczne zgłoszenie przystąpienia dokonane przez wykonawcę Dartour Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Raciborzu (dalej jako „Przystępujący”) po stronie Zamawiającego i dopuściła ww. wykonawcę do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze Uczestnika.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Izba oddaliła wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 6 ustawy Pzp oparty na okoliczności, że odwołanie zostało przekazane po godzinach pracy Zamawiającego (o godz. 20:52). Zgodnie z art. 528 pkt 6 ustawy Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołujący nie przekazał zamawiającemu odpowiednio odwołania albo jego kopii, zgodnie z art. 514 ust. 2. Zgodnie zaś z art. 514 ust. 2 ustawy Pzp odwołujący przekazuje zamawiającemu odwołanie wniesione w formie elektronicznej albo

postaci elektronicznej albo kopię tego odwołania, jeżeli zostało ono wniesione w formie pisemnej, przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu. Przepis ten wskazuje na konieczność przekazania zamawiającemu odwołania lub jego kopii, nie ogranicza jednak sposobów, w jakie przekazanie to ma nastąpić. Istotne jest to, aby zostało ono przekazane w taki sposób, by zamawiający miał możliwość zapoznać się z jego treścią, przy czym nie chodzi tutaj o datę faktycznego zapoznania się przez zamawiającego z treścią odwołania, lecz o samą możliwość zapoznania się z jego treścią. W tym zakresie wskazać należy na art. 514 ust. 3 ustawy Pzp, który zawiera domniemanie faktyczne, że zamawiający mógł zapoznać się z treścią odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia, jeżeli przekazanie odpowiednio odwołania albo jego kopii nastąpiło przed upływem terminu do jego wniesienia przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Przekazanie odwołania lub jego kopii przy użyciu środków komunikacji elektronicznej (zdefiniowanych w art. 7 pkt 23 ustawy Pzp) nie musi być dokonane w godzinach pracy Zamawiającego, może nastąpić w każdym momencie do upływu terminu na wniesienie odwołania, niezależnie od faktycznych godzin pracy jednostki zamawiającej.

Izba uznała, iż Odwołujący, którego oferta mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania i nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty Przystępującego, wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności SWZ, ofertę Przystępującego, oświadczenie Przystępującego w zakresie przynależności do grupy kapitałowej, podmiotowe środki dowodowe złożone przez Przystępującego na wezwanie Zamawiającego, wezwania skierowane przez Zamawiającego do Przystępującego do wyjaśnień i uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, wyjaśnienia Przystępującego, informację o wyborze oferty najkorzystniejszej. Izba dopuściła i przeprowadziła ponadto dowód z dokumentu złożonego przez Odwołującego na rozprawie w postaci informacji z otwarcia ofert w przetargu na przewóz dzieci niepełnosprawnych z Rydułtów do Zespołu Placówek Szkolno-Wychowawczo-Rewalidacyjnych w Wodzisławiu Śląskim przy ulicy Kopernika 71 (trasa II) na okoliczności wynikające z jego treści, wskazane przez Odwołującego.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z pkt IV SWZ przedmiotem postępowania jest organizacja przewozu 27 uczestników programu (23 osób sprawnych ruchowo oraz 4 osób poruszających się na wózkach inwalidzkich, bez możliwości składania wózka), z miejsca zamieszkania (terenu powiatu wodzisławskiego) do Zespołu Placówek Szkolno - Wychowawczo - Rewalidacyjnych w Wodzisławiu Śląskim, ul. Kopernika 71 oraz odwóz uczestników do miejsca zamieszkania w ramach wykonywania pilotażowego programu „Rehabilitacja 25 plus”, finansowanego ze środków Państwowego Funduszu Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych, realizowanego przez Zespół Placówek Szkolno - Wychowawczo - Rewalidacyjnych w Wodzisławiu Śląskim.

W pkt XIII.3.4) SWZ Zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wskazując, iż uzna, że wykonawca spełnia warunek, jeżeli wykaże, iż w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał lub wykonuje należycie jedno zamówienie, którego przedmiotem była usługa przewozu osób niepełnosprawnych o wartości większej niż 200 tys. złotych brutto. Zgodnie z pkt XIV.2.2) SWZ podmiotowym środkiem dowodowym służącym wykazaniu spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu był wykaz usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane lub są wykonywane oraz załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Zamawiający wskazał, iż dowodami, o których mowa powyżej, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy. W przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie, powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy.

W postępowaniu wpłynęły dwie oferty - Odwołującego i Przystępującego. Przystępujący w załączonym do oferty oświadczeniu o niepodleganiu wykluczeniu i spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, w punkcie „Informacja w związku z poleganiem na zasobach innych podmiotów” przekreślił pole „polegam na zasobach innego/ych podmiotu/ów” a podkreślił pole „nie polegam za zasobach innego/ych podmiotu/ów.” We wzorze oświadczenia zawarto instrukcję, aby z ww. opcji „zaznaczyć właściwą”. Podobnie w oświadczeniu wykonawcy o braku przynależności do grupy kapitałowej Przystępujący zamiast zaznaczyć właściwą, zgodnie z zawartą instrukcją, skreślił opcję niewłaściwą (przynależność do grupy kapitałowej), pozostawiając nieskreśloną informację, iż nie należy do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jednolity: Dz. U. z 2021 r. poz.

