Sygn. akt: KIO 438/24

WYROK

Warszawa, dnia 27 lutego 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Aleksandra Patyk

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 lutego 2024 r. przez wykonawcę Sylwię Kołcz prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usługowy KOM BŁYSK Sylwia Kołcz w Gniechowicach w postępowaniu prowadzonym przez Zakład Gospodarki Mieszkaniowej w Kątach Wrocławskich

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy Waldemara Winiarskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Ogrodniczo – Porządkowe WW - Serwis Winiarski Waldemar w Tyńcu nad Ślęzą

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawcy Waldemara Winiarskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Ogrodniczo – Porządkowe WW - Serwis Winiarski Waldemar w Tyńcu nad Ślęzą na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w celu

potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale VII pkt 2 ppkt 4 specyfikacji warunków zamówienia.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego – Zakład Gospodarki Mieszkaniowej w Kątach Wrocławskich i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Sylwię Kołcz prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usługowy KOM BŁYSK Sylwia Kołcz w Gniechowicach tytułem wpisu od odwołania, kwotę 528,98 zł (słownie:

pięćset dwadzieścia osiem złotych dziewięćdziesiąt osiem groszy) poniesioną przez ww. wykonawcę tytułem dojazdu na posiedzenie i rozprawę oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego - Zakład Gospodarki Mieszkaniowej w Kątach Wrocławskich tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

2.2. zasądza od zamawiającego – Zakładu Gospodarki Mieszkaniowej w Kątach Wrocławskich na rzecz wykonawcy Sylwii Kołcz prowadzącej działalność

gospodarczą pod nazwą Zakład Usługowy KOM BŁYSK Sylwia Kołcz

w Gniechowicach kwotę 8 028 zł 98 gr (słownie: osiem tysięcy dwadzieścia osiem złotych dziewięćdziesiąt osiem groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wpisu od odwołania oraz dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca: ……..

Sygn. akt: KIO 438/24

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Zakład Gospodarki Mieszkaniowej w Kątach Wrocławskich [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym, o którym mowa w art. 275 pkt 1 ustawy Pzp na odbiór i zagospodarowanie odpadów z koszy ulicznych na terenie gminy Kąty Wrocławskie (poza miastem Kąty Wrocławskie) (znak postępowania: ZP 271.1.2024).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 11 stycznia 2024 r. pod numerem 2024/BZP 00030548/01.

W dniu 9 lutego 2024 r. wykonawca Sylwia Kołcz prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą ZU KOM BŁYSK Sylwia Kołcz w Gniechowicach [dalej „Odwołujący”] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 128 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy WW Serwis Winiarski Waldemar do uzupełnienia/poprawienia dokumentu tj. wykazu wykonanych usług, który potwierdziłby

spełnienie warunku udziału w Postepowaniu dot. zdolności technicznej i zawodowej gdyż złożony przez Wykonawcę podmiotowy środek dowodowy nie dał podstaw do uznania, że wykonawca spełnia określony warunek udziału w postępowaniu.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

2. Dokonanie ponownego badania i oceny ofert w postępowaniu.

Odwołujący podniósł, że wybrany wykonawca wskazał w celu, spełnienia warunku udziału w Postępowaniu, że wykonywał Usługę „Opróżniania wraz z myciem i konserwacją koszy na terenach sportowych, boiskach, chodnikach i parkingach". Po analizie dokumentów należy stwierdzić, że wskazana Usługa nie odpowiada usłudze/zadaniu wskazanej w warunku udziału gdyż nie wykazano:

- Nie wykazano, że wykonywano usługę /zadanie Odbierania odpadów komunalnych tylko wskazano usługę opróżniania wraz z myciem i konserwacją koszy,

- Nie wykazano, że wykonywano usługę /zadanie Odbierania odpadów z koszy przyulicznych przy drogach publicznych i prywatnych, przystankowych, przy boiskach i świetlicach szkolnych oraz wiejskich - tylko wskazano, że opróżniano kosze na terenach sportowych

przy boiskach, chodnikach i parkingach, - Nie wykazano pojemności koszy.

Gdyby zamawiający dalej twierdził, że wskazana usługa opróżniania wraz z myciem i konserwacją koszy dla KOSIR wskazana przez wybranego wykonawcę w celu spełnienia określonego warunku jest wystarczająca to nie może jej nawet uznać ze względu na to, że nigdzie nie wskazano pojemności koszy a w warunku wskazano jaką pojemność minimalną miały mieć kosze. Należy wskazać, że zamawiający w swoim warunku nie wskazał słowa „Lub" co powoduje, że wybrany wykonawca nie może sobie dobrowolnie wybrać na jakim terenie wykonywał daną usługę, tylko musi się wykazać realizacja usługi w miejscach wskazanych przez zamawiającego. Usługa opróżniania wraz z myciem i konserwacją koszy nie odzwierciedla literalnej wykładni usługi/zadania odbioru odpadów komunalnych zawartej w warunku, który zamawiający w wyjaśnieniach do SWZ z dnia 18.01.2024 doprecyzował wskazał konkretnie na jakich terenach należało odbierać odpady aby spełnić warunek dot. zdolności technicznej i zawodowej. Odwołujący powołał się na wyrok KIO 1176/23 i wskazał, że w tym postępowaniu w wyniku odpowiedzi na wyjaśnienia zamawiający wskazał z jakich koszy należało odbierać odpady komunalne w celu spełnienia warunku udziału i zamawiający powinien swoich zapisów przestrzegać. Należy wskazać, że wykazana usługa opróżniania wraz z myciem i konserwacją koszy na terenach sportowych, boiskach, chodnikach i parkingach wykazana przez wybranego wykonawcę w wykazie wykonanych usług nie potwierdza spełnienia warunku dot. zdolności technicznej i zawodowej a przede wszystkim nie odzwierciedla literalnej wykładni warunku określonego przez zamawiającego. W tym przypadku zamawiający powinien wezwać wykonawcę do uzupełnienia/poprawienia podmiotowego środka dowodowego na podst. art. art. 128 ust. 1 Ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych. Odwołujący nadto powołał się na wyrok KIO 377/20, KIO 1017/21, KIO 2628/21 i inne.

Uwzględniając zatem bogatego orzecznictwa Izby oraz orzecznictwa sądowe dot oceny spełnienia warunków poprzez ich literalne brzmienie należy uznać, że zamawiający był zobowiązany wystosować do wykonawcy jednokrotne wezwanie do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, o którym mowa w art. 128 ust. 1. Błędna ocena i analiza złożonych podmiotowych środków dowodowych, informacji w nich zawarta spowodowały, że został wybrany wykonawca, który jak wynika z przedłożonych podmiotowych środków dowodowych nie spełnia warunku udziału w postepowaniu dot. zdolności technicznej i zawodowej określonej w SWZ gdyż wskazana usługa nie odzwierciedla literalnej wykładni warunku postawionego w SWZ.

Zamawiający w dniu 23 lutego 2024 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

W dniu 23 lutego 2024 r. pismo w sprawie złożył również Przystępujący.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę Waldemara Winiarskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Ogrodniczo – Porządkowe WW - Serwis Winiarski Waldemar w Tyńcu nad Ślęzą [dalej „Przystępujący"] zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację warunków zamówienia wraz z załącznikami, ofertę Przystępującego wraz z uzupełnieniami, wezwania kierowane do Przystępującego oraz

zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 6 lutego 2024 r.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 23 lutego 2024 r.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego dokumenty złożone przez Odwołującego, tj.:

1. projekt umowy stanowiącej załącznik do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez KOSiR na świadczenie usługi polegającej na utrzymaniu w czystości oraz opróżnianiu wraz z myciem i konserwacją koszy i kontenerów na śmieci na terenach administrowanych przez KOSiR;

2. załącznik nr 1 do umowy, o której mowa w punkcie 1. Powyżej;

3. wyciąg ze specyfikacji warunków zamówienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Zamawiającego na pielęgnację, konserwację i bieżące utrzymanie zieleni oraz czystości i porządku w parkach gminnych;

4. wyjaśnienia treści SWZ z dnia 20 lutego 2024 r. udzielone w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, o którym mowa w punkcie 3. Powyżej;

5. wyciąg ze specyfikacji warunków zamówienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Zamawiającego na utrzymanie czystości terenów zewnętrznych w obrębie Miasta Kąty Wrocławskie;

6. wezwanie do złożenia dokumentów skierowane do Przystępującego pismem z dnia 8 lutego 2024 r. w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, o którym mowa w punkcie 5. powyżej wraz z wyciągiem z wykazu usług (załącznik nr 3 do SWZ).

Ponadto do akt sprawy Izba włączyła wnioski dowodowe Zamawiającego, tj.:

1. wyciąg ze specyfikacji warunków zamówienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez KOSiR na świadczenie usługi polegającej na utrzymaniu w czystości oraz opróżnianiu wraz z myciem i konserwacją koszy i kontenerów na śmieci na terenach administrowanych przez KOSiR;

2. zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 17 kwietnia 2020 r. w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o którym mowa w punkcie 1. powyżej;

3. załącznik nr 1 do umowy, o której mowa w punkcie 1. Powyżej;

4. przykładowe zrzuty lokalizacji koszy z mapy Google – opracowanie własne Zamawiającego.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z rozdziałem VII. Warunki udziału w postępowaniu oraz sposób oceny spełniania tych warunków:

4) zdolności technicznej lub zawodowej.

Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, należycie: wykonał lub wykonuje co najmniej 2 zadania/usługi o wartości każdego/ej minimum 80.000,00 zł brutto lub jedno zadanie/usługę o wartości minimum 160.000,00 zł. brutto odpowiadające usługom stanowiącym przedmiot niniejszego zamówienia z podaniem ich przedmiotu i wartości, daty i podmiotu na rzecz którego zostały wykonane wraz z załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane. Jako usługę odpowiadającą – stanowiącą przedmiot niniejszego zamówienia Zamawiający rozumie usługę (a przez usługę rozumie się wykonywanie prac na podstawie 1 umowy z podmiotem prywatnym lub publicznym) polegająca na odbiorze odpadów komunalnych z koszy: przyulicznych przy drogach publicznych i prywatnych, przystankowych, przy boiskach i świetlicach szkolnych oraz wiejskich - o pojemności minimum 30 litrów.

W przedmiotowym postępowaniu oferty złożyło dwóch wykonawców.

Przystępujący, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 274 ust. 1 ustawy Pzp, złożył wykaz wykonanych usług (załącznik nr 3 do SWZ). W wykazie

wykonanych usług Wykonawca wykazał się realizacją zamówienia polegającego na opróżnianiu wraz z myciem i konserwacją koszy na terenach sportowych, boiskach, chodnikach, parkingach wykonaną na rzecz Kobierzyckiego Ośrodka Sportu i Rekreacji o wartości 160 920 zł.

Wraz z wykazem usług złożono referencję KOSIR, z której wynika, że Przystępujący w okresie od dnia 1 stycznia 2021 r. do dnia 31 stycznia 2023 r. wykonał umowę na zadanie pn.: usługa polegająca na utrzymaniu w czystości oraz opróżnianiu, wraz z myciem i konserwacją koszy i kontenerów na terenach administrowanych przez KOSiR (przez opróżnianie koszy rozumie się zbieranie i pozbywanie się odpadów przeznaczonych do tego celu pojemników ustawionych na chodnikach, parkingach, terenach utwardzonych, terenach rekreacyjno – sportowych, boiskach sportowych, placach zabaw oraz przy budynkach sportowych oraz przekazywanie odpadów do uprawnionego podmiotu

zgodnie z powszechnie obowiązującymi przepisami). Całkowita wartość brutto umowy wynosi: 160 920,00 zł brutto.

W dniu 6 lutego 2024 r. Zamawiający za najkorzystniejszą uznał ofertę Waldemara Winiarskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Usługi ogrodniczo – porządkowe WW - Serwis Winiarski Waldemar w Tyńcu nad Ślęzą. Na drugim miejscu w rankingu ofert znalazła się oferta Odwołującego.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Potwierdził się zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy Waldemara Winiarskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Ogrodniczo – Porządkowe WW - Serwis Winiarski Waldemar w Tyńcu nad Ślęzą do uzupełnienia/poprawienia dokumentu, tj. wykazu wykonanych usług, który potwierdziłby spełnienie warunku udziału w postepowaniu dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej, gdyż złożony przez Wykonawcę podmiotowy środek dowodowy nie dał podstaw do uznania, że wykonawca spełnia określony warunek udziału w postępowaniu.

Stosownie do treści art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że: 1) wniosek o dopuszczenie do udziału

w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania. Powyższy przepis nakłada na zamawiającego obowiązek wezwania wykonawcy do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia m.in. oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp lub podmiotowych środków dowodowych w sytuacji gdy, wykonawca nie złożył wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, lub gdy są one niekompletne bądź zawierają błędy, z zastrzeżeniem dwóch przypadków przewidzianych przepisem. Wskazać należy, iż z dokumentem/oświadczeniem zawierającym błędy będziemy mieć do czynienia, w sytuacji gdy ich treść nie będzie potwierdzała spełnienia określonych przez zamawiającego w SWZ wymagań. Tym samym w sytuacji gdy złożone przez wykonawcę dokumenty np. wykaz robót budowlanych, wykaz usług itp. nie będą potwierdzały spełniania warunków udziału w postępowaniu, to po stronie zamawiającego co do zasady będzie aktualizował się obowiązek wezwania wykonawcy do ich uzupełnienia.

Przedmiotem niniejszego sporu było rozstrzygnięcie, czy Zamawiający prawidłowo zbadał, iż Przystępujący spełnił warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej opisany w rozdziale VII pkt 2 ppkt 4 specyfikacji warunków zamówienia. Odwołujący stał na stanowisku, iż złożone przez Przystępującego podmiotowe środki dowodowe nie potwierdzały, że: 1) wykonywano usługę/zadanie odbierania odpadów komunalnych tylko wskazano usługę opróżniania wraz z myciem i konserwacją koszy, 2) wykonywano usługę/zadanie odbierania odpadów z koszy przyulicznych przy drogach publicznych i prywatnych, przystankowych, przy boiskach i świetlicach szkolnych oraz wiejskich - tylko wskazano, że opróżniano kosze na terenach sportowych przy boiskach, chodnikach i parkingach oraz 3) nie wykazano pojemności koszy.

W ocenie Izby czynność weryfikacji podmiotowej Przystępującego w powyższym zakresie była nieprawidłowa, a Zamawiający nie skorzystał z przewidzianych ustawą Pzp uprawnień, jak i nie dopełnił obowiązków z niej wynikających, celem jednoznacznego ustalenia, czy Przystępujący daje rękojmię należytego wykonania zamówienia publicznego i legitymuje się stosownym doświadczeniem wymaganym w SWZ.

Zgodnie z warunkiem udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale VII pkt 2 ppkt 4 SWZ, o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej, tj. wykazali, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, należycie: wykonali lub wykonywali co najmniej 2 zadania/usługi o wartości każdego/ej minimum 80.000,00 zł brutto lub jedno zadanie/usługę o wartości minimum 160.000,00 zł brutto odpowiadające usługom stanowiącym przedmiot niniejszego zamówienia z podaniem ich przedmiotu i wartości, daty i podmiotu na rzecz którego zostały wykonane wraz z załączeniem dowodów, czy zostały

wykonane lub są wykonywane. Jako usługę odpowiadającą – stanowiącą przedmiot niniejszego zamówienia Zamawiający rozumiał usługę (a przez usługę rozumie się wykonywanie prac na podstawie 1 umowy z podmiotem prywatnym lub publicznym) polegająca na odbiorze odpadów komunalnych z koszy: przyulicznych przy drogach publicznych i prywatnych, przystankowych, przy boiskach i świetlicach szkolnych oraz wiejskich - o pojemności minimum 30 litrów. Na potwierdzenie spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu Zamawiający wymagał złożenia przez wykonawcę wykazu wykonanych usług (załącznik nr 3 do SWZ) wraz z dowodami potwierdzającymi, że usługi zostały lub są wykonywane należycie.

W ocenie Izby wykaz wykonanych usług oraz referencje złożone przez Przystępującego nie potwierdzają warunku udziału dotyczącego zdolności technicznej, w szczególności w zakresie miejsca położenia koszy. Ze złożonego przez Przystępującego wykazu wykonanych usług wynikało, iż wykonawca w ramach referencyjnej usługi wykonał zadanie polegające na opróżnianiu wraz z myciem i konserwacją koszy na terenach sportowych, boiskach, chodnikach, parkingach. Z kolei z załączonej referencji wynikało, iż w ramach rzeczonej usługi wykonawca odbierał odpady z koszy ustawionych na chodnikach, parkingach, terenach utwardzonych, terenach rekreacyjno – sportowych, boiskach sportowych, placach zabaw oraz przy budynkach sportowych. Tym samym treść powyższych dokumentów już wywoływała wątpliwości co do zakresu rzeczowego usługi. W ramach omawianego warunku udziału w postępowaniu

Zamawiający wymagał natomiast, aby wykonawca legitymował się doświadczeniem w odbiorze odpadów komunalnych z koszy: przyulicznych przy drogach publicznych i prywatnych, przystankowych, przy boiskach i świetlicach szkolnych oraz wiejskich o pojemności minimum 30 litrów. Ze złożonych przez Wykonawcę dokumentów nie wynikało zatem wprost, iż Przystępujący posiada doświadczenie w odbieraniu odpadów z koszy przyulicznych przy drogach publicznych i prywatnych, przystankowych, świetlicach szkolnych oraz wiejskich.

Izba nie podzieliła argumentacji Zamawiającego oraz Przystępującego dotyczącej interpretacji spornego warunku udziału w postępowaniu. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego i Przystępującego z treści warunku nie wynika, iż katalog miejsc położenia koszy miał charakter wyłącznie przykładowy lub otwarty. Zamawiający wskazał w dokumentach zamówienia zamknięty katalog miejsc położenia koszy, z których odpady komunalne miały być odbierane, wobec czego w ramach badania sytuacji podmiotowej wykonawcy, którego ofertę najwyżej oceniono winien zweryfikować, czy wykonawca posiada wymagane doświadczenie w pełnym zakresie. Na obecnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia poza oceną Izby jest analiza racjonalności postawionego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej, jak również niewyrażone w specyfikacji intencje Zamawiającego dotyczące szerokiego i przykładowego katalogu

miejsc położenia koszy. Przypomnieć należy, że ocena spełniania warunku winna zostać dokonana w oparciu o literalne brzmienie ukształtowanych przez Zamawiającego wymagań, co zapobiega jakiejkolwiek uznaniowości Zamawiającego na etapie oceny wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Nie jest więc dopuszczalna rozszerzająca, niewyartykułowana interpretacja warunku udziału w postępowaniu oraz dokonana w oparciu o nią ocena spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Należy odrzucić interpretacje oparte na intencjach, które nie znalazły wyrazu w formie pisemnej, niezależnie od tego czy dany opis warunku udziału w postępowaniu należałoby uznać za bardziej adekwatny do przedmiotu zamówienia. Wskazać należy, iż postanowienia dokumentów zamówienia wiążą zarówno zamawiającego, jak i wykonawców i nie jest dopuszczalne dokonywanie oceny spełniania warunków udziału w postepowaniu w oparciu o inne kryteria niż podane w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SWZ.

Co więcej, argumentacja prezentowana przez Zamawiającego w toku rozprawy jedynie potwierdza, że Zamawiający w sposób uznaniowy dokonał weryfikacji sytuacji podmiotowej Przystępującego, w oderwaniu od wykładni literalnej, opierając się na niewyrażonych w SWZ intencjach dotyczących przykładowego katalogu miejsc położenia koszy. W tożsamy sposób Izba oceniła argumentację Zamawiającego związaną z „zazębianiem" się miejsc położenia koszy wskazanych w specyfikacji (Zamawiający twierdził, iż np. kosz położony przy boisku, będzie równocześnie koszem przyulicznym).

Negatywnie w okolicznościach przedmiotowej sprawy należy również ocenić działania Zamawiającego polegające na poszukiwaniu we własnym zakresie informacji dotyczących doświadczenia Przystępującego. Jakkolwiek zgodzić się należy z Zamawiającym, iż gospodarz postępowania uprawniony jest zweryfikować prawdziwość informacji podanych przez wykonawcę celem wykazania warunku udziału w postępowaniu, to jednak nie jest zadaniem Zamawiającego wyręczanie wykonawcy w wykazaniu warunku udziału w postępowaniu i poszukiwanie brakujących informacji niezbędnych do pozytywnej jego oceny, w sytuacji gdy złożone podmiotowe środki dowodowe są niekompletne czy wadliwe. Oczywistym jest, że wykazanie warunków udziału w postępowaniu jest obowiązkiem wykonawcy, a jego realizacja niesie za sobą szereg doniosłych skutków prawnych, w tym związanych z wykluczeniem wykonawcy i odrzuceniem jego oferty. Nie jest Izbie wiadome, dlaczego Zamawiający nie wypełnił dyspozycji art. 128 ust. 1 ustawy Pzp i nie wezwał Przystępującego do uzupełnienia wykazu wykonanych usług, czy też nie skorzystał z uprawnień określonych art. 128 ust. 4 lub 5 ustawy Pzp, lecz zdecydował się poszukiwać we własnym zakresie brakujących informacji niezbędnych do wykazania omawianego warunku udziału w postępowaniu.

Dalej wskazać należy, iż za niewiarygodne Izba uznała twierdzenia Zamawiającego jakoby w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego podjął czynności

zmierzające do weryfikacji oświadczenia Przystępującego wyrażonego w załączniku nr 3 do SWZ. W dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia brak jest jakichkolwiek notatek, dokumentów potwierdzających powyższe czynności, co stoi w sprzeczności z zasadą pisemności postępowania oraz zasadą przejrzystości. Z analogicznych przyczyn nie przekonuje argumentacja Zamawiającego o oględzinach terenów objętych zamówieniem oraz złożone na tę okoliczność dowody w postaci zrzutów z lokalizacji koszy z mapy Google. Jak wskazał w toku rozprawy Odwołujący, czemu nie zaprzeczył Zamawiający, jeden z koszy przedstawionych w ramach rzeczonego dowodu jest obsługiwany przez Odwołującego a nie Przystępującego, co jedynie potęguje wątpliwości co do rzetelności weryfikacji sytuacji podmiotowej Przystępującego. Gdyby nawet uznać, że takie czynności miały miejsce, to powyższe jedynie potwierdza, iż podmiotowe środki dowodowe złożone przez Przystępującego były niekompletne i uniemożliwiały Zamawiającemu pozytywną ocenę sytuacji podmiotowej Wykonawcy. Co więcej, dokonana przez Zamawiającego analiza zdolności podmiotowej Przystępującego w oparciu o dokumentację referencyjnego postępowania o udzielenie zamówienia przeprowadzonego przez Kobierzycki Ośrodek Sportu i Rekreacji była wadliwa. Jak słusznie zauważył w toku rozprawy Odwołujący przedmiotem ww. zadania były dwie usługi: 1) odbiór i zagospodarowanie zmieszanych odpadów opakowaniowych z kontenerów o pojemności 1100 L z terenów zarządzanych przez KOSiR na terenie Gminy Kobierzyce oraz 2) opróżnianie koszy ustawionych na chodnikach, parkingach, terenach utwardzonych, terenach rekreacyjno – sportowych, boiskach sportowych, placach zabaw oraz przy budynkach sportowych. Ze złożonej referencji wynika natomiast, iż całkowita wartość umowy brutto wynosiła 160 920 zł. Wartość ta została podana przez Przystępującego w wykazie wykonanych usług, podczas gdy w celu wykazania warunku udziału w postępowaniu Wykonawca powołał się na doświadczenie w opróżnianiu koszy wraz z myciem i konserwacją. Nie sposób zatem wykluczyć, że wartość tej części usługi wykonanej w ramach zadania realizowanego na rzecz KOSiR nie spełnia wymogu dotyczącego wartości usługi (1 usługa o wartości min. 160.000,00 zł). Kwestia ta nie została przez Zamawiającego wyjaśniona w toku postępowania o udzielenie zamówienia, co należy ocenić negatywnie.

Odnosząc się kolejno do kwestii jakoby Przystępujący nie wykazał złożonymi dokumentami podmiotowymi, iż wykonał usługę/zadanie odbierania odpadów komunalnych, lecz usługę opróżniania koszy wraz z myciem i konserwacją wskazać należy, iż podmiotowe środki dowodowe składane przez wykonawcę celem potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu należy czytać całościowo. W okolicznościach niniejszej sprawy jakkolwiek w wykazie wykonanych usług Przystępujący podał, iż przedmiotem zadania było opróżnianie koszy wraz z myciem i konserwacją, to w dokumencie referencyjnym doprecyzowano pojęcie opróżniania koszy. W dokumencie referencji czytamy, że „przez

opróżnianie koszy rozumie się zbieranie i pozbywanie się odpadów przeznaczonych do tego celu pojemników ustawionych na chodnikach, parkingach, terenach utwardzonych, terenach rekreacyjno – sportowych, boiskach sportowych, placach zabaw oraz przy budynkach sportowych oraz przekazywanie odpadów do uprawnionego podmiotu zgodnie z powszechnie obowiązującymi przepisami." Ponadto w świetle zgromadzonego materiału dowodowego, w szczególności wyciągu ze specyfikacji dotyczącej referencyjnego zadania, nie było wątpliwości, że z koszy odbierane były odpady należące do grupy „20" (20 03 01 oraz 20 03 03), a zatem odpady komunalne. Powyższa okoliczność nie była podważana przez Odwołującego w toku rozprawy.

Co do kwestii pojemności koszy wskazać należy, iż rację ma Odwołujący, że z treści podmiotowych środków dowodowych złożonych przez Przystępującego nie wynika pojemność koszy, z których miały być odbierane odpady komunalne (co najmniej 30 litrów). Niemniej jednak z dowodu złożonego zarówno przez Odwołującego, jak i Zamawiającego (załącznik nr 1 do umowy w sprawie referencyjnego zamówienia) jednoznacznie wynika, że wymóg dotyczący pojemności koszy został spełniony. Brak było zatem sporu w tym zakresie.

Wobec powyższego Izba uwzględniła ww. zarzut i nakazała Zamawiającemu wezwanie Przystępującego w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale 7 pkt 2 ppkt 4 SWZ. W konsekwencji wybór oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej był wadliwy, bowiem Zamawiający nie zweryfikował należycie zdolności podmiotowej Wykonawcy. Jedynie dla porządku Izba wskazuje, iż w przypadku instytucji, o którym mowa w art. 128 ust. 1 ustawy Pzp obowiązuje zasada jednokrotnego wezwania. Jednocześnie wykonawca, którego usługa nie potwierdza wymaganego w dokumentach zamówienia doświadczenia może ją zastąpić inną usługą, w ramach której nabyto stosowne doświadczenie.

Za bez znaczenia dla istoty sporu Izba uznała wnioski dowodowe Odwołującego nr 36, o których mowa na s. 5-6 powyżej referujące do innych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonych przez Zamawiającego.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. a) oraz § 7 ust. 1 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).

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca: ……..