Sygn. akt KIO 2748/23

WYROK

z dnia 6 października 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Rafał Malinowski
Protokolant:Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie dnia 3 października 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia 18 września 2023 r. przez wykonawcę M. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Drogowych i Komunalnych DROMAR M. K. z siedzibą w Staniçyw postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Kędzierzyn-Koźle Urząd Miasta

przy udziale wykonawcy REMONDIS Gliwice Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę REMONDIS Gliwice Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. przez wykonawcę, który podlega wykluczeniu z postępowania w związku z wystąpieniem podstaw do wykluczenia określonych w art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.
3. Zasądza od zamawiającego Gminy Kędzierzyn-Koźle Urząd Miasta na rzecz odwołującego M. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Drogowych i Komunalnych DROMAR M. K. z siedzibą w Stanicy kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy).

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) 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 2748/23

Uzasadnienie

Gmina Kędzierzyn-Koźle Urząd Miasta, dalej jako: „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605), dalej jako: „ustawa PZP”, którego przedmiotem jest Utrzymanie czystości na drogach gminnych i przystankach autobusowych w latach 2023 – 2025, znak sprawy: ZP.271.1.39.2023.AW.

Wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty progów unijnych, o których mowa w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy PZP.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Suplemencie Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej z dnia 22 czerwca 2023 r., pod numerem 2023/S 119-373087.

W dniu 18 września 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcyM. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Drogowych i Komunalnych DROMAR M. K., dalej jako: „Odwołujący” wobec czynności i zaniechań Zamawiającego, tj. wobec:

a) Niezgodnej z ustawą PZP czynności badania i oceny ofert w postępowaniu;
b) Niezgodnej z ustawą PZP czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Remondis Gliwice Sp. z o.o. (dalej jako: „Remondis” lub „Przystępujący”);
c) Zaniechaniu wykluczenia wykonawcy Remondis z uwagi na podanie informacji w zakresie spełniania warunku

określonego w pkt 8.2 .p. 1 pkt I. i pkt II tiret pierwszy SWZ wprowadzających w błąd Zamawiającego i zaniechaniu odrzucenia oferty Remondis jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania

na wypadek nieuwzględnienia powyższego, ewentualnie (zarzut ewentualny do lit. c):

d)Niezgodnym z ustawą PZP uznaniu, że Remondis spełnia warunki udziału w postępowaniu określone w pkt 8.2 lp. 1 pkt I. i pkt II. tiret pierwszy SWZ i zaniechaniu wezwania wykonawcy Remondis do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie warunków odnoszących się do:

- zdolności technicznej – doświadczenia opisanego w pkt 8.2. lp. 1 pkt I SWZ;

- potencjału technicznego opisanego w pkt 8.2 lp. 1 pkt II tiret pierwszy SWZ.

Wobec powyższego Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1.art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy PZP w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 i 8 w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy PZP poprzez zaniechanie wykluczenia Remondis z postępowania, mimo że wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, a co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, złożył informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd w zakresie informacji przedstawionych w celu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych w pkt 8.2. lp. 1 pkt I. i pkt II. tiret pierwszy SWZ, co mogło mieć (i miało) istotny wpływ na podejmowane przez Zamawiającego decyzje w postępowaniu, a w konsekwencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Remondis, jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu;

ewentualnie

2.art. 128 ust. 1 w zw. z art. 112 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy PZP poprzez uznanie, że wykonawca Remondis spełnia warunek udziału w postępowaniu określony w pkt 8.2 lp. 1 pkt I. SWZ i/lub w pkt 8.2. lp. 1 pkt II. tiret pierwszy SWZ i zaniechanie wezwania wykonawcy Remondis do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie każdego z ww. warunków, pomimo że wykonawca Remondis nie wykazał spełniania żadnego z przedmiotowych warunków;

3.art. 239 ust. 1 ustawy PZP poprzez wybór oferty wykonawcy Remondis jako najkorzystniejszej, na skutek błędnej czynności badania i oceny ofert, podczas gdy oferta Remondis powinna zostać odrzucona jako złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania (w przypadku uwzględnienia zarzutu postawionego w pkt 1 powyżej), względnie – nie mogła być uznana za złożoną przez wykonawcę, który spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej opisane w pkt 8.2. lp. 1 pkt I. i pkt II. tiret pierwszy SWZ (w przypadku uwzględnienia zarzutu wskazanego w pkt 2 powyżej).

Wobec postawionych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania określonych czynności zgodnie z treścią odwołania.

Stanowisko Odwołującego:

Argumentując postawione zarzuty, Odwołujący zwrócił uwagę na stan faktyczny sprawy, z którego wynika, że wykonawca Remondis przedstawił Zamawiającemu nieprawdziwe informacje w postaci oświadczeń przy każdej z usług wskazanych w pierwotnie złożonym wykazie usług, wedle których w ramach usług utrzymania czystości pasów drogowych realizował usługi mechanicznego zamiatania i koszenia trawy.

Dalej wskazywał, że w ramach złożonych w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp wyjaśnień, Wykonawca oświadczył bowiem, że w rzeczywistości (wbrew treści pierwotnie złożonego wykazu usług) w ramach usług utrzymania czystości pasów w odniesieniu do:

- zamówień wskazanych w poz. nr 1,3 wykazu usług - nie były realizowane usługi koszenia trawy:

- zamówienia wskazanego w poz. nr 2 wykazu usług - nie były realizowane usługi mechanicznego zamiatania.