275 ze zm.) z innym wykonawcą, który złożył odrębną ofertę w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Zamawiający w dniu 23 sierpnia 2021 r. wezwał Przystępującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych, w tym wykazu usług, zakreślając termin na złożenie oświadczeń i dokumentów do 21 sierpnia 2021 r. w odpowiedzi na to wezwanie Przystępujący złożył w dniu 24 sierpnia 2021 r. wykaz usług, w którym wskazał jako referencyjną usługę przewozu dzieci niepełnosprawnych do placówek oświatowych realizowaną na rzecz F.H.U. Dartour w okresie od 1.09.2018 r. do 28.02.2020 r. o wartości 300 000,00 zł. Przystępujący załączył oświadczenie własne Przystępującego o należyтым wykonaniu usług, a także referencje wystawione przez F.H.U. Dartour, gdzie wskazano m.in., iż w trakcie realizacji transportu spółka dysponowała odpowiednią ilością taboru autobusowego wyposażonego w sprzęt umożliwiający transport osób poruszających się na wózku inwalidzkim i dotarcie do placówek oświatowych, a także powrót uczniów po zajęciach. Wskazano, że wartość zadania wg zawartej umowy wynosiła ok. 300 000 zł oraz, że spółka realizując usługę wykazała się dobrą i właściwą organizacją dowodu. Przystępujący załączył również umowę i oświadczenie dotyczące realizacji usługi transportu pacjentów realizowanej przez Przystępującego na rzecz PHU Technomex Sp. z o.o. Ponadto w dniu 28 sierpnia 2021 r. złożył wykaz usług, w którym wskazano na usługę przewozu osób niepełnosprawnych do placówek oświatowych na terenie powiatu Raciborskiego realizowaną na rzecz Gminy Krzyżanowice w okresie od 1.09.2019 r. do 30.06.2021 r. o wartości 264 809,00 zł oraz referencje wystawione przez Gminę Krzyżanowice, w których zaświadczone, że Przystępujący był wykonawcą zadań pn: „Dowóz uczniów niepełnosprawnych do placówek oświatowych na terenie Powiatu Raciborskiego w roku szkolnym 2019/2020 oraz 2020/2021” Spółka w ramach ww. zadania zapewniała dowóz 20-u uczniom z 9 sołectw do 5-ciu placówek oświatowych położonych na terenie Powiatu Raciborskiego tj. Zespołu Szkół Specjalnych w Raciborzu, Specjalnego Ośrodka Szkolno-Wychowawczego dla Nieśłyszących i Słabosłyszących w Raciborzu, Szkoły Podstawowej z Oddziałami Integracyjnymi im. Powstańców Śląskich w Raciborzu, Raciborskiego Centrum Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych w Raciborzu oraz Szkoły Podstawowej w Krzyżanowicach. W trakcie realizacji transportu spółka dysponowała odpowiednią ilością taboru autobusowego wyposażonego w sprzęt umożliwiający transport osób poruszających się na wózku inwalidzkim i umożliwiającego dotarcie do placówek oświatowych i powrót uczniów zgodnie ze wskazaniami zlecniodawcy, podczas transportu spółka zapewniała opiekuna dla uczniów. Łączna Wartość zadań wg zawartych umów wyniosła 264.809,00 zł. Spółka realizując usługę wykazała się dobrą i właściwą organizacją dowozu.

Zamawiający w dniu 1 września 2021 r. wezwał Przystępującego na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień treści złożonych oświadczeń oraz na podstawie przepisu art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia dowodów zgodnie z poniższymi wytycznymi. Zamawiający wskazał, iż mając na uwadze treść warunku udziału w postępowaniu wystarczające jest prawidłowe wykazanie realizacji jednej usługi (zgodnie z wymaganiami SWZ), dlatego Przystępujący zobowiązany jest do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów lub do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia oświadczeń i dokumentów zgodnie z poniższymi wytycznymi w zakresie jednej ze wykazanych usług, w poniższym zakresie:

