

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 lutego 2024 r. przez wykonawcę: **D.S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą D.S. P.H.U. Sar-Nat, ul. Lęborska 37, 77-100 Bytów**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Miejska Kościerzyna, ul. 3 Maja 9A, 83-400 Kościerzyna,**

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy: **Usługi Komunalne J.K., M.K. Spółka cywilna, ul. Mała Kolejowa 55, 83-400 Kościerzyna,**

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę: D.S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą D.S. P.H.U. Sar-Nat, ul. Lęborska 37, 77-100 Bytów, i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **D.S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą D.S. P.H.U. Sar-Nat, ul. Lęborska 37, 77-100 Bytów** tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza kwotę **4 559 zł 10 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset pięćdziesiąt dziewięć złotych dziesięć groszy) od wykonawcy: **D.S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą D.S. P.H.U. Sar-Nat, ul. Lęborska 37, 77-100 Bytów** na rzecz zamawiającego: **Gmina Miejska Kościerzyna, ul. 3 Maja 9A, 83-400 Kościerzyna,** stanowiącą koszty poniesione z tytułu dojazdu na posiedzenie i wynagrodzenia pełnomocnika.

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.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 354/24

Uzasadnienie

Zamawiający, Gmina Miejska Kościerzyna prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 a 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej „Pzp” w przedmiocie: „Całoroczne utrzymanie czystości i porządku wraz z pielęgnacją zieleni na terenie miasta Kościerzyna”, Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2023/S 152-486041 dnia 09.08.2023 r.

Pismem z dnia 22 stycznia 2024 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty – oferty złożonej przez wykonawcę Usługi Komunalne J.K., M.K. Spółka cywilna z siedzibą w Kościerzynie.

Wykonawca, D.S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą D.S. P.H.U. Sar-Nat z siedzibą w Bytowie wniósł odwołanie i zarzucił naruszenie przez Zamawiającego przepisów:

1.art. 128 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp, poprzez nieuprawnione wezwanie wykonawcy Usługi Komunalne J.K., M.K. spółka cywilna (dalej: „Usługi Komunalne”) do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, pomimo że wykonawca dokonał uprzednio samodzielnego uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, a w konsekwencji nieprawidłowe uznanie, że wykonawca Usługi Komunalne spełnia warunki udziału w postępowaniu pomimo wadliwości złożonych wykazów osób i narzędzi, w zakresie:

- a. braku wykazania posiadania zamiatarki chodnikowej miejskiej kompaktowej samojedznej typu samochodowego bezpyłowej spełniającej wymagania SWZ,
- b. braku dysponowania osobami spełniającymi warunki udziału w postępowaniu.

2. art. 239 ust. 1 i 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy Usługi Komunalne, jako najkorzystniejszej, która podlega odrzuceniu z uwagi na niespełnienie warunków w postępowaniu i brak złożenia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie:

- a. braku wykazania posiadania zmiatarki chodnikowej miejskiej kompaktowej samojezdnej typu samochodowego bezpyłowej spełniającej wymagania SWZ,
 - b. braku dysponowania osobami spełniającymi warunki udziału w Postępowaniu.
3. art. 255 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania w sytuacji, w której jedyna pozostała w postępowaniu oferta powinna podlegać odrzuceniu.

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania i zasądzenie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego, wg norm przypisanych oraz nakazanie Zamawiającemu:

1. dokonania unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
2. odrzucenia oferty wykonawcy Usługi Komunalne;
3. unieważnienia postępowania.

Odwolujący wyjaśnił, że w postępowaniu złożone zostały dwie oferty – Odwołującego oraz wykonawcy Usługi Komunalne. W dniu 29 listopada 2023 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty Odwołującego, co zostało zakwestionowane wniesieniem odwołania przez wykonawcę Usługi Komunalne. Krajowa Izba Odwoławcza, wyrokiem z dnia 22 grudnia 2023 r. sygn. akt: KIO 3708/23, uwzględniła odwołanie nakazując unieważnienie czynności wyboru oferty Odwołującego, powtórzenie czynności badania i oceny ofert i odrzucenia oferty Odwołującego. Sentencja wyroku nie obejmowała nakazania zbadania oferty Usługi Komunalne i dokonania wyboru oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej. W wykonaniu wyroku Izby, Zamawiający dokonał nakazanych mu czynności i odrzucił ofertę Odwołującego. Zamawiający dokonał badania oferty oraz wezwania wykonawcy Usługi Komunalne do złożenia podmiotowych środków dowodowych, a następnie wezwał go do uzupełnienia dokumentów. Wybór oferty wykonawcy Usługi Komunalne nastąpił w dniu 22 stycznia 2024 r.

W postępowaniu bierze udział zatem wyłącznie dwóch wykonawców. Przedmiotowe odwołanie, w razie jego uwzględnienia, spowoduje unieważnienie postępowania, a tym samym otworzy drogę Odwołującemu do uzyskania zamówienia w ponowionym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący postrzega zatem interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu możliwości uzyskania zamówienia w wyniku powtórzonego postępowania o udzielenie zamówienia. Konsekwentnie, możliwość poniesienia szkody przez Odwołującego przejawia się przede wszystkim w utraconych korzyściach w wyniku dokonania wyboru oferty wykonawcy Usługi Komunalne z naruszeniem przepisów Pzp – co prowadzi do nieuzyskania przedmiotowego zamówienia przez Odwołującego.