Z oświadczenia Remondis złożonego na wezwanie Zamawiającego wynika więc wprost, że wykonawca ten wprowadził Zamawiającego w błąd oświadczając w wykazie usług - poprzez pozostawienie odpowiedzi „TAK" (i skreślenie odpowiedzi „NIE") przy oświadczeniu co do realizowania w ramach usługi utrzymywania pasa drogowego także usługi mechanicznego zamiatania i koszenia trawników - że wykonywał w ramach każdego ze wskazanych zadań zarówno usługi mechanicznego zamiatania, jak i koszenia traw.

Dopiero po wezwaniu Zamawiającego Wykonawca przyznał, że w rzeczywistości w zadaniu 1 i 3 nie realizował usługi koszenia trawy, z kolei w ramach zadania nr 2 nie wykonywał usługi mechanicznego zamiatania. Nie ulega więc

wątpliwości, że złożone w ramach pierwotnie złożonego wykazu usług oświadczenia były nieprawdziwe i miały na celu wywołanie u Zamawiającego mylnego wrażenia, że wykonawca realizował usługi mechanicznego zamiatania i koszenia trawy - obie jednocześnie - w ramach każdego ze wskazanych w wykazie usług zadań, co miało na celu wykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu. Już powyższe powoduje, że Zamawiający powinien uznać, że doszło do wypełnienia dyspozycji art. 109 ust. 1 pkt 10, jak i pkt 8 ustawy Pzp. Wykonawca nie zaznaczył zgodnie z prawdą, czy wymagane usługi (mechanicznego zamiatania i koszenia trawy) były realizowane w ramach poszczególnych umów i nie złożył w ramach wykazu oświadczenia, że zadania ujęte w poz. 1-3 realizowane na podstawie odrębnych umów traktuje jako jedno zamówienie (co próbował następczo wskazywać w wyjaśnieniach - niezależnie od tego, że taki sposób wykazania warunku jest sprzeczny z jego treścią), tylko prezentował dane ujęte w wykazie w taki sposób, aby wywołać u Zamawiającego przeświadczenie, że usługi koszenia trawy i mechanicznego zamiatania realizowane były w ramach każdego z zadań dotyczących utrzymania czystości pasów drogowych wskazanych w wykazie (zaznaczył bowiem jednoznacznie, że zarówno usługi mechanicznego zamiatania, jak i koszenia traw były realizowane w ramach każdej z pozycji wskazanych w wykazie usług).

Jak argumentował Odwołujący, w wykazie usług w poz. nr 4 wykonawca Remondis oświadczył ponadto, że w okresie 26.04.2021 r. - 31.12.2021 r. realizowane było na rzecz Zarządu Miejskiego w Gliwicach zamówienie, które obejmowało usługi w zakresie utrzymania czystości pasów drogowych, w ramach którego wykonywane było m.in. zamiatanie mechaniczne i koszenie trawy.

Powyższe oświadczenie zostało potwierdzone przez Remondis w ramach wyjaśnień z dnia 30 sierpnia 2023. Odwołujący zwrócił się do ZDM w Gliwicach z pytaniem dotyczącym przedmiotu ww. umowy, otrzymując odpowiedź, że *„W ramach ww. umowy oraz aneksu nr 1 ZDM-204/2021 z dnia 31.05.2021 r. nie były zlecane usługi koszenia trawy tylko usuwanie przerostu traw i chwastów zgodnie z zapisami umowy."*

Jak dalej wskazywał Odwołujący, przepisy art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp obligują zamawiającego do wykluczenia wykonawcy z postępowania w sytuacji, gdy przedstawi on informacje wprowadzające zamawiającego w błąd. Informacja niezgodna z rzeczywistością, informacja nieprawdziwa (informacja wprowadzająca w błąd) to złożenie przez wykonawcę oświadczenia wiedzy (lub przedstawienie oświadczenia wiedzy podmiotu trzeciego), którego treść pozostaje w sprzeczności z rzeczywistym stanem rzeczy.

Informacje podawane w postępowaniu o udzielenie zamówienie publicznego stanowią oświadczenia woli/wiedzy składane w sposób celowy, stanowią odpowiedź na ukształtowane w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SWZ wymagania zamawiającego, dlatego muszą być oceniane w pryzmacie staranności wymaganej w danych okolicznościach, z uwzględnieniem zawodowego charakteru powadzonej przez wykonawców działalności (podwyższony miernik staranności). Należyta staranność dłużnika określana przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej działalności gospodarczej uzasadnia zwiększone oczekiwanie, co do umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania. Działanie uczciwe zakłada rzetelne przedstawienie żądanych informacji i dokumentów na każdym etapie postępowania i wyklucza posługiwanie się danymi nieprawdziwymi i wprowadzanie zamawiającego w błąd.

Zdaniem Odwołującego nie ulega wątpliwości, że oświadczenia Remondis ujęte w wykazie usług złożonym w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, a nawet złożone w ramach odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia, w których Zamawiający zadał konkretne pytania zmierzające do wyjaśnienia przedmiotowej kwestii, są obiektywnie nieprawdziwe, bowiem w rzeczywistości w ramach żadnego z zadań (umów) obejmujących utrzymanie czystości pasów drogowych nie miało miejsca realizowanie usług mechanicznego zamiatania i koszenia trawy-jak wymagał tego Zamawiający w warunku.

Powyższe wskazuje bezsprzecznie, że wykonawca Remondis celowo i umyślnie przedstawił Zamawiającemu w ramach niniejszego Postępowania wielokrotnie nieprawdziwe informacje odnoszące się do doświadczenia własnego i podmiotu udostępniającego zasoby (Remondis Opole Sp. z o.o.), mając na celu wywołanie u Zamawiającego mylnego przeświadczenia, że spełnia warunek udziału w Postępowaniu, podczas gdy w rzeczywistości żadne ze wskazanych w wykazie usług zadań nie obejmowało jednocześnie usługi koszenia trawy i mechanicznego zamiatania.