1. Przewóz dzieci niepełnosprawnych do placówek oświatowych w terminie 1.09.2018 r.

28.02.2020 r. - Dla przedmiotowej usługi złożono wykaz usług (z dnia 24.08.2021 r.), w którym podano wartość tej usługi wynoszącą 300.000,00 zł, podmiot na rzecz którego była realizowana F.H.U. Dartour oraz wskazany wyżej termin. Na potwierdzenie, że usługa została wykonana należyście do wykazu dołączono referencje wystawione w dniu 28.02.2020 r. przez Firmę Handlowo Usługową Dartour z siedzibą w Raciborzu przy ul. Kościuszki 2/18 (podpisane przez Panią A. Ł.), w treści których oświadczone, że Dartour Sp. z o.o. z siedzibą w Raciborzu była wykonawcą umowy pn. „Dowóz uczniów niepełnosprawnych do placówek oświatowych na terenie Powiatu Raciborskiego i Wodzisławskiego”. W treści referencji poświadczono, że w ramach przedmiotowej umowy

spółka zapewniała dowóz około stu uczniom do 6 placówek, a wartość zadania realizowanego w okresie 1.09.2018 r. — 28.02.2020 r. wynosiła około 300.000,00 zł. F.H.U. Dartour potwierdza także, że spółka realizując usługę wykazała się dobrą i właściwą organizacją dowozu. Do wykazu dołączono także dodatkowe oświadczenie Pani A. Ł., w treści którego poinformowała, że przedstawione referencje wystawione przez F.H.U. Dartour są poprawne i umowa została zrealizowana należycie, a ze względu na zamknięcie działalności w dniu 10.03.2020 r. Pani Ł. nie może wystawić aktualnego zaświadczenia o należyтым wykonaniu. Złożone przez Przystępującego dokumenty i oświadczenia zostały przekazane zamawiającemu za pośrednictwem formularza „Zgłoszenie sprawy od wykonawcy do zamawiającego udostępnionego na platformie ePUAP. W treści formularza Pani A. Ł. poinformowała, że referencje wynikają z faktu równoczesnego prowadzenia dwóch działalności i wspólnych startów w ramach konsorcjum w przetargach w województwie śląskim. Mając na uwadze informację, że obie działalności gospodarcze prowadzone przez Panią A. Ł. (F.H.U. Dartour oraz Dartour Sp. z o.o.) wspólnie startowały w postępowaniach, jako konsorcjum, treść złożonego wykazu

usług oraz przedstawionych referencji budzi wątpliwości zamawiającego, co do prawidłowości ich złożenia. Z treści złożonego wykazu usług, referencji i dodatkowego oświadczenia jednoznacznie wynika, że wskazana w wykazie usługa transportowa była realizowana przez Dartour Sp. z o.o. na rzecz F.H.U. Dartour. W sytuacji jeśli zamówienie publiczne jest realizowane wspólnie przez kilku wykonawców, dowody potwierdzające należyte wykonanie usługi, powinny być wystawiane przez zamawiającego na konsorcjum, a nie przez członków konsorcjum wzajemnie. Zgodnie z treścią § 9 ust. 3 pkt 2) Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. z 2020 poz. 2415), jeżeli wykonawca powołuje się na doświadczenie w realizacji usług, wykonywanych wspólnie z innymi wykonawcami, wykaz usług dotyczy usług, w których wykonaniu wykonawca ten bezpośrednio uczestniczył, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych, w których wykonywaniu bezpośrednio uczestniczył lub uczestniczy. Mając na uwadze powyższe w przypadku wspólnego realizowania zamówienia przez kilku wykonawców, z treści wykazu musi jasno wynikać, że zamówienia było realizowane przez konsorcjum z jednoczesnym wskazaniem zakresu usług, które wykonywali poszczególni członkowie konsorcjum. W takiej sytuacji referencje powinny być wystawione przez zamawiającego na rzecz którego konsorcjum realizowało zadanie i także w swej treści wskazywać, że zamówienie wykonało konsorcjum. Mając na względzie brak spójności pomiędzy informacjami zawartymi w uwadze zamieszczonej w formularzu „Zgłoszenie sprawy od wykonawcy do zamawiającego (realizacja zamówień przez dwie działalności jako konsorcjum), a informacjami zawartymi w złożonych oświadczeniach (realizacja zamówienia przez Dartour Sp. z o.o. na rzecz F.H.U. Dartour), zamawiający nie może jednoznacznie stwierdzić w jakiej formie prawnej było realizowane zamówienie wskazane w pierwotnie złożonym wykazie usług, tj. czy wspólnie przez F.H.U. Dartour oraz Dartour Sp. z o.o., czy też Dartour Sp. z o.o. był podwykonawcą F.H.U. Dartour, której zamawiający udzielił zamówienia. W związku z powyższym zamawiający wezwał na podstawie przepisu art. 128 ust. 4 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie informacji zawartych w wykazie usług (złożonym w dniu 24.08.2021 r.), referencjach i oświadczeniu dotyczącym zadania realizowanego na rzecz F.H.U. Dartour, tzn. należy wyjaśnić czy umowa na dowóz uczniów niepełnosprawnych do placówek oświatowych na terenie Powiatu Raciborskiego i Wodzisławskiego została podpisana przez konsorcjum (Dartour Sp. z o.o. i F.H.U. Dartour) oraz była realizowana wspólnie przez Przystępującego z F.H.U. Dartour. Jeśli zamówienie zostało zlecone konsorcjum i wspólnie Przystępujący zrealizował z F.H.U. Dartour treść złożonych w dniu 24.08.2021 r. jest nieprawidłowa. W takiej sytuacji Przystępujący zobowiązany jest złożyć wyjaśnienia, a także ponownie