Odwolujący wskazał, że aktualna interpretacja art. 505 ust. 1 Pzp, oparta zarówno na wykładni gramatycznej tego przepisu, jak i orzecznictwie krajowym i unijnym, jednoznacznie wskazuje, że interes wykonawców wyraża się również w tym, że w przypadku unieważnienia postępowania w wyniku uwzględnienia środka odwoławczego, każdy z wykonawców mógłby wziąć udział w nowym postępowaniu, i w ten sposób otrzymać zamówienie. Za ugruntowany uznać należy pogląd, że pojęcie „dane zamówienie” w rozumieniu art. 1 ust. 3. dyrektywy 92/13/EWG może dotyczyć wszczęcia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jak wynika z orzecznictwa, niezależnie od liczby postępowań o udzielenie zamówienia – o tożsamym przedmiocie, które prowadzone są przez tego samego zamawiającego – dopóki nie zostanie zawarta umowa, to jest to ubieganie się o to samo – dane zamówienie publiczne i do tego czasu wykonawca ma interes w jego uzyskaniu, rozumiany jako możliwość wykonania zamówienia publicznego w kolejnym, nowym postępowaniu. Co więcej, art. 505 ust. 1 Pzp, w przeciwieństwie do przepisu art. 179 ust. 1 ustawy z 2004 r., stanowi o interesie w uzyskaniu „zamówienia”, a nie o interesie w uzyskaniu „danego zamówienia” co potwierdza brak podstaw do uwzględnienia uprzednio powszechnej (przed rokiem 2016), wąskiej, interpretacji zakresu legitymacji materialnej do wniesienia odwołania. Pogląd o szerokim ujęciu legitymacji do wniesienia odwołania w zakresie materialnym (zgodnie z art. 505 ust. 1 Pzp) znajduje poparcie również w wykładni pro unijnej, uwzględniającej przepisy Dyrektyw Odwoławczych. Art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665/EWG, wskazuje, że państwa członkowskie zapewniają dostępność procedur odwoławczych w ramach szczegółowych przepisów, które państwa członkowskie mogą ustanowić, przynajmniej dla każdego podmiotu, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia i który poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku domniemanego naruszenia.

Spełnione są zatem przesłanki dla przyznania Odwołującemu legitymacji materialnej czynnej w zakresie wnoszonego odwołania, zarówno co do posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia jak i możliwości poniesienia szkody. Wykonawca nie traci przymiotu podmiotu uprawnionego do skorzystania ze środków ochrony prawnej pomimo odrzucenia jego oferty w postępowaniu. Odwołujący podkreślił, że nie miał możliwości dokonania kontroli prawidłowości oferty złożonej przez wykonawcę Usługi Komunalne na etapie ogłoszenia pierwszego wyniku postępowania, zaś odmówienie mu prawa do złożenia odwołania na obecnym etapie spowodowałoby brak możliwości dokonania kontroli prawidłowości działań i zaniechań Zamawiającego w postępowaniu dokonanych po wykonaniu wyroku KIO.

Odwolujący jest podmiotem uprawnionym do wniesienia odwołania również w zakresie legitymacji formalnej – co implikuje brak podstaw do odrzucenia odwołania na podstawie art. 528 pkt 2 Pzp.

Odwolujący wskazał, że pismem z dnia 16 stycznia 2024 r. Zamawiający wezwał wykonawcę Usługi Komunalne

do złożenia podmiotowych środków dowodowych w terminie do dnia 29 stycznia 2024 r.

W odpowiedzi na ww. pismo wykonawca Usługi Komunalne przekazał za pośrednictwem platformy zakupowej w dniu 17 stycznia 2024 r. o godzinie 12:22 pliki w formie spakowanej do formatu .rar.

W dniu 17 stycznia 2024 r. o godzinie 12:38 wykonawca Usługi Komunalne przekazał dokumenty z informacją: „przesyłam podmiotowe środki dowodowe. W poprzedniej wiadomości pliki zostały przez pomyłkę przesłane w rozszerzeniu .rar”. Zgodnie natomiast z pkt 23.4 SWZ „Wśród rozszerzeń powszechnych a niewystępujących w Rozporządzeniu KRI występują: .rar .gif .bmp .numbers .pages. Dokumenty złożone w takich plikach zostaną uznane za złożone nieskutecznie.”

Złożony wykaz sprzętu (formularz 3.1.) zawierał w zakresie pkt 2, zamiatarki chodnikowej miejskiej wskazanie: „zamiatarka miejska kompaktowa samojezdna typu samochodowego bezpyłowa, szt. 2 Tennant – szt. 1, Schmidt Swingo – szt. 1.

Złożony wykaz osób (formularz 3.2.) zawierał wskazanie w zakresie ręcznego utrzymania zimowego 7 osób ze wskazaniem podstawy do dysponowania „umowa o pracę”, zaś w odniesieniu do 3 pozostałych osób wykonawca Usługi Komunalne nie potwierdził wymogu SWZ w zakresie dysponowania 8 osobami wskazanymi do realizacji zimowego utrzymania ręcznego:

a. K.M., który pełnić będzie funkcję - „operator sprzętu, nadzór nad pracami” w kolumnie „informacja o podstawie do dysponowania tymi osobami” podano - „umowa”;

b. W.D., który będzie pełnić funkcję - „operator sprzętu, kierowca, utrzymanie zimowe ręczne w kolumnie „informacja o podstawie do dysponowania tymi osobami” podano: „umowa”,

c. B.W., który będzie pełnić funkcję „operator sprzętu, kierowca, utrzymanie zimowe ręczne w kolumnie „informacja o podstawie do dysponowania tymi osobami” podano odpowiednio: „umowa zlecenie”.

SWZ zawiera wymagania dotyczące warunków udziału w postępowaniu m.in.:

a. w zakresie sprzętu – w pkt 7.1.1.b: zamiatarka chodnikowa miejska kompaktowa samojezdna typu samochodowego o szerokości maszyny nie przekraczającej 150 cm – bezpyłowa – min. 2 szt.,

b. w zakresie osób, które zostaną skierowane do realizacji niniejszego zamówienia posiadające kwalifikacje niezbędne do wykonania zamówienia, w tym:

i. a) min. 8 osób do realizacji ręcznego utrzymania zimowego,

ii. b) min. 1 osobą nadzorującą prace w pasie drogowym posiadającą zaświadczenie potwierdzające ukończenie szkolenia z zakresu wykonywania niektórych czynności związanych z kierowaniem ruchem drogowym wydanym na podstawie rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 6 lipca 2010 r. w sprawie kierowania ruchem drogowym (Dz.U.2023.101 t.j. z dnia 2023.06.13),

iii. c) min. 1 osoba odpowiedzialna za wykonanie przedmiotu zamówienia w zakresie pielęgnacji zieleni winna posiadać kwalifikacje zawodowe ogrodnika, tj. zdobyte wykształcenie w kierunku ogrodnictwo oraz 3letnie doświadczenie zawodowe.

W dniu 18 stycznia 2024 r. Zamawiający skierował do wykonawcy Usługi Komunalne wezwanie do uzupełnienia złożonych wykazów, wskazując na ich wadliwość w zakresie:

a. formularza 3.1 w zakresie parametru sprzętu wymienionego w punkcie 2 przedmiotowego formularza, tj. zamiatarki chodnikowej miejskiej, wskazując na brak potwierdzenia wymaganego parametru sprzętu dotyczącego szerokości maszyny, który nie może przekroczyć 150 cm, co oznacza, że wykonawca nie spełnia warunku dysponowania wymaganym sprzętem, urządzeniami niezbędnymi do realizacji zamówienia;

b. formularza 3.2 - Wykaz osób, w zakresie braku wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania kadrą w zakresie skierowania min. 8 osób do realizacji ręcznego utrzymania zimowego, w zakresie osób: M.K., D.W., W.B..

W odpowiedzi na wezwanie wykonawca Usługi Komunalne złożył uzupełniony wykaz osób, a jednocześnie nie złożył uzupełnionego wykazu sprzętu, wskazując w piśmie, że posługuje się zamiatarkami, które nie przekraczają 150 cm szerokości. Wskazał, że są to zamiatarki Schmidt Swingo 200 i Tennant A60.

Złożony przez wykonawcę wykaz sprzętu nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie pkt 7.1.1.b SWZ: zamiatarka chodnikowa miejska kompaktowa samojezdna typu samochodowego o szerokości maszyny nie przekraczającej 150 cm – bezpyłowa – min. 2 szt. Wykaz nie zawiera odniesienia do szerokości maszyny, zaś wskazane nazwy zamiatarek nie potwierdzają odpowiedniej szerokości.

Uzupełnienia złożone przez wykonawcę Usługi Komunalne nie powinny być brane pod uwagę, zaś złożone wyjaśnienia stanowią w istocie modyfikację złożonych pierwotnie podmiotowych środków dowodowych. Zamawiający jednoznacznie określił w SWZ formaty, w jakich składane mogą być dokumenty w postępowaniu. Wykluczył przy tym skompresowanie plików w formacie .rar (pkt 23.4 SWZ).

Odwolujący podniósł, że wykonawcy są związani wymogami Zamawiającego w zakresie dopuszczalności

składania dokumentów w określonych formatach. Wykonawca Usługi Komunalne, składając powtórnie złożone podmiotowe środki dowodowe, w rzeczywistości dokonał ich uzupełnienia, co stanowi wyczerpanie możliwości skorzystania z art. 128 ust. 1 Pzp. Przyznanie Zamawiającemu prawa do naprawienia błędów wykonawcy w uzupełnionych dokumentach, spowodowałoby naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Przyjęcie odmiennego stanowiska (np. w wyniku uznania złożenia dokumentów za niebyłe) oznaczałoby umożliwienie wielokrotnego wzywania wykonawców do uzupełniania podmiotowych środków dowodowych, co sprzeczne jest z utrwaloną zasadą jednokrotności wzywania do uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń. Zasada ta ma na celu m.in. zapobieżenie nadużyciom w ramach postępowania i spowodowania nierównego traktowania wykonawców w postępowaniach o udzielenie zamówienia.