Jednocześnie przedstawiona Zamawiającemu nieprawdziwa informacja dotyczyła warunków udziału w Postępowaniu, a więc ze swej istoty jej treść mogła mieć istotny wpływ na decyzje Zamawiającego i to kluczowe w Postępowaniu, gdyż decydujące o odrzuceniu oferty. Wprowadzenie w błąd miało też istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu, bowiem w efekcie przedstawienia Zamawiającemu przedmiotowych nieprawdziwych informacji Zamawiający uznał, że wykonawca Remondis spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej - odnoszące się do doświadczenia.

Dalej Odwołujący wskazywał, że analogicznie, jak w przypadku wykazu usług, wykonawca Remondis - zdaniem Odwołującego - podał nieprawdziwe informacje w ramach wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych wymaganych od Wykonawcy w celu wykonania zamówienia. Remondis oświadczył wprost, że dysponuje - jako właściciel - dwoma ulicznymi zamiatarkami mechanicznymi ssącymi spełniającymi normy poziomu emisji spalin EURO 6.

Następnie wobec wezwania do wyjaśnień zmienił swoje oświadczenie, wskazując że: *„druga ze wykazanych przez Wykonawcę w wykazie ulicznych zamiatarek ssących o numerze seryjnym WHW14911520709200. Zamiatarka nie wymaga rejestracji - jest homologowana jako ciągnik i spełnia normę Stage V - najwyższą normę emisji spalin mającą zastosowanie dla tego typu pojazdów oraz normę emisji pyłu potwierdzoną certyfikatem EUnited PM 10. Na potwierdzenie powyższego; w załączeniu, przedkładamy certyfikat EUnited PM 10 oraz potwierdzenie normy emisji spalin".*

Tym samym, pomimo faktu, że pierwotnie wykonawca Remondis wprost w wykazie odnoszącym się do potencjału technicznego oświadczył, że obydwie będące jego własnością uliczne zamiatarki ssące spełniają normę emisji spalin EUR06, to następczo z treści wyjaśnień udzielonych na wezwanie Zamawiającego wynika, że jedna ze wskazanych zamiatarek jednak tej normy nie spełniała i nie spełnia.

Odwołujący przedstawił również argumentację dla poparcia zarzutów ewentualnych oraz wskazywał na stanowiska orzecznictwa dla poparcia stawianych przez siebie tez.

Stanowisko Zamawiającego:

Pismem z dnia 28 września 2023 r. odpowiedź na odwołanie złożył Zamawiający, wnosząc o jego oddalenie w całości. Jak zauważył Zamawiający, celem wezwania skierowanego do Przystępującego było dokonanie rewizji poszczególnych okresów, w których faktycznie miało miejsce rzeczone mechaniczne zamiatanie i koszenie traw – nie zaś doprowadzenie do sytuacji, w której Wykonawca musiałby w każdej z umów (podanych w poz. 1 – 4) wykazać się doświadczeniem 7 miesięcznym.

Jak kontynuował Zamawiający ostatecznie REMONDIS Gliwice spełnił przywołane wyżej warunki udziału w postępowaniu, a informacje przedstawione przez niego w wykazie usług, w dokumentach potwierdzających wykonanie poszczególnych usług oraz w wykazie narzędzi, jak również w wyjaśnieniach (w tym jako dowód: oświadczenie producenta zamiatarki ulicznej HAKO) są wystarczające do pozytywnej oceny w zakresie spełnienia warunków udziału.

Pozytywnie zweryfikowane doświadczenie w realizacji wymaganych usług to:

1) w zakresie wymaganego utrzymania czystości wynosi łącznie: 3 115 297,81 zł. brutto (zob. poz. 1 – 4 wykazu usług),

oraz:

2) w zakresie wymaganego w okresie 3 lat doświadczenia dot. minimum 7 miesięcznego nieprzerwanego utrzymywania czystości pasów drogowych (w tym m.in. zamiatanie mechaniczne i koszenie traw) wzięto pod uwagę wykonywane przez Wykonawcę następujące usługi:

a) zamiatanie mechaniczne - w zadaniu nr 1 (zob. poz.1 - usługa realizowana była w okresie: listopad 2021 r. – październik 2022 r. – 12 miesięcy zamiatania mechanicznego),
b) koszenie traw - w zadaniu nr 2 (zob. poz.2 - usługa realizowana była w okresie: maja 2022 r. – listopada 2022 r., tj. 7 miesięcy nieprzerwanego koszenia trawy).

Zdaniem Zamawiającego, w świetle powyższych okoliczności należy uznać, że czynność wyboru oferty jako najkorzystniejszej Wykonawcy REMONDIS Gliwice została przez Zamawiającego podjęta zgodnie z obowiązującymi przepisami.

Dalej Zamawiający wskazał, że Odwołujący wadliwie – rozszerzająco i w sposób nieznajdujący oparcia w treści warunku – wykłada jego treść, w konsekwencji czego stawia bezzasadne zarzuty procesowe.

Powyższy warunek wykładać należy (literalnie) w ten sposób, iż Zamawiającemu zależało na przedstawieniu doświadczenia w realizacji usług, których przedmiotem było (proporcjonalnie do przedmiotu zamówienia): (1) utrzymanie czystości pasów drogowych lub ścieżek rowerowych lub chodników lub placów miejskich lub terenów zielonych na wartość łączną min. 3 000 000 zł, w tym również (w wyżej wymienionym okresie, tj. 3 lata) (2) nieprzerwane utrzymywanie czystości pasów drogowych przez okres min. 7 miesięcy (w tym okresie konieczne jest także doświadczenie w zamiataniu mechanicznym, koszeniu traw – przy czym Zamawiający nie oczekiwał aby Wykonawca

miał takowe doświadczenie uzyskane w jednym zamówieniu – łącznie; kluczowa jest tutaj perspektywa czasowa: 7 m-cy w okresie 3 lat).

Jak kontynuował, koniecznym zauważenia jest, iż Zamawiający nie zastrzegał w żadnym wypadku, że każda z wykazanych 4 umów (zamówień) – winna obejmować swoim zakresem jednocześnie owe 7 miesięcy nieprzerwanego utrzymywania czystości pasów drogowych. Okoliczności tej zupełnie nie dostrzega Odwołujący, budując swoje odwołanie w oparciu o własną (wadliwą) interpretację przedmiotowego warunku – de facto dokonując nadinterpretacji treści warunku. Fundamentalny w kontekście niniejszego postępowania odwoławczego pozostaje fakt, iż dla wykazania spełnienia (minimalnego) warunku udziału w postepowaniu konieczne było bowiem wykazanie się ww. doświadczeniem na kwotę min. 3 000 000 zł. brutto oraz wykazanie, że posiada się w okresie (minionych) 3 lat doświadczenie trwające nieprzerwanie min. 7 miesięcy w zakresie utrzymania czystości pasów drogowych (zamiatanie mechaniczne i koszenie traw), przy czym Zamawiający nie zastrzegał w żadnym wypadku, że tego rodzaju doświadczenie ma się zawierać (łącznie) w jednej umowie (zamówieniu). Istotą tak postawionego warunku było dopuszczenie i umożliwienie wykazania się przez Wykonawcę – jak już wskazano – doświadczeniem w określonej perspektywie czasowej (minimum 7 miesięcy na przestrzeni minionych 3 lat liczony od dnia składania ofert), bez względu na to w ilu umowach równolegle taka usługa była świadczona.

Taka też była intencja Zamawiającego, a jakakolwiek odmienna interpretacja treści warunku prowadziłaby w istocie do nieuzasadnionego zawężenia konkurencyjności, tym bardziej w sytuacji kiedy utrzymanie czystości pasów drogowych nie stanowi głównego zakresu przedmiotu postępowania przetargowego, a jest jedynie jego częścią składową.

Dalej Zamawiający przedstawił argumentację dotyczącą interpretacji art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy PZP. W okolicznościach niniejszej sprawy, zdaniem Zamawiającego, jak już wykazano powyżej REMONDIS Gliwice spełnił postawione w SWZ warunki udziału – niezależnie od niespójności jakie zaistniały w toku składanych przezeń wyjaśnień – pozostają one irrelewantne w kontekście wyniku końcowego postępowania, albowiem w istocie nie miały „istotnego wpływu" na decyzje podejmowane przez zamawiającego, a już tym bardziej nie miały wpływu na wynik końcowy.

W opinii Zamawiającego (co było przedmiotem analizy prawnej) postawa REMONDIS Gliwice, a ściślej wygenerowane przezeń niespójności – nie ma istotnego znaczenia dla wyniku końcowego postępowania i kwestii uznania braku spełnienia, w sytuacji kiedy podmiotowe środki dowodowe wraz z przedstawionym w dniu 30 sierpnia br. wyjaśnieniami czynią zadość wymaganiom SWZ w tym zakresie.

Wprowadzenie zamawiającego w błąd musi mieć wpływ na podejmowane przez niego decyzje w postępowaniu. Co do zasady należy przyjąć, iż informacje wprowadzające w błąd zamawiającego w danym postępowaniu muszą mieć znaczenie z punktu widzenia oceny oferty i możliwości jej wyboru w konkretnym postępowaniu przetargowym. Nie każda jednak informacja przekazywana w postępowaniu może pozostawać w związku z decyzjami, jakie podejmuje zamawiający w postępowaniu – i tak też miało miejsce w niniejszej sprawie.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego wykazu narzędzi Zamawiający wskazał, że w warunku SWZ określił w sposób jasny i precyzyjny jakiego rodzaju zamiatarki ulicznej oczekuje, wskazując jednoznacznie jakie funkcje są wymagane, a mianowicie zamiatarki uliczne: wyposażone w zraszacze oraz urządzenie służące do zgarniania zanieczyszczeń i kierowania ich w pobliże kanału ssawnego, wraz z urządzeniem ssawnym powodującym zasysanie zgarniętych zanieczyszczeń do zamykanego kontenera służącego do przechowania zebranych zanieczyszczeń), spełniające normy poziomu emisji spalin EURO 6, norma emisji pyłu potwierdzona certyfikatem EUnited PM10.

Kwestionowana przez Odwołującego zamiatarka uliczna marki HAKO w praktyce posiada wszystkie ww. funkcje techniczne, które od tego rodzaju pojazdu były wymagane, a co za tym idzie cel jaki został przed taką zamiatarką postawiony będzie osiągnięty. Zamiatarka ta z technicznego punktu widzenia w sposób należyty (i oczekiwany) wykonywać będzie usługę zamiatania ulic na terenie miasta Kędzierzyn-Koźle.

Jak kontynuował Zamawiający, koniecznym podkreślenia jest, że Odwołujący (ponownie) błędnie wykłada wymóg odnośnie do opisanej normy spalin EURO 6 – i stawia zarzut procesowy – jakoby Zamawiający w ten sposób wymagał jedynie „pojazdów samochodowych" jako zamiatarek ulicznych, kiedy w istocie Zamawiający precyzyjnie wskazał na funkcje jakie (2 szt.) zamiatarki uliczne mają spełniać i przypisał do nich najwyższą normę spalin. Tym niemniej nie można wywodzić z faktu (jak czyni to Odwołujący), iż poprzez powołanie się przez Zamawiającego na normę EURO 6 Zamawiający wymagał – tylko i wyłącznie – „pojazdów samochodowych", albowiem taka interpretacja prowadziłaby w istocie do znacznego ograniczenia konkurencyjności, a wręcz wypaczałaby wspominają na wstępie zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców.

Intencją Zamawiającego w tym zakresie było wszak dopuszczenie wszystkich najnowocześniejszych zamiatarek

ulicznych jakie na rynku występują (posiadających niezbędne funkcje techniczne), a za taką uznać należy zaproponowaną zamiatarkę HAKO Citymaster 1650, spełniającą najwyższą normę emisji spalin STAGE V (równorzędną dla EURO 6) – przypisaną dla tego rodzaju pojazdów, które nie będąc – co prawda – pojazdem samochodowym, przeznaczone są ze s w e j n a t u r y do zamiatania ulic/jedni.

Przedmiotowa zamiatarka uliczna HAKO nie wymaga rejestracji i jest homologowana jako ciągnik; spełnia normę STAGE V – jak podaje producent – najwyższą normę emisji spalin mającą zastosowanie dla tego typu pojazdów oraz normę emisji pyłu potwierdzoną certyfikatem EUnited PM 10.

Koniecznym przywołania jest okoliczność faktyczna – przemilczana przez Odwołującego – iż z przedłożonego przez REMONDIS Gliwice oświadczenia z 30 sierpnia 2023 r. (znajdującego się w aktach sprawy) producenta ww. zamiatarki ulicznej, tj. HAKO POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, wynika wprost: „ŻE POJAZD HAKO CITYMASTER 165 NUMEREM SERYJNYM WHW14911520709200, posiada najwyższą obowiązującą normę spalin przewidzianą dla tego typu pojazdów STAGE V. Jest to najwyższa norma równorzędna dla EURO VI w pojazdach samochodowych".

Zamawiający otrzymując jako dowód oświadczenie producenta zamiatarki ulicznej o takowej treści – nie znalazł podstaw faktycznych aby oświadczenie zakwestionować. Zważywszy zatem na okoliczność, iż wykazana zamiatarka produkcji HAKO posiada wszystkie wymagane w SWZ funkcje techniczne oraz najwyższą normę emisji spalin stosowaną dla tego typu pojazdów (wg producenta), Zamawiający uznał finalnie, że Wykonawca REMONDIS Gliwice posiada wymagany potencjał techniczny dla prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia, zgodnie z wymagania Zamawiającego.

Niezależnie jednak od powyższych ustaleń dokonanych do dnia wyboru oferty REMONDIS Gliwice, Zamawiający w dniu 20 września br., działając na podstawie art. 128 ust. 5 ustawy Pzp, zwrócił się do producenta zamiatarki HAKO POLSKA Sp. z o.o. z wnioskiem o udzielenie informacji na jakiej podstawie faktycznej producent oparł swoje oświadczenie w zakresie potwierdzenia równorzędności normy STAGE V względem normy EURO VI.

W dniu 27 września Zamawiający otrzymał odpowiedź gdzie producent stwierdza (m.in.), że norma emisji spalin STAGE V stosowana dla zamiatarki drogowej HAKO CITYMASTER 1650 (analogicznie jak EURO VI dla pojazdó samochodowych) jest obecnie najwyższą normą stosowaną w krajach europejskich w tym zakresie oraz, że równorzędność ww. norm przyjmuje europejski standard emisji spalin określający dopuszczalną emisję tlenków azotu, węgla cząstek stałych i węglowodorów.

Powyższe okoliczności, zdaniem Zamawiającego, powinny skutkować koniecznością oddalenia odwołania w całości.

Dodatkowe pisma procesowe:

Pismem z dnia 2 października 2023 r. Zamawiający przedłożył dodatkowe stanowisko procesowe, stanowiące uzupełnienie argumentacji zawartej w odwołaniu.

Dodatkowa argumentacja znalazła się również w treści pisma procesowego, przedłożonego przez Odwołującego w dniu posiedzenia.

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

Izba stwierdziła istnienie przesłanek materialnoprawnych do wniesienia odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy PZP. Ponadto Izba nie stwierdziła istnienia przesłanek do odrzucenia odwołania, o których mowa w art. 528 ustawy PZP.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego wykonawcę REMONDIS Gliwice Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach. Wszystkie wymogi formalne związane ze zgłoszonym przystąpieniem zostały spełnione, a zatem należało uznać je za skuteczne.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, tj. w szczególności dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, której treść była kluczowa dla rozstrzygnięcia sprawy. Dodatkowo, w ramach postępowania odwoławczego złożone zostały następujące dowody niestanowiące części dokumentacji postępowania, dopuszczone przez Izbę w poczet materiału dowodowego:

Dowody Odwołującego:

a) kopia wyciągu ze specyfikacji technicznej ciągnika Hako Citymaster 1650 ze strony producenta Hako Polska Sp. z o.o.;
b) pismo wykonawcy DROMAR nr D/2023/09/12/0 z dnia 12.09.2023 r. do ZDM w Gliwicach;

c)pismo ZDM w Gliwicach z dnia 12.09.2023 r. (pismo nr ZDM-UCIH.452.1.21.2023.GM).

Dowody Zamawiającego:

a)deklaracja producenta Hako z dnia 20 września 2023 r.;
b)oświadczenie Hako Polska Sp. z o.o. z dnia 30 sierpnia 2023 r. oraz 27 września 2023 r.;
c)pismo Zamawiającego do Hako Polska Sp. z o.o. z dnia 20 września 2023 r.

Dowody Przystępującego:

a)Opinia techniczna Nr Ś/1707/35/2023, której celem jest określenie grupy emisyjnej spalin oraz analiza ilościowa emisji szkodliwych związków do atmosfery Zamiatarki Citymaster 1650.

Wskazać należy, że Przystępujący przedłożył niepełne tłumaczenie załączników do ww. opinii złożonej jako dowód (tabele z opisem w języku angielskim). Z tego względu, w oparciu o art. 506 ust. 2 ustawy PZP, załączniki te nie zostały włączone w poczet materiału dowodowego. Powyższe jednak nie stoi na przeszkodzie zaliczeniu w poczet materiału dowodowego samej opinii, z której to Przystępujący wywodził określone argumenty.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny sprawy:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest Utrzymanie czystości na drogach gminnych i przystankach autobusowych w latach 2023 – 2025, znak sprawy: ZP.271.1.39.2023.AW.

Zamawiający przewidział zastosowanie fakultatywnych podstaw do wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy PZP (pkt 9.2 SWZ).

Zamawiający ustalił m. in. następujące warunki udziału w postępowaniu:

(pkt 8.2 Lp. 1 pkt I.)

Zdolność techniczna lub zawodowa.

I. I. Wykonawca winien wykazać, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie:

zrealizował usługę/usługi z zakresu: utrzymania czystości pasów drogowych lub ścieżek rowerowych lub chodników lub placów miejskich lub terenów zielonych na wartość łączną min. 3 000 000 zł, w tym również (w wyżej wymienionym okresie) nieprzerwanie utrzymywał czystość pasów drogowych przez okres min. 7 miesięcy.

W ramach wykazywanego doświadczenia z zakresu nieprzerwanego utrzymania czystości pasów drogowych winny być ujęte min. zamiatanie mechaniczne, koszenie trawy.

Wskazane warunki można wykazywać w ramach maksymalnie 4 umów.

Uwaga: Mając na uwadze art. 117 ust. 1 ustawy Zamawiający zastrzega, że w sytuacji składania oferty przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz analogicznie w sytuacji, gdy Wykonawca będzie polegał na zasobach innego podmiotu, na zasadach określonych w art. 118 ustawy, warunek nieprzerwanego utrzymania czystości pasów drogowych przez okres min. 7 miesięcy, musi zostać spełniony w całości przez Wykonawcę (jednego z Wykonawców wspólnie składającego ofertę) lub podmiot, na którego zdolności w tym zakresie powołuje się Wykonawca – brak możliwości tzw. sumowania zasobów w zakresie doświadczenia.

(pkt 8.2 Lp. 1 pkt II.)

Wykonawca wykaże, że dysponuje lub będzie dysponować niezbędnymi do wykonania zamówienia narzędziami i urządzeniami, jak niżej:

1) – uliczna zamiatarka mechaniczna ssąca- 2 szt. (wyposażone w zraszacze oraz urządzenie służące do zgarniania zanieczyszczeń i kierowania ich w pobliże kanału ssawnego, wraz z urządzeniem ssawnym powodującym zasysanie zgarniętych zanieczyszczeń do zamykanego kontenera służącego do przechowania zebranych zanieczyszczeń), spełniające normy poziomu emisji spalin EURO 6, norma emisji pyłu potwierdzona certyfikatem EUnited PM10,

2) – zamiatarka mechaniczna chodnikowa ssąca, spełniająca normy poziomu emisji spalin EURO 5 - 1 szt., (wyposażona w zraszacze oraz urządzenie służące do zgarniania zanieczyszczeń i kierowania ich w pobliże kanału ssawnego, wraz z urządzeniem ssawnym powodującym zasysanie zgarniętych zanieczyszczeń do zamykanego kontenera służącego do przechowania zebranych zanieczyszczeń).

3) - kosiarka z koszem- 6 szt.,

4) - kosiarka żyłkowa- 4 szt.,

5) - kosiarka bijakowa na wysięgniku o długości ramienia minimum 4 m – 1 szt.,

6) - myjka wysokociśnieniowa- 1 szt.,

7) - pojazd o DMC do 3,5 tony - 3 szt.

Wzór wykazu usług oraz wzór wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych stanowiły odpowiednio załącznik nr 5 i 6 do SWZ.

W dniu 11 sierpnia 2023 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych, w tym m. in. wykazu usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, 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, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane, 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

oraz wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami.

Odpowiedzią z dnia 18 sierpnia 2023 r. Przystępujący przedłożył stosowne dokumenty.

W wykazie usług Przystępujący wskazał na 4 zadania, który dotyczyły usług w zakresie utrzymania czystości pasów drogowych. W odniesieniu do każdej z wykazywanych usług, przy zdaniu: „Utrzymanie czystości pasów drogowych obejmowało min. zamiatanie mechaniczne, koszenie trawy", Przystępujący pozostawił odpowiedź „TAK".

W wykazie narzędzi Przystępujący oświadczył, że dysponuje dwiema sztukami *„uliczna zamiatarka mechaniczna ssąca (wyposażona w zraszacze oraz urządzenie służące do zgarniania zanieczyszczeń i kierowania ich w pobliże kanału ssawnego, wraz z urządzeniem ssawnym powodującym zasysanie zgarniętych zanieczyszczeń do zamykanego kontenera służącego do przechowania zebranych zanieczyszczeń), spełniające normy poziomu emisji spalin EURO 6, norma emisji pyłu potwierdzona certyfikatem EUnited PM10".*

W dniu 25 sierpnia 2023 r. Zamawiający wezwał Przystępującego m. in. do wyjaśnienia treści wykazu usług i referencji. Zgodnie z treścią wezwania:

„Wykonawca zgodnie z postawionym warunkiem udziału w postępowaniu zobowiązany był wykazać, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie: zrealizował usługę/usługi z zakresu: utrzymania czystości pasów drogowych lub ścieżek rowerowych lub chodników lub placów miejskich lub terenów zielonych na wartość łączną min. 3 000 000 zł, w tym również (w wyżej wymienionym okresie) nieprzerwanie utrzymywał czystość pasów drogowych przez okres min. 7 miesięcy.
W ramach wykazywanego doświadczenia z zakresu nieprzerwanego utrzymania czystości pasów drogowych winny być ujęte min. zamiatanie mechaniczne, koszenie trawy. (…)
Jeżeli Wykonawca powołuje się na doświadczenie w realizacji usług wykonywanych wspólnie z innymi wykonawcami, należy wykazać usługę (zakres), w której Wykonawca bezpośrednio uczestniczył (…).
W przedstawionym wykazie usług wskazano następujące usługi:
1) „Oczyszczanie miasta w zakresie: mechaniczne oczyszczanie jezdni, zamiatanie, zmywanie jezdni, pozimowe oczyszczanie jezdni, usuwanie padłych zwierząt z pasa drogowego", data wykonywania 29.10.2021r. - 28.10.2022r.,
2) „Koszenie traw i chwastów w pasach drogowych (wysepki, pasy rozdzielcze, rowy i pobocza) na drogach krajowych, wojewódzkich, powiatowych, gminnych i wewnętrznych na terenie miasta Opola wraz z grabieniem i wywiezieniem skoszonej trawy", data wykonywania 17.03.2021r. - 30.04.2023r.
3) „Oczyszczanie mechaniczne jezdni – zamiatanie, zmywanie jezdni w sezonie letnim, pozimowe oczyszczanie jezdni, usuwanie padłych zwierząt z pasa drogowego)", data wykonywania 01.01.2019r. -31.12.2020r.

4) „Mechaniczne oraz ręczne zamiatanie jezdni wraz z usuwaniem przerostu traw i chwastów oraz zmywaniu mechanicznym wskazanych jezdni, myciu wysepek, azyli dla pieszych, wypiętrzonych wyłączeń z ruchu w obrębie jezdni",

data wykonywania 26.04.2021r. – 31.12.2021r.

W kolumnie 2 wykazu usług dla:
- zadania nr 1 wskazano, że przedmiotem zamówienia było mechaniczne oczyszczanie jezdni, zamiatanie, zmywanie jezdni, pozimowe oczyszczanie jezdni, usuwanie padłych zwierząt z pasa drogowego
- zadania nr 2 wskazano, że przedmiotem zamówienia było koszenie traw i chwastów w pasach drogowych (wysepki, pasy rozdzielcze, rowy i pobocza) na drogach krajowych, wojewódzkich, powiatowych, gminnych i wewnętrznych na terenie miasta Opola wraz z grabieniem i wywiezieniem skoszonej trawy
- zadania nr 3 wskazano, że przedmiotem zamówienia było oczyszczanie mechaniczne jezdni – zamiatanie, zmywanie jezdni w sezonie letnim, pozimowe oczyszczanie jezdni, usuwanie padłych zwierząt z pasa drogowego
- zadania nr 4 wskazano, że przedmiotem zamówienia było mechaniczne oraz ręczne zamiatanie jezdni wraz z usuwaniem przerostu traw i chwastów oraz zmywaniu mechanicznym wskazanych jezdni, myciu wysepek, azyli dla pieszych, wypiętrzonych wyłączeń z ruchu w obrębie jezdni.
Mając na uwadze powyższe Zamawiający wnosi o udzielenie następujących informacji dla zadań 1,2,3 i 4:
1. Czy wskazane przez Wykonawcę w wykazie zadania 1, 3 i 4 obejmowały swoim zakresem również koszenie traw, zgodnie z wymogiem Zamawiającego aby w ramach wykazywanego doświadczenia z zakresu nieprzerwanego utrzymania czystości pasów drogowych było ujęte oprócz mechanicznego zamiatania koszenie trawy?
2. Czy wskazane przez Wykonawcę wykazie zadanie 2 obejmowało swoim zakresem również zamiatanie mechaniczne, zgodnie z wymogiem Zamawiającego aby w ramach wykazywanego doświadczenia z zakresu nieprzerwanego utrzymania czystości pasów drogowych było ujęte, oprócz koszenia trawy, mechaniczne zamiatanie?

W kolumnie 3 wykazu usług dla:
- zadania nr 1 wskazano, że utrzymanie czystości pasów drogowych (zamiatanie mechaniczne koszenie trawy) trwało w całym okresie trwania umowy tj. od 29.10.2021r. - 28.10.2022r.
- zadania nr 2 wskazano, że utrzymanie czystości pasów drogowych (zamiatanie mechaniczne koszenie trawy) trwało w całym okresie trwania umowy tj. od 17.03.2021r. - 30.04.2023r.
- zadania nr 3 wskazano, że utrzymanie czystości pasów drogowych (zamiatanie mechaniczne koszenie trawy) trwało w całym okresie trwania umowy tj. od 01.01.2019r. -31.12.2020r.

- zadania nr 4 wskazano, że utrzymanie czystości pasów drogowych (zamiatanie mechaniczne koszenie trawy) trwało w całym okresie trwania umowy tj. od 26.04.2021r. – 31.12.2021r.
Daty realizacji wskazują również na okres zimowy, w którym co do zasady nie wykonuje się usług zamiatania mechanicznego i koszenia traw.

Mając na uwadze powyższe Zamawiający wnosi o udzielenie następujących informacji:
1. czy Wykonawca w zadaniach 1,2,3 i 4 we wskazanym wyżej terminie nieprzerwalnie przez okres min. 7 miesięcy utrzymywał czystość pasów drogowych obejmujących zamiatanie mechaniczne, koszenie trawy? a jeśli tak to:
2. w jakich konkretnie terminach (datach) dla zadania 1,2,3 i 4 było realizowane nieprzerwalne przez okres 7 miesięcy mechaniczne zamiatanie i koszenia trawy."

(…)

„Wykonawca zgodnie z postawionym warunkiem SWZ udziału w postępowaniu zobowiązany był wykazać że dysponuje lub będzie dysponować m.in. 2 ulicznymi zamiatarkami mechanicznymi ssącymi wyposażonymi w zraszacze oraz urządzenie służące do zgarniania zanieczyszczeń i kierowania ich w pobliże kanału ssawnego, wraz z urządzeniem ssawnym powodującym zasysanie zgarniętych zanieczyszczeń do zamykanego kontenera służącego do przechowania zebranych zanieczyszczeń), spełniające normy poziomu emisji spalin EURO 6, norma emisji pyłu potwierdzona certyfikatem EUnited PM10.

W przedstawionym przez Państwa wykazie wykazali Państwo, że dysponują 2 sztukami ulicznych zamiatarek ssących zgodnie z wymaganiami Zamawiającego.

Zamawiający wnosi o wyjaśnienie czy wykazane w/w pojazdy spełniają normę poziomu emisji spalin EURO 6 oraz normę emisji pyłu poprzez np. podanie numerów rejestracyjnych wykazanych pojazdów, o których mowa wyżej, numeru certyfikatu EUnited PM10 lub jego przedłożenie, a także ewentualnie dokumentów potwierdzających spełnianie normy poziomu emisji spalin EURO 6."

Przystępujący udzielił wyjaśnień pismem z dnia 30 sierpnia 2023 r. Zgodnie z jego treścią:

„Pkt I lit. A wezwania – wyjaśnienie w zakresie przedmiotu zamówienia.

a) Wskazane przez Wykonawcę w wykazie zadania 1, 3 i 4 obejmowały swoim zakresem:
Zadanie nr 1 – obejmowało zamiatanie mechaniczne, nie obejmowało koszenia;
Zadanie nr 3 – obejmowało zamiatanie mechaniczne, nie obejmowało koszenia;
Zadanie nr 4 – obejmowało mechaniczne zamiatanie oraz koszenie.
b) Wskazana przez Wykonawcę w wykazie zadanie nr 2 obejmowało swoim zakresem koszenie i nie obejmowało mechanicznego zamiatania.
Jednocześnie, Wykonawca wskazuje, że Zadanie 1, 2 i 3 pomimo tego, że były realizowane na podstawie 3 różnych umów powinny być traktowane jako jedna usługa, która obejmowała zarówno mechaniczne zamiatanie jak i koszenie trawy. Wszystkie trzy zadania były realizowane przez ten sam podmiot na rzecz tego samego Zamawiającego. Dodatkowo, okres realizacji zadania 1 i 2 nakładają się na siebie – prace objęte tymi umowami były realizowane równolegle.

Pkt I lit. B wezwania – wyjaśnienia w zakresie czasu trwania nieprzerwanego utrzymywania (zamiatanie mechaniczne, koszenie trawy) przez okres min. 7 miesięcy.

a) W odpowiedzi na wezwanie wskazujemy, że daty podane przez Wykonawcę w kolumnie 3 wykazu w rubryce „czas trwania" to daty wykonania usług wskazanych w kolumnie 2 wykazu. Jednocześnie, Wykonawca potwierdza, że w Zadaniach 1, 2, 3 i 4 we wskazanym przez Zamawiającego terminie nieprzerwanie przez okres min. 7 miesięcy utrzymywał czystość pasów drogowych.
b) Nieprzerwalne przez okres 7 miesięcy mechaniczne zamiatanie lub koszenie trawy dla zadania 1, 2, 3 i 4 było realizowane w następujących terminach:
Zadanie nr 1 – Usługa realizowana była nieprzerwanie przez 12 miesięcy (termin realizacji usługi listopad 2021 – październik 2022 r.), również w okresach tzw. zimowych - w okresie zimowym ze względu na sprzyjające warunki atmosferyczne realizowane było zamiatanie mechaniczne.
Zadanie nr 2 – termin realizacji koszeń w 2021 roku – maj, czerwiec, lipiec, sierpień, wrzesień, październik; koszenie w 2022 roku – maj, czerwiec, lipiec, sierpień, wrzesień, październik, listopad. Tym samym, w 2022 r. nieprzerwalnie przez okres 7 miesięcy realizowane było koszenie trawy.
Zadanie nr 3 – Usługa realizowana była nieprzerwanie przez 12 miesięcy, również w okresach