złożyć wykaz usług oraz dowód potwierdzający należyte wykonanie tej usługi - do czego zamawiający wzywa na podstawie przepisu art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Treść nowego wykazu usług musi zawierać wszystkie informacje wymagane Rozporządzeniem Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych Środków dowodowych (...), w tym z jego treści musi jasno wynikać, że zamówienie było realizowane przez konsorcjum z jednoczesnym wskazaniem zakresu usług, które wykonywali poszczególni członkowie konsorcjum. Dowód potwierdzający należyte wykonanie tej usługi, tj. referencje bądź inny dokument sporządzony przez podmiot, na rzecz którego usługa była wykonywana (np. urząd gminy), powinien także w swej treści wskazywać, że zamówienie wykonało konsorcjum;

lub

2. Transport pacjentów skierowanych do rehabilitacji za pomocą egzoszkieletu. Dla przedmiotowej usługi złożono kopię str. 1 i 3 umowy nr 3.1/9.2.6/III/Technomex/2019, gdzie zamawiający PHU Technomex sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach zlecił wykonawcy Dartour Sp. z o.o. realizację usługi polegającej na transporcie pacjentów skierowanych do

rehabilitacji za pomocą egzoszkieletu. Umowa została zawarta na czas określony od 8.10.2020 r. do 30.09.2021 r. z miesięcznym wynagrodzeniem w kwocie 12.000,00 zł. Dołączono także kopię komunikatu w sprawie wyboru wykonawcy do zapytania ofertowego, poprzedzającego zawarcie umowy, o której mowa w zdaniu poprzednim. Złożono również oświadczenie, w treści którego wykonawca informuje, że umowa zawarta z Technomex sp. z o.o., która polegała na dowozie pacjentów niepełnosprawnych na usługi rehabilitacyjne została wykonana należycie. Zamówienie nie zostało wskazane w złożonym wykazie usług, czego wymagał zamawiający, a złożona kopia umowy oraz oświadczenie nie zawierają wszystkich informacji niezbędnych do oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu, w tym m. in. nie wskazują wartości zrealizowanego już zamówienia. Zgodnie z treścią § 9 ust. 1 pkt 2) Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków (...) oraz zapisami SWZ (pkt 2 pkt 2) rozdz. dział I) na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu zamawiający żądał wykazu usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane lub są wykonywane oraz załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Dowodami, o których mowa powyżej, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie

jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy. W przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie, powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy. W złożonym wykazie usług należało wskazać przedmiotowe zadanie, podając wszystkie wymagane informacje, a mając na uwadze fakt, iż przedłożone dwie strony umowy potwierdzają, że wskazany okres realizacji umowy nie został zakończony przed upływem terminu składania ofert (19.08.2021 r.), w wykazie należało uwzględnić zrealizowaną już wartość zamówienia. Na potwierdzenie czy ta usługa jest wykonywana należycie wykonawca zobowiązany był złożyć referencje bądź inne dokumenty, sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługa jest wykonywana (wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy). Oświadczenie wykonawcy może zostać złożone tylko w sytuacji, jeśli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać dokumentów, o których mowa w zdaniu poprzednim. W treści złożonego przez wykonawcę oświadczenia stwierdzono, że umowa została wykonana należycie, natomiast mając na uwadze treść przedłożonej kopii str. 1 umowy, zamówienie powinno być nadal realizowane na dzień sporządzenia oświadczenia (24.08.2021 r.). Ponadto w treści wykonawca nie wskazał żadnych przyczyn, które spowodowały brak możliwości uzyskania referencji bądź innych dokumenty, sporządzonych przez PHU Technomex sp. z o.o., tym samym samo oświadczenie wykonawcy jest niewystarczające do potwierdzenia należytego wykonywania usługi. W związku z powyższym zamawiający wezwał wykonawcę na podstawie przepisu art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wykazu usług, w którym należy wskazać przedmiotową usługę wraz z podaniem wszystkich informacji wymaganych zapisami rozporządzenia o SWZ, tj. należy podać wartość już zrealizowanego zamówienia, przedmiot, daty wykonania i podmiot, na rzecz którego usługa jest wykonywana. Do wykazu należy załączyć dowód określający, czy ta usługa jest wykonywana należycie. Dowodami, o których mowa powyżej, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów — oświadczenie wykonawcy wraz z podaniem przyczyn, które spowodowały brak możliwości uzyskania referencji. W przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie, powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy;

lub

3. Przewóz osób niepełnosprawnych do placówek oświatowych na terenie powiatu Wodzisławskiego w terminie od 1.09.2019 r. do 30.06.2021 r. Dla przedmiotowej usługi złożono wykaz usług (z dnia 28.08.2021 r.), w którym podano wszystkie wymagane informacje, tj. wartość usługi 264.809,00 zł, termin realizacji od 1.09.2019 r. do 30.06.2021 r. i podmiot, na rzecz którego realizowano zamówienie - Gmina Krzyżanowice. Do wykazu jednakże nie dołączono żadnego dowodu potwierdzającego, czy ta usługa została wykonana należycie. W związku z powyższym zamawiający wezwał wykonawcę na podstawie przepisu art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia dowodu określającego, czy ta usługa została wykonana należycie. Dowodami, o których mowa powyżej, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługa była wykonywana, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy.