Nawet jednak w razie uznania uzupełnień dokonanych przez wykonawcę Usługi Komunalne za dokonane prawidłowo, w dalszym ciągu nie potwierdzają one spełnienia wymaganego przez Zamawiającego parametru maksymalnej szerokości sprzętu (150 cm). Zamiatarka Swingo 200 występuje w różnych wersjach, z których wersja 3-szczotkowa przekracza ww. wymiary. Wykonawca nie potwierdził zatem spełnienia warunku udziału w postępowaniu zarówno w złożonym pierwotnie wykazie sprzętu, jak i w (nieskutecznie) złożonym uzupełnieniu.

Podobnie, pod uwagę nie powinien być brany uzupełniony wykaz osób. Nie jest trafne stanowisko wykonawcy Usługi Komunalne, jakoby wymóg dotyczący zatrudnienia na podstawie stosunku pracy w rozumieniu przepisów Kodeksu pracy miał znaczenie wyłącznie na etapie realizacji umowy. Zamawiający jednoznacznie wymagał wskazania w wykazie osób które zostaną skierowane do realizacji zamówienia. Projektowane postanowienia umowy nie zawierają zasad dotyczących zmiany tych osób w stosunku do złożonej oferty, na etapie realizacji umowy, zaś weryfikacja jest dokonywana wyłącznie w zakresie pozostawania w stosunku pracy. Składając ofertę zatem, wykonawca Usługi Komunalne założył niejako z góry, że osoby wskazane w wykazie osób nie zostaną skierowane do realizacji zamówienia, nie wszystkie z tych osób pozostają bowiem z nim w stosunku pracy. Oznacza to brak spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

W zakresie osób wskazanych w wykazie, którymi wykonawca dysponuje na innej podstawie niż umowa o pracę, wykonawca nie wykazał, że będzie dysponował nimi w celu realizacji zamówienia. Nie jest bowiem możliwe zatrudnienie tych osób na podstawie umowy zlecenia ani na podstawie umowy świadczenia usług. Zamawiający nie dopuszcza również zatrudniania tych osób na warunkach samozatrudnienia – co stanowiłoby obejście przepisów dotyczących zatrudnienia na podstawie stosunku pracy. Wykonawca Usługi Komunalne nie wykazał zatem spełnienia warunków w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednimi osobami wymaganymi w SWZ.

Wykonawca: Usługi Komunalne J.K., M.K. s.c. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Wniósł o oddalenie odwołania. Pismem z dnia 15 lutego 2024 r. Przystępujący przedstawił swoje stanowisko w sprawie.

Przystępujący zakwestionował posiadanie przez Odwołującego legitymacji odwoławczej, wskazując, że Odwołujący na skutek definitywnego i ostatecznego odrzucenia złożonej przez niego oferty utracił status podmiotowy uprawniający do skorzystania ze środków ochrony prawnej w zakresie zarzutów sformułowanych w odwołaniu. Przystępujący podkreślił, że wprawdzie wyroki TSUE dopuszczają kwestionowanie przez wykonawcę odrzuconego, decyzji dotyczących ofert konkurencyjnych, nawet gdy skutkiem uwzględnienia odwołania miałyby być unieważnienie postępowania, jednak orzeczenia te dotyczą podmiotów, wobec których decyzja o wykluczeniu bądź odrzuceniu nie była ostateczna. We wskazanym zakresie Przystępujący przywołał stanowisko Izby wyrażone w wyroku z dnia 23 października 2019 r., KIO 2031/19, szczegółowo rekonstruuje konstatacje TSUE w tym zakresie.

Zdaniem Przystępującego, ostateczne odrzucenie oferty Odwołującego na skutek wykonania przez Zamawiającego wydanego przez Izbę orzeczenia, stanowi czynnik, który uchyla posiadanie przez Odwołującego statusu, o którym mowa w art. 505 ust. 1 Pzp. Wobec powyższego, odwołanie powinno zostać odrzucone przez Izbę na podstawie art. 528 pkt 2 Pzp.

Zamawiający, pismem z dnia 14 lutego 2024 r., złożył odpowiedź na odwołanie. Wniósł o oddalenie odwołania.

Zdaniem Zamawiającego, nie ma racji Odwołujący, że Zamawiający w sposób nieuprawniony wezwał wykonawcę Usługi Komunalne do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych. Odwołujący kwestionuje w istocie czynność uczestnika polegającą na złożeniu w dniu 17.01.2024 r. podmiotowych środków dowodowych po tym, jak kilka minut wcześniej (godz. 12:22) wykonawca przesłał te środki w formacie „rar”, nie przewidzianym w SWZ. Zamawiający podkreślił, że uczestnik z własnej inicjatywy, po zorientowaniu się w popełnionej omyłce, w dniu 17.01.2024 r. o godz. 12:38, a więc nadal w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego, złożył je w poprawnym formacie. Złożenie tych środków, zgodnie z pismem Zamawiającego z dnia 16.01.2024 r. miało nastąpić w terminie do dnia 29.01.2024 r. do godz. 13:00. Nie można zgodzić się z interpretacją Odwołującego, iż powyższa czynność stanowiła złożenie podmiotowych środków „powtórnie” lub jako nieuprawnione „uzupełnienie”. Pierwotne złożenie dokumentów w nieprawidłowych formacie stanowiło czynność całkowicie nieskuteczną, a Zamawiający nie dokonał rozpakowania tak

przesłanych dokumentów, gdyż nie miał w platformie zakupowej takiej możliwości. Nie doszło w takiej sytuacji do złamania jakichkolwiek przepisów ustawy Pzp, w szczególności art. 128 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1. Trudno doszukać się również złamania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zdaniem Zamawiającego, nie są również zasadne argumenty Odwołującego, iż Zamawiający sprzecznie z ustawą dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty uczestnika Usługi Komunalne.

Zamawiający pismem z dnia 18.01.2024 r. wezwał ww. wykonawcę na podstawie art. 128 ust. 1 i 4 Pzp do ponownego złożenia poprawionego formularza 3.1 lub złożenia wyjaśnień w zakresie parametru sprzętu wymienionego w punkcie 2 formularza, tj. zmiatarki chodnikowej miejskiej, oraz ponownego złożenia formularza 3.2 – wykaz osób.

Zgodnie ze zmienionymi warunkami udziału w postępowaniu (pismo Zamawiającego z dnia 25.08.2023 r.) wykonawcy mieli skierować do realizacji zamówienia „min. 8 osób do realizacji ręcznego utrzymania zimowego”.

Zgodnie z art. 95 ust. 1 Pzp oraz pkt. 5.7 SWZ *Zamawiający wymaga zatrudnienia przez Wykonawcę, podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę osób wykonujących czynności wchodzące w tzw. koszty bezpośrednie (związane z realizacją niniejszego zamówienia) na podstawie stosunku pracy w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 26.06.1974r. – Kodeks pracy. Wymóg ten dotyczy osób które wykonują pod kierownictwem i nadzorem wykonawcy lub podwykonawcy czynności bezpośrednio związanych ze sprzątaniem miasta, pielęgnacją zieleni oraz utrzymaniem zimowym.*

Wykonawca w ponownie złożonym wykazie osób wskazał w sumie 10 osób, które będą skierowane do realizacji „ręcznego zimowego utrzymania”, przy czym 8 osób będzie te czynności wykonywało na podstawie umowy o pracę (T.B., R.M., G.J., P.Ż., D.P., P.U., A.T., K.U.), a 2 osoby skierowane do tych czynności to wspólnicy spółki wykonawcy (J.K., M.K.), którzy z samej istoty swoich relacji spółkowych nie mogą pozostawać sami z sobą w stosunku pracy. Wykonawca doprecyzował ponadto informacje o charakterze prawnym stosunku prawnego łączącego go z pozostałymi osobami: M.K. (umowa o świadczenie usług), D.W. (umowa o świadczenie usług), W.B. (umowa zlecenie) według stanu na chwilę składania oświadczenia. Wyjaśnił przy tym, że osoby te zarówno posiadają uprawnienia do obsługi sprzętu, jak i są przeszkolone do prac ręcznych. Są osobami wskazanymi dodatkowo, jako potencjalnie mogące zostać zaangażowane w realizację zamówienia, w tym w zakresie prac ręcznego utrzymania zimowego. Nadmiarowość wskazania tych osób nie narusza konstatacji, iż wykonawca spełnia wymóg Zamawiającego, gdyż dysponuje dostateczną liczbą osób, które będą wykonywały czynności zimowego utrzymania w warunkach zatrudnienia w ramach stosunku pracy.

Druga wątpliwość Zamawiającego dotyczyła formularza 3.1 – potencjał techniczny: pkt 2, który nie zawierał informacji o szerokości maszyny, którą wykonawca skieruje do realizacji usług, a która nie mogła przekroczyć 150 cm. Wymogiem było dysponowanie przez wykonawcę min. 2 sztukami zmiatarek chodnikowych miejskich kompaktowych samojedznych typu samochodowego o szerokości maszyny nie przekraczającej 150 cm, bezpyłowych” (pismo zamawiającego z dnia 25.08.2023 r.). W piśmie stanowiącym odpowiedź na wezwanie ww. wykonawca wyjaśnił w sposób nie budzący wątpliwości, że podane maszyny Schmidt Swingo 200 oraz Tannant A60 nie przekraczają 150 cm szerokości. Wyjaśnienie to było wystarczające dla Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do dyspozycji art. 505 ust. 1 Pzp. Art. 505 ust. 1 Pzp wskazuje podmioty, które są uprawnione do skorzystania ze środków ochrony prawnej. Są nimi: wykonawca, uczestnik konkursu, inny podmiot (tzn. osoba fizyczna, osoba prawna, jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej), który jest w stanie wykazać spełnienie materialnoprawnych przesłanek do skorzystania ze środka ochrony prawnej – jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Podmiot korzystający ze środka ochrony prawnej musi wykazać spełnienie tzw. materialnoprawnych przesłanek do wniesienia środka ochrony prawnej, tj. wykazać, że:

- 1) ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie,
- 2) poniósł lub może ponieść szkodę,
- 3) poniesiona lub możliwa do poniesienia szkoda jest wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp.

Powyższe przesłanki muszą być spełnione łącznie, a ich badanie dokonywane jest na rozprawie na gruncie okoliczności faktycznych konkretnej sprawy.

Przepisy ustawy Pzp nie definiują pojęcia interesu w uzyskaniu zamówienia. Utrwalony jest pogląd, że interes w uzyskaniu zamówienia to interes faktyczny i prawny w uzyskaniu zamówienia. Wiąże się on z chęcią uzyskania zamówienia. W niektórych stanach faktycznych wykonawca będzie posiadał interes w uzyskaniu zamówienia nawet wtedy, gdy uwzględnienie wniesionego przez niego odwołania miałoby prowadzić do unieważnienia postępowania o

udzielenie zamówienia (patrz: wyrok z dnia 11 maja 2017 r. w sprawie C-131/16 *Archus sp. z o.o. i Gama Jacek Lipik przeciwko Polskiemu Górnictwu Naftowemu i Gazownictwu SA* ECLI:EU:C:2017:358, pkt 47–59). Interes wykonawcy wyrażać się może także w tym, że w przypadku unieważnienia postępowania w wyniku uwzględnienia środka odwoławczego, każdy z wykonawców mógłby wziąć udział w nowym postępowaniu i w ten sposób otrzymać zamówienie.

Kolejną materialnoprawną przesłanką wniesienia odwołania jest zaistnienie lub potencjalne zaistnienie szkody. Najczęściej w przypadku zamówień publicznych występuje szkoda majątkowa, która wiąże się z utratą możliwości uzyskania zamówienia, która ma charakter ekonomiczny. Szkoda musi być wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy – pozostawać w adekwatnym związku przyczynowym z tym naruszeniem.

W przedmiotowym postępowaniu oferty zostały złożone przez dwóch wykonawców. Oferta Odwołującego została odrzucona na skutek orzeczenia KIO. W tej sytuacji odrzucenie drugiej oferty będzie skutkowało unieważnieniem postępowania o udzielenie zamówienia, co stworzy Odwołującemu możliwość ubiegania się o udzielenie zamówienia w przyszłości w wyniku powtórzonego postępowania o udzielenie zamówienia. Jednocześnie możliwość poniesienia szkody przez Odwołującego przejawia się w utraceniu ewentualnych korzyści w wyniku dokonania w przedmiotowym postępowaniu wyboru oferty wykonawcy Usługi Komunalne w przedmiotowym postępowaniu z naruszeniem przepisów ustawy Pzp. Podkreślić również należy, że ze względu na tzw. procedurę odrzuconą oceny ofert, Odwołujący nie miał możliwości zakwestionowania drugiej oferty na wcześniejszych etapach postępowania, z tego względu, że wykonawca Usługi Komunalne został wezwany do złożenia podmiotowych środków dowodowych dopiero po odrzuceniu oferty Odwołującego, a zatem Odwołujący nie mógł wcześniej zaskarżyć tej oferty. Nieprzyznanie prawa Odwołującemu do wniesienia środka ochrony prawnej w tej sytuacji naruszałoby wprost zasadę proporcjonalności oraz zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Wykonawca, Usługi Komunalne J.K., M.K. Spółka cywilna
z siedzibą w Kościerzynie skutecznie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, spełniając przesłanki wskazane w art. 525 ust. 1-3 Pzp.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Przedmiotem zamówienia jest całoroczne utrzymanie czystości i porządku wraz z pielęgnacją zieleni na terenie miasta Kościerzyna:

- utrzymanie czystości na terenie miasta Kościerzyna,
- zimowe utrzymanie na terenie miasta Kościerzyna obejmujące utrzymanie zimowe mechaniczne i ręczne,
- pielęgnacja zieleni na terenie miasta Kościerzyna.

Przedmiot zamówienia opisany został szczegółowo w Rozdziale 4 Specyfikacji Warunków Zamówienia.

Zgodnie z postanowieniem pkt 5.7. SWZ, *Zapisy dotyczące wymogu zatrudnienia na podstawie stosunku pracy - art. 95 ust. 1 ustawy Pzp*

1) Zamawiający wymaga zatrudnienia przez Wykonawcę, podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę osób wykonujących czynności wchodzące w tzw. koszty bezpośrednie (związane z realizacją niniejszego zamówienia) na podstawie stosunku pracy w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 26.06.1974r. – Kodeks pracy. Wymóg ten dotyczy osób, które wykonują pod kierownictwem i nadzorem wykonawcy lub podwykonawcy czynności bezpośrednio związane ze sprzątaniem miasta, pielęgnacją zieleni oraz utrzymaniem zimowym.

2) Wykonawca, podwykonawca lub dalszy podwykonawca zatrudni wyżej wymienione osoby na okres realizacji zamówienia.

W SWZ ustanowione zostały warunki udziału w postępowaniu „O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu oraz spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej – Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaze, że:

1. na czas realizacji zamówienia będzie dysponować sprzętem, urządzeniami i materiałami niezbędnymi do realizacji niniejszego zamówienia tj.:

[...] b: zmiatarka chodnikowa miejska kompaktowa samojezdna typu samochodowego o szerokości maszyny nie przekraczającej 150 cm – bezpyłowa – min. 2 szt.,

[...] 2. skieruje do realizacji niniejszego zamówienia osoby zapewniające realizację zamówienia oraz posiadające kwalifikacje niezbędne do wykonania zamówienia, w tym:

a) min. 8 osób do realizacji ręcznego utrzymania zimowego,

b) min. 1 osobą nadzorującą prace w pasie drogowym posiadającą zaświadczenie potwierdzające ukończenie szkolenia z zakresu wykonywania niektórych czynności związanych z kierowaniem ruchem drogowym wydanym na podstawie rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 6 lipca 2010 r. w sprawie kierowania ruchem

drogowym (Dz.U.2023.101 t.j. z dnia 2023.06.13),

c) *min. 1 osoba odpowiedzialna za wykonanie przedmiotu zamówienia w zakresie pielęgnacji zieleni winna posiadać kwalifikacje zawodowe ogrodnika, tj. zdobyte wykształcenie w kierunku ogrodnictwo oraz 3 letnie doświadczenie zawodowe.*"

W celu wykazania spełniania ww. warunków udziału w postępowaniu Zamawiający wymagał złożenia przez wykonawcę podmiotowych środków dowodowych w postaci:

- wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami (wg wzoru formularza nr 3.1 stanowiącego zał. do SWZ),
- wykazu osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami (wg wzoru formularza nr 3.2 stanowiącego zał. do SWZ).

Zgodnie z postanowieniem pkt 23.4 SWZ Zamawiający zastrzegł w dokumentach zamówienia, że *Wśród rozszerzeń powszechnych a niewystępujących w Rozporządzeniu KRI występują: .rar .gif .bmp .numbers .pages. Dokumenty złożone w takich plikach zostaną uznane za złożone nieskutecznie.*"

Zamawiający wezwał wykonawcę Usługi Komunalne, pismem z dnia 16 stycznia 2024 r., do złożenia podmiotowych środków dowodowych w terminie do dnia 29 stycznia 2024 r. do godz. 13.00.

Wykonawca Usługi Komunalne przekazał za pośrednictwem platformy zakupowej w dniu 17 stycznia 2024 r. o godzinie 12:22 pliki w formie spakowanej do formatu .rar, natomiast o godzinie 12:38 wykonawca przekazał powyższe dokumenty z informacją: „*przesyłam podmiotowe środki dowodowe. W poprzedniej wiadomości pliki zostały przez pomyłkę przesłane w rozszerzeniu .rar*". Wykonawca w obu formatach złożył wykaz sprzętu (formularz 3.1.) oraz wykaz osób (formularz 3.2.) o identycznej treści.

W dniu 18 stycznia 2024 r. Zamawiający skierował do wykonawcy Usługi Komunalne na podstawie art. 128 ust. 1 i 4 Pzp wezwanie do uzupełnienia i wyjaśnienia złożonych wykazów w zakresie:

- a. formularza 3.1 w zakresie parametru sprzętu wymienionego w punkcie 2 przedmiotowego formularza, tj. zamiatarki chodnikowej miejskiej, wskazując na brak potwierdzenia wymaganego parametru sprzętu dotyczącego szerokości maszyny, który nie może przekroczyć 150 cm;
- b. formularza 3.2 - Wykaz osób, w zakresie braku wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania kadrą w zakresie skierowania min. 8 osób do realizacji ręcznego utrzymania zimowego, w zakresie osób: M.K., D.W., W.B.;

W odpowiedzi na powyższe wezwanie wykonawca Usługi Komunalne złożył uzupełniony wykaz osób, wskazując łącznie 10 osób, w tym 8 osób, które będą skierowane do realizacji „ręcznego zimowego utrzymania” i będą zatrudnione na podstawie umowy o pracę oraz wyjaśnienie dotyczące wykazu sprzętu, wskazując, że posługuje się zamiatarkami, które nie przekraczają 150 cm szerokości i wskazał, że są to zamiatarki Schmidt Swingo 200 i Tannant A60.

W danym stanie faktycznym Izba zważyła, jak poniżej:

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 128 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp, poprzez nieuprawnione wezwanie wykonawcy Usługi Komunalne J.K., M.K. spółka cywilna do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, pomimo że wykonawca ten dokonał uprzednio samodzielnego uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, a w konsekwencji nieprawidłowe uznanie, że ww. wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu pomimo wadliwości złożonych wykazów osób i narzędzi, w zakresie:

- a. braku wykazania posiadania zamiatarki chodnikowej miejskiej kompaktowej samojezdnej typu samochodowego bezpyłowej spełniającej wymagania SWZ,
- b. braku dysponowania osobami spełniającymi warunki udziału w postępowaniu.

Zarzut powyższy jest, w ocenie Izby, niezasadny.

W ramach powyższego zarzutu Odwołujący zakwestionował czynność Przystępującego polegającą na złożeniu w dniu 17 stycznia 2024 r. ponownie podmiotowych środków dowodowych po tym, jak kilka minut wcześniej (godz. 12:22) wykonawca przesłał te same dokumenty w formacie „.rar”, co do którego Zamawiający zastrzegł bezskuteczność czynności.

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, że powyższa czynność stanowiła złożenie podmiotowych środków „powtórnie”, a wobec tego - że wykonawca wyczerpał tym samym możliwość uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w trybie art. 128 ust.1 Pzp.

Wskazać należy, że wykonawca złożył podmiotowe środki dowodowe w prawidłowym formacie w terminie

wyznaczonym przez Zamawiającego na ich złożenie, zatem wobec bezskuteczności złożenia tych dokumentów w formie .rar należy uznać, że nie nastąpiło w tym przypadku uzupełnienie dokumentów, o którym mowa w art. 128 ust.1 Pzp. Jednocześnie podkreślenia wymaga fakt, że w obu przypadkach treść złożonych dokumentów jest identyczna. Odwołujący nie kwestionował tej okoliczności.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b,c Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego z tego powodu, że ww. wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu i nie złożył podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie:

- wykazania posiadania zamiatarki chodnikowej miejskiej kompaktowej samojezdnej typu samochodowego bezpyłowej spełniającej wymagania SWZ,
- dysponowania osobami spełniającymi warunki udziału w postępowaniu.

Zarzut powyższy nie zasługuje na uwzględnienie.

W piśmie stanowiącym odpowiedź na wezwanie Zamawiającego z dnia 18 stycznia 2024 r. wykonawca Usługi Komunalne J.K., M.K. spółka cywilna wyjaśnił w sposób nie budzący wątpliwości, że wskazane przez wykonawcę maszyny Schmidt Swingo 200 oraz Tannant A60 nie przekraczają 150 cm szerokości.

Izba zauważa, że uzupełnienie wykazu sprzętu o określoną informację, której nie zawarto w wykazie sprzętu nie musi nastąpić w formie ponownie wypełnionego formularza - wykazu. Podanie przez wykonawcę wymaganej informacji, jako oświadczenia złożonego w piśmie wyjaśniającym, stanowi zadość wezwaniu do uzupełnienia treści wykazu. Izba zwraca uwagę, że istotą wykazu jest złożenie przez wykonawcę oświadczenia co do wymaganych przez Zamawiającego danych. Zarówno wykaz, jak i wyjaśnienie stanowią oświadczenia wykonawcy. Jak wynika z treści pisma wykonawcy Usługi Komunalne J.K., M.K. spółka cywilna, zawiera ono oświadczenie wykonawcy uzupełniające treść wykazu sprzętu o wymagane informacje, co czyni zadość uzupełnieniu braków tego wykazu. Jednocześnie należy podkreślić, że oczywistym jest, iż postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego cechuje się formalizmem, jednak formalizm ten nie jest celem samym w sobie. Dlatego też złożenie przez wykonawcę uzupełniającej informacji w formie odbiegającej od formularza opracowanego przez Zamawiającego nie dyskwalifikuje uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego w zakresie informacji, której wykonawca nie podał w wykazie sprzętu.

Wykonawca Usługi Komunalne J.K., M.K. spółka cywilna potwierdził zatem spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego przez Zamawiającego parametru maksymalnej szerokości sprzętu (150 cm). Nawet jeśli zamiatarka Swingo 200 występuje w różnych wersjach, to oświadczenie złożone przez wykonawcę nie pozostawia wątpliwości, że potwierdził on dysponowanie zamiatarką o wymaganej szerokości. Jednocześnie należy zauważyć, że wykonawca nie miał obowiązku przedkładania Zamawiającemu jakichkolwiek dodatkowych dokumentów, np. typu karty katalogowe itp. na potwierdzenie ww. parametru.

W odniesieniu do uzupełnionego wykazu osób, w ocenie Izby, nie budzi wątpliwości fakt, że wykonawca Usługi Komunalne J.K., M.K. spółka cywilna uzupełnił wykaz osób potwierdzający spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Zaoferował wymaganą liczbę 8 osób, którymi dysponuje, które będą wykonywały pod kierownictwem i nadzorem wykonawcy lub podwykonawcy czynności bezpośrednio związane ze sprzątaniem miasta, pielęgnacją zieleni oraz utrzymaniem zimowym. Należy podkreślić, że wymóg zatrudnienia ww. osób dotyczy etapu realizacji umowy.

Na marginesie tylko Izba wskazuje, że wymóg powyższy (co do zatrudnienia osób) nie został sformułowany w treści warunku udziału w postępowaniu. Zgodnie z SWZ, wskazane przez wykonawcę osoby będą musiały być zatrudnione przez niego w ramach umowy o pracę w czasie realizacji przedmiotowego zamówienia. Na obecnym etapie brak jest podstaw do twierdzenia, że nie zostaną one zatrudnione, taka okoliczność nie została przez Odwołującego wykazana.

Reasumując powyższe, w danym stanie faktycznym Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 239 ust. 1 i 2w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy Usługi Komunalne J.K., M.K. spółka cywilna, jako najkorzystniejszej. Oferta tego wykonawcy nie podlega odrzuceniu – nie została wykazana zasadność przesłanek, zgodnie z brzmieniem art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b,c Pzp, tj. że ww. wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu i nie złożył podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, w tym, w zakresie:

- braku wykazania posiadania zamiatarki chodnikowej miejskiej kompaktowej samojezdnej typu samochodowego bezpyłowej spełniającej wymagania SWZ,
- braku dysponowania osobami spełniającymi warunki udziału w postępowaniu.

Biorąc pod uwagę okoliczność, że oferta Przystępującego nie podlega odrzuceniu, niezasadny jest także zarzut zaniechania unieważnienia przez Zamawiającego przedmiotowego postępowania na podstawie art. 255 pkt 2 Pzp.

Uwzględniając powyższy stan rzeczy, ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605) oraz § 5 pkt 1 i 2 oraz § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2020 r. 2437).

Przewodniczący: