Sygn. akt: KIO 851/23

POSTANOWIENIE

z dnia 11 kwietnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron i przystępującego po stronie zamawiającego w Warszawie w dniu 11 kwietnia 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 marca 2023 r. przez odwołującego: S. K. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy KOM - BŁYSK ul. Czysta 5c/5, 55-080 Gniechowice postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Gmina Kąty Wrocławskie statio fisci Zakład Gospodarki Mieszkaniowej ul.1 Maja 85, 55-080 Kąty Wrocławskie

z udziałem przystępującego W. W. działający pod firmą Usługi Ogrodniczo -Porządkowe WW-Serwis W. W. ul. Cicha 1a, 55-040 Tyniec nad Ślęzą

postanawia :

1. Umorzyć postępowanie odwoławcze

2. Nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 7.500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczonej przez odwołującego S. K. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy KOM - BŁYSK ul. Czysta 5c/5, 55-080 Gniechowice tytułem wpisu od odwołania

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2022 poz.1710 z późn. zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie

Przewodniczący: …..……..

Uzasadnienie

Odwołanie dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Zakład Gospodarki Mieszkaniowej z siedzibą w Kątach Wrocławskich w imieniu Gminy Kąty Wrocławskie w trybie podstawowym na podstawie art. 275 pkt 1 PZP, pod nazwą Utrzymanie czystości terenów zewnętrznych w obrębie miasta Kąty Wrocławskie.

Nr postępowania: Z66/46786

Ogłoszenie o zamówieniu Numer ogłoszenia: 2023/BZP 00117014 z dnia 01.03.2023r.

Odwołujący złożył odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy PZP czynnościach i zaniechaniu zamawiającego polegających na:

- zaniechaniu wezwania wykonawcy WW Serwis W. W.do uzupełnienia dokumentów, które potwierdziłyby, spełnienie warunku udziału w postępowaniu dot. zdolności technicznej i zawodowej, że wykonawca w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert wykonał usługi utrzymania porządku i czystości na drogach publicznych, gdyż złożony wykaz usług wykonanych jest błędny i tego nie potwierdza,

- zaniechaniu wezwania wykonawcy WW Serwis W. W. do uzupełnienia dokumentu jakim jest Wykaz usług wykonanych o wskazanie dat i okresu realizowanych usług wskazanych w celu spełnienia warunku zdolności technicznej i zawodowej, gdyż złożony wykaz ich nie zawiera,

- błędnej analizie i ocenie podmiotowego środka dowodowego wraz z referencjami złożonego w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu dot. zdolności technicznej i zawodowej przez brak zwrócenia się do podmiotów dla, których wybrany wykonawca wykazał wykonywanie usług o informacje i dowody potwierdzające wykonywanie w/w usług oraz rodzaj wykonywanych usług gdyż na podstawie złożonych informacji w odwołaniu oraz informacji ogólnie dostępnych wskazane informacje i dokumenty złożone w celu spełnienia warunku budzą ogromne wątpliwości co do realizacji, oraz zakresu wykonywanych usług, a w przypadku braku zwrócenia się do SNA Service sp. z o.o. o wyjaśnienia, zaniechanie wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień treści podmiotowych środków dowodowych dotyczące utrzymania czystości i porządku dróg publicznych dojazdowych .

- błędnej ocenie i analizie złożonych podmiotowych środków dowodowych tj. Wykazu usług wykonanych, co spowodowało, że w postępowaniu został wybrany wykonawca, który jak wynika z przedłożonych podmiotowych środków dowodowych nie spełnia warunku udziału w postępowaniu dot. zdolności technicznej i zawodowej

określonej w swz.

Odwołująca zarzuca zamawiającemu:

1. Naruszenie art. 128 ust.1 ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych przez zaniechanie wezwania wykonawcy WW Serwis W. W. do uzupełnienia dokumentu tj. wykaz usług wykonywanych, który potwierdziłby spełnienie warunku udziału w postępowaniu dot. zdolności technicznej i zawodowej pomimo tego, że złożony przez wykonawcę podmiotowy środek dowodowy nie dał podstaw do uznania, że wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu.

2. Naruszenie art. 128 ust.5 ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych przez zaniechanie zwrócenia się do podmiotów dla których wybrany wykonawca świadczył usługi wskazane w wykazie usług wykonanych o informacje i dowody potwierdzające wykonywanie w/w usług oraz rodzaju i zakresu gdyż na podstawie złożonych podmiotowych środków dowodowych oraz informacji posiadanych przez zamawiającego dokumenty te budzą ogromne wątpliwości co do ich realizacji i zakresu wykonywanych usług.

3. Naruszenie art. 128 ust. 4 Ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych przez brak zwrócenia się do wybranego wykonawcy o wyjaśnienie treści złożonych podmiotowych środków dowodowych dotyczących utrzymania czystości i porządku dróg publicznych dojazdowych.

4. Naruszenie art 226 ust 1 pkt 2 lit. b) ustawy PZP, przez wybór najkorzystniejszej oferty wykonawcy WW Serwis W. W. pomimo tego, że wykonawca na podstawie złożonego wykazu usług wykonanych nie wykazał, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej i zawodowej określone w swz.

Podnosząc powyższe zarzuty, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

2. dokonanie ponownego badania i oceny ofert w postępowaniu.

Ponadto odwołujący wniósł o obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów zastępstwa procesowego przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Zachowanie terminu do wniesienia odwołania

Zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy PZP, w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż progi unijne odwołanie wnosi się w terminie 5 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. W niniejszym postępowaniu Zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty w dniu 21 marca 2023r., a

zatem termin do wniesienia odwołania upływa w dniu 27 marca 2023 r. Termin do wniesienia odwołania został więc zachowany.

Izba stwierdza, że tak jak powyżej odwołujący złożył odwołanie w ustawowo przewidzianym terminie. Nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca wybrany.

W dniu 11 kwietnia 23r. zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie w której, w jego ocenie, uwzględnia odwołanie w części.

W związku z powyższym oświadczeniem odwołujący cofnął w tym samym dniu zarzuty w zakresie nie uwzględnionym przez zamawiającego.

W ocenie Izby zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania w całości. Bowiem odwołujący zaskarżył całość doświadczenia zawodowego wykonawcy wybranego w zakresie pierwszego wymogu swz na 300 tys. złotych to jest nie tylko doświadczenie jako podwykonawcy, które potwierdził SNA Service Sp. z o.o., ale również jako podwykonawcy przez CEJS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Zamawiający przyznał w odpowiedzi na odwołanie i na posiedzeniu, że nie badał doświadczenia CEJS sp. z o.o., ponieważ doświadczenie potwierdzone przez SNA Service sp. z o.o. było wystarczające według swz i nie ma obowiązku ustawowego badania doświadczenia przekraczającego postawiony wymóg przez zamawiającego. Co do braku po stronie zamawiającego obowiązku badania zbędnych/ponadwymiarowych doświadczeń według wymogu swz, należy z zamawiającym się zgodzić. Natomiast wywody zamawiającego z tego tytułu co do nie uwzględnienia odwołania w całości, w związku z brakiem badania doświadczenia od CEJS sp. z o.o. są nieuprawnione. W związku z powyższym zarzut do doświadczenia od CEJS sp. z o.o., należy uznać za nieistniejący, skoro zamawiający tego doświadczenia nie badał. W konsekwencji zarzut co do doświadczenia od CEJS sp. z o.o. nie ma znaczenia w ocenie czy odwołanie uwzględniono w całości, czy w części, wobec uwzględnienia odwołania co do zarzucanego doświadczenia od SNA Service spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Reasumując odwołujący nie miał obowiązku cofania zarzutu co do spółki CEJS sp. z o.o., to jest do zakresu zarzutu nie uwzględnionego w ocenie zamawiającego, jako zarzutu przedwczesnego, ponieważ zamawiający jak wyjaśnił tego doświadczenia dotychczas nie badał.

Tak więc, w ocenie Izby zarzuty odwołania zostały uwzględnione w całości, w myśl art. 522 ust.1 ustawy PZP.

Izba odnosząc się do pozostałej argumentacji formalnej i prawnej zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, nie podziela jej i stwierdza, że analiza przywoływanych orzeczeń

KIO nie wskazuje na wnioski jakie wywodzi z nich zamawiający. Bowiem wykaz usług jest oświadczeniem wykonawcy składającego ofertę, a referencja jest dokumentem wystawionym przez podmiot nie uczestniczący w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zakres, rodzaj i ilość informacji w wykazie usług/robót/dostaw określa zamawiający w danym postępowaniu, a obowiązkiem wykonawcy jest ich umieszczenie w wykazie stanowiącym jego oświadczenie. Natomiast referencja co do jej skuteczności, ważności nie ma takiego rygoru, ponieważ wykonawca co do zasady nie ma wpływu na treść referencji, jak i nie jest jej wystawcą.

Zapytany na posiedzeniu przystępujący oświadczył, ze nie wnosi sprzeciwu do uwzględnienia odwołania.

W tym stanie rzeczy Izba w związku z treścią art.522 i art.568 pkt 3) oraz art.508 ust.1 ustawy PZP stwierdza w opisanych powyżej okolicznościach sprawy spełnienie przesłanek ustawowych odpowiadających uwzględnieniu przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Wobec powyższego Izba umorzyła postępowanie odwoławcze na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika, wskutek uwzględnienia odwołania i braku zgłoszenia sprzeciwu przez przystępującego po stronie zamawiającego, w związku z uwzględnieniem odwołania w całości. Zgodnie z § 9 ust. 1 pkt 2) lit. a) 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 2020r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości koszty, o których mowa w § 5 pkt 2 znosi się wzajemnie, - w takim przypadku Izba orzekła o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 7.500,00 złotych to jest w wysokości uiszczonego wpisu od odwołania, nie zaliczając w koszty postępowania wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego, na podstawie złożonej faktury vat.

Przewodniczący:……..