Zamawiający poinformował raz jeszcze, iż w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, wystarczające jest prawidłowe wykazanie realizacji jednej usługi (zgodnie z wymaganiami SWZ), dlatego wykonawca zobowiązany jest do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów lub do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia oświadczeń i dokumentów, zgodnie z treścią niniejszego wezwania w zakresie jednej z wyżej wskazanych usług.

Zamawiający ponadto w dniu 2 września 2020 r. uzupełnił ww. wezwanie, wzywając Przystępującego dodatkowo do uzupełnienia brakujących informacji w złożonym wykazie usług dotyczącym zadania „Przewóz osób niepełnosprawnych do placówek oświatowych na terenie powiatu Raciborskiego”. Zamawiający wyjaśnił, iż pierwotnie stwierdził, że wykaz usług złożony w dniu 28.08.2021 r. zawiera wszystkie informacje wymagane przez zamawiającego, a dla uznania spełnienia przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu wystarczające będzie dołączenie dowodu potwierdzającego należyte wykonanie zamówienia. W związku z tym, iż referencje zostały złożone wraz z wykazem usług (czego nie zauważył zamawiający), po dokonaniu analizy ich treści zamawiający stwierdził, że wykaz usług nie zawiera wszystkich informacji niezbędnych do oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W treści referencji Gmina Krzyżanowice zaświadcza, że Przystępujący był wykonawcą zadań pn. „Dowóz uczniów niepełnosprawnych do placówek oświatowych na terenie Powiatu Raciborskiego w roku szkolnym 2019/2020 oraz 2020/2021”, a łączna wartość zadań wg zawartych umów wyniosła 264.809,00 zł. Treść dokumentu potwierdza należyte wykonanie zadań, jednakże wskazuje, iż zrealizowane zostały co najmniej dwa odrębne zadania (umowy). Treść, złożonego w dniu 28.08.2021 r. wykazu usług wskazuje natomiast, iż na rzecz Gminy Krzyżanowice wykonawca zrealizował jedną usługę, której przedmiotem był przewóz osób niepełnosprawnych do placówek oświatowych na terenie powiatu raciborskiego, o wartości 264.809,00 zł, wykonany w terminie od 1.09.2019 r. do 30.06.2021 r. Gmina Krzyżanowice potwierdza, że wykonawca realizował zadania o łącznej wartości zawartych umów 264.809,00 zł, a więc użyta przez wystawcę referencji liczba mnoga wskazuje jednoznacznie, że na podaną wartość składają się co najmniej dwa zamówienia. W treści wykazu, ani w treści referencji nie podano, jakie były wartości poszczególnych umów, składających się na wartość 264.809,00 zł. Na podstawie tak złożonego oświadczenia i dokumentu nie można stwierdzić, czy wartość któregoś z zamówień realizowanych na rzecz Gminy była większa niż 200 tys. zł, ponieważ zgodnie z treścią warunku udziału w postępowaniu (pkt 3 ppkt 4) rozdz. XIII dział I SWZ), zamawiający wymagał, aby wykonawca wykazał, iż w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał lub wykonuje należycie jedno zamówienie, którego przedmiotem była usługa przewozu osób niepełnosprawnych o wartości większej niż 200 tys. złotych brutto. W związku z powyższym w celu umożliwienia oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie przewozu osób na terenie powiatu raciborskiego, konieczne jest uzupełnienie wykazu usług o wskazanie wartości co najmniej jednej z umów, które składają się na podaną kwotę 264.809,00 zł. Zamawiający poinformował ponadto, iż pierwotne wezwanie z dnia 1.09.2021 r. w zakresie wyjaśnień i uzupełnień dotyczących pozostałych dwóch usług pozostaje nadal aktualne, a więc w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, wystarczające będzie prawidłowe wykazanie realizacji jednej ze wskazanej usług (...).

W odpowiedzi na powyższe wezwania Przystępujący, wyjaśnił, iż przedstawione referencje z dnia 28.02.2020r. dotyczyły umowy pomiędzy firmami F.H.U. Dartour, a Dartour Sp. z o.o. na realizowanie usługi przewozu dzieci niepełnosprawnych. Powyższa umowa nie była podpisana przez konsorcjum. Obie firmy jako konsorcjum startowały tylko 3 razy i realizowały zamówienia wspólnie tylko w 2019r. (łączna kwota tych zamówień przekracza 500 tys złotych). Pierwsze wspólne zadanie realizowane przez konsorcjum było dopiero z początkiem 2019r. W treści formularza zamieszczone informacje miały na celu poinformowanie, iż równocześnie prowadzone były dwie działalności. Początkowo udział w składaniu ofert i udział w zamówieniach publicznych brała tylko i wyłącznie firma F.H.U. Dartour. Dopiero w późniejszym czasie działalność F.H.U. Dartour była powoli wygaszana, a działalność Dartour Sp. z o.o. była rozwijana. Z powodu obowiązujących umów podpisanych przez F.H.U. Dartour na przewóz osób niepełnosprawnych pomiędzy firmami została zawarta umowa wskazana w referencjach z dnia 28.02.2020 r. Wskazana kwota w referencjach nie uwzględnia zadań realizowanych przez konsorcjum. Wynika to z kwoty jak widnieje w referencjach i czasu trwania umowy.

Zamawiający w dniu 8 września 2021 r. zawiadomił wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, za którą uznał ofertę Przystępującego.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzone w sprawie materiały dowodowe, poczynione ustalenia

faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt. 2c) w zw. z art. 266 w zw. z art. 114 i 116 i art. 273 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy i odrzucenia oferty wykonawcy Dartour, oraz dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, mimo iż Dartour nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowego środka dowodowego oraz wyjaśnień, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń. Art. 266 ustawy Pzp stanowi odesłanie do przepisów działu III ustawy Pzp, które stosuje się do przygotowania i prowadzenia przez zamawiających publicznych postępowania o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości mniejszej niż progi unijne. Zgodnie z art. 114 ustawy Pzp w odniesieniu do świadczenia określonych usług w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub zawodowej zamawiający może w postępowaniu o udzielenie zamówienia wymagać udowodnienia posiadania: 1) odpowiedniego zezwolenia, licencji, koncesji lub wpisu do rejestru działalności regulowanej lub 2) odpowiedniego zezwolenia, licencji, koncesji lub wpisu do rejestru działalności regulowanej, jeżeli ich posiadanie jest niezbędne do świadczenia określonych usług w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, lub 3) statusu członka danej organizacji, jeżeli członkostwo w tej organizacji jest niezbędne do świadczenia określonych usług w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania. Zgodnie z art. 116 ust. 1 ustawy Pzp w odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może określić warunki dotyczące niezbędnego wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. W szczególności zamawiający może wymagać, aby wykonawcy spełniali wymagania odpowiednich norm zarządzania jakością, w tym w zakresie dostępności dla osób niepełnosprawnych, oraz systemów lub norm zarządzania środowiskowego, wskazanych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia. Z kolei w myśl art. 273 ust. 1 ustawy Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie: 1) braku podstaw wykluczenia; 2) spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji.

Na wstępie Izba stwierdziła, iż Odwołujący wskazał częściowo błędne podstawy prawne zarzutów odwołania. Art. 114, art. 116 i art. 273 ust. 1 ustawy Pzp odnoszą się jedynie do uprawnień Zamawiającego w zakresie formułowania warunków udziału w postępowaniu, a zatem dotyczą materii wiążącej się z kształtowaniem treści dokumentów zamówienia, podlegającej zaskarżeniu na wcześniejszym etapie postępowania - co do zasady w terminie 5 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub dokumentów zamówienia na stronie internetowej, w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż progi unijne. Ponadto przepisy te mają charakter fakultatywny, wskazują działania możliwe do podjęcia przez Zamawiającego, lecz niekonieczne, a zatem Zamawiającemu nie można w tym zakresie postawić skutecznych zarzutów, skoro ustawa nie nakłada na niego w tym zakresie konkretnych obowiązków. Prawidłową podstawą prawną zarzutów odwołania powinien być tutaj art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, ewentualnie również wskazany przez Odwołującego art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp.

Niezależnie od powyższego, w ocenie Izby Odwołujący nie dowiódł, aby Zamawiający swoim działaniem naruszył art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) lub c) ustawy Pzp.

W rozpoznawanej sprawie nie była sporna okoliczność, czy Przystępujący wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu powołując się na usługi realizowane dla firmy Technomex i na rzecz Gminy Krzyżanowice, Zamawiający przyznał bowiem w odpowiedzi na odwołanie, że usługi te nie były podstawą uznania przez Zamawiającego, że Przystępujący spełnia przedmiotowy warunek udziału w postępowaniu. Osią sporu była zatem okoliczność, czy spełnienie warunku udziału w postępowaniu wykazywała wskazana przez Przystępującego w wykazie usług usługa realizowana na rzecz FHU Dartour.

Podkreślić w tym miejscu należy, że Izba jest uprawniona do rozpoznania sprawy wyłącznie w granicach zakreślonych treścią odwołania, a zatem wyłącznie w oparciu

o podstawy faktyczne zarzutów wskazane w odwołaniu. Zgodnie z art. 555 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Oznacza to, że Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych czynności lub zaniechania czynności), jedynie przez przyzmat sprecyzowanych w odwołaniu okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających jego wniesienie. Mają one decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu. Okoliczności, z których Odwołujący chce wywodzić skutki prawne, musi uprzednio zawrzeć w odwołaniu, pod rygorem ich nieuwzględnienia przez Izbę z uwagi na art. 555 ustawy Pzp. Stąd odwołanie, które inicjuje postępowanie odwoławcze, zawsze musi zawierać okoliczności uzasadniające zarzucenie zamawiającemu naruszenia przepisów prawa zamówień publicznych. (por. m.in. wyrok z dnia 18 lutego 2021 r., sygn. akt KIO 200/21). Jak wskazał Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 21 maja 2021 r., sygn. akt XXIII Zs 28/21 podnoszenie na późniejszym etapie okoliczności, które nie zostały wprost wskazane w treści odwołania stanowi postępowanie niedopuszczalne, sprzeczne z art. 192 ust. 7 Pzp z 2004 r. (obecnie art. 555 ustawy Pzp). Przepis ten wyraźnie wskazuje zakres, co do którego orzeka Izba. Za niedopuszczalne zdaniem Sądu uznać należy również wskazywanie na późniejszym etapie zarzutów mających oparcie tylko w przywołanej podstawie prawnej, z pominięciem konkretnej czynności zamawiającego opisanej w odwołaniu.

Mając powyższe na względzie poza zakresem rozpoznania Izby w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym pozostawały okoliczności podnoszone przez Odwołującego podczas rozprawy, niewskazane w odwołaniu, jak fakt, że dokumenty wystawione przez FHU Dartour budzą wątpliwości w zakresie daty, czy też, że referencje nie wykazują wartości usług, a także okoliczność, że wskazane w wyjaśnieniach różne umowy miałyby poddawać w wątpliwość istnienie umowy pomiędzy Przystępującym a FHU Dartour. Nie był w odwołaniu podniesiony również zarzut przedstawienia przez Przystępującego informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd (informacji nieprawdziwych). Izba stwierdziła, że w odwołaniu w zakresie dotyczącym usługi realizowanej na rzecz FHU Dartour przedstawiono jedynie dwa argumenty mające wskazywać na niespełnienie warunku udziału w postępowaniu przez Przystępującego: po pierwsze wskazano na brak złożenia referencji wystawionych przez zamawiającego, a po drugie wskazano, że nie jest realne, aby dwa miasta organizowały zamówienie wspólnie na trzy lata z góry. Wobec powyższego tylko w takim zakresie Izba dokonała oceny zarzutów odwołania.

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, że dokumenty złożone przez Przystępującego nie wykazują spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt XIII.3.4) SWZ, Zgodnie z treścią SWZ Zamawiający wymagał wykazania się wykonaniem zamówienia, którego przedmiotem była usługa przewozu osób niepełnosprawnych o wartości większej niż 200 tys. złotych brutto, a w celu potwierdzenia spełnienia tego warunku wymagał złożenia wykazu usług oraz załączenia dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Jak wynika z § 9 ust. 1 pkt 2) Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie podmiotowych smrodków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy z dnia 23 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2415) dowodami takimi są co do zasady referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi zostały wykonane.

Przystępujący wskazał w wykazie usługę przewozu dzieci niepełnosprawnych do placówek oświatowych realizowaną na rzecz F.H.U. Dartour w okresie od 1.09.2018 r. do 28.02.2020 r. o wartości 300 000,00 zł, załączając referencje wystawione przez ww. podmiot - czyli przez podmiot, o którym mowa we wskazanym rozporządzeniu, tj. podmiot na rzecz którego usługi zostały wykonane. Ustawodawca nie ograniczył kręgu podmiotów uprawnionych do wystawiania dokumentów potwierdzających należyte wykonanie zamówienia wyłącznie do podmiotów z sektora publicznego (por. wyrok z dnia 5 marca 2021 r., sygn. akt KIO 391/21, KIO 410/21). Odwołujący w żaden sposób nie wyjaśnił, dlaczego poświadczenie nie mogło pochodzić od podmiotu prywatnego, na rzecz którego Przystępujący bezpośrednio realizował usługi, lecz musiało pochodzić od podmiotu publicznego (jak wskazano w odwołaniu - zamawiającego). Odwołujący poza głośnym stwierdzeniem nie przedstawił żadnej argumentacji ani prawnej, ani faktycznej w tym zakresie, w szczególności nie referował do brzmienia warunku udziału w postępowaniu, a jednocześnie nie podważał prawidłowości czy wiarygodności przedstawionych referencji chociażby z tego względu, że zostały wystawione przez podmiot powiązany z Przystępującym. Stwierdzenie Odwołującego, iż Przystępujący mógł pozyskać referencje od zamawiającego, gdyż to on faktycznie był wykonawcą umów, stoi w sprzeczności z treścią przedstawionych referencji oraz wyjaśnień Przystępującego, z których wynika, że wykonawcą była firma FHU Dartour, a Przystępujący jedynie świadczył usługi na rzecz tej firmy (był zatem podwykonawcą). Referencyjną usługą wskazaną w wykazie była usługa transportowa świadczona przez Przystępującego na rzecz FHU Dartour, a nie na rzecz innych podmiotów. Argumentacja zawarta w odwołaniu, iż nie jest realnym, aby dwa miasta

organizowały wspólnie zamówienie o takiej wartości i na taki okres, jak wskazany w usłudze referencyjnej, od tej kwestii całkowicie abstrahuje - w wykazie usług powołano się na jedną usługę transportową realizowaną na rzecz podmiotu prywatnego. Jednocześnie Odwołujący nie stawiał zarzutów, które poddawałyby w wątpliwość wartość tej usługi ani nie wskazywał, że powołanie się na usługę, która swym zakresem obejmowała w sposób zbiorczy podwykonawstwo w różnych usługach transportowych realizowanych przez zleceniodawcę, nie odpowiadało treści warunku udziału w postępowaniu.

Ponadto Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów, które podważałyby wiarygodność oświadczeń Przystępującego, w tym dowodów które potwierdzałyby postawioną w odwołaniu tezę, iż brak jest ogłoszeń o zamówieniu o przedmiocie wskazanym w wykazie usług. W ocenie Izby przedstawienie takich dowodów nie było obiektywnie utrudnione, gdyż informacje o postępowaniach prowadzonych przez poszczególne jednostki zamawiające oraz ich wynikach są informacjami publicznie dostępnymi. Dowód przedstawiony przez Odwołującego (informacja z otwarcia ofert informacji z otwarcia ofert w przetargu na przewóz dzieci niepełnosprawnych z Rydułtów do Zespołu Placówek Szkolno-Wychowawczo-Rewalidacyjnych w Wodzisławiu Śląskim przy ulicy Kopernika 71) na rozprawie był o tyle chybiony, że odnosił się do usługi realizowanej przez Dartour Sp. z o.o., podczas gdy z wykazu usług złożonego przez Przystępującego wynikało wprost, że powołano się na usługę realizowaną na rzecz FHU Dartour - dowody powinny zatem dotyczyć ewentualnej wartości usług realizowanych na rzecz podmiotów publicznych przez FHU Dartour, a nie przez Przystępującego bezpośrednio. Podkreślić należy, że to na Odwołującym spoczywał ciężar dowiedzenia, że dokumenty złożone przez Przystępującego nie wykazują spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt XIII.3.4) SWZ, to Odwołujący wywodził bowiem z tego faktu skutek prawny w postaci konieczności wykluczenia tego wykonawcy z postępowania i odrzucenia jego oferty. Postępowanie przed Izbą jest postępowaniem stricte kontradyktoryjnym i jego wynik zależy od inicjatywy dowodowej podejmowanej przez strony, zaś zakres postępowania odwoławczego jest ściśle ograniczony podstawami faktycznymi zarzutów odwołania. Rozstrzygnięcie Izby jest warunkowane tezami przedstawionymi w odwołaniu oraz argumentacją i dowodami przedstawianymi na poparcie tych tez i nie jest rolą Izby poszukiwanie stosownej argumentacji za Odwołującego, gdyż takie działanie godziłoby w zasadę równości stron postępowania odwoławczego.

Za bezzasadne Izba uznała także stanowisko Odwołującego, iż w oświadczeniu o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania Przystępujący nie zaznaczył właściwej opcji zgodnie z instrukcją zawartą w formularzu, a jedynie wykreślił poleganie na zasobach innego podmiotu, a w oświadczeniu dotyczącym grupy kapitałowej ponownie wykreślił brak przynależności, a nie zaznaczył właściwej opcji „nie należą”. W ocenie Izby okoliczność, że z instrukcji wypełnienia oświadczeń zawartej w ich treści wynikało, że daną opcję należy zaznaczyć poprzez adnotację w stosownym „okienku”, a nie poprzez skreślenie opcji niewłaściwej, jak uczynił to Przystępujący, w żaden sposób nie wpływa na treść oświadczeń Przystępującego, które miały charakter jednoznaczny. Zamawiający - wbrew stanowisku Odwołującego - nie musiał domyślać się co Przystępujący miał na myśli, gdyż w sposób niebudzący wątpliwości wynikało to ze złożonych dokumentów. Przystępujący złożył oświadczenia, że nie polega na zasobach innego podmiotu oraz, że nie należy do tej samej grupy kapitałowej z innym wykonawcą, który złożył odrębną ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, tyle że zamiast zaznaczyć te właśnie opcje w znajdującym się obok „okienku”, to skreślił opcje niewłaściwe. Izba zgodziła się z Zamawiającym, że dyskwalifikacja ww. oświadczeń wyłączenie z tej przyczyny, że nie

zostały wypełnione zgodnie z instrukcją w nich zawartą, byłaby nadmiernym i niedopuszczalnym formalizmem. Istotne znaczenie ma tutaj bowiem treść oświadczeń, a nie formalny sposób ich wyartykułowania. Treść tych oświadczeń była zaś jednoznaczna.

Mając na uwadze wszystko powyższe Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu w całości i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 w zw. z § 5 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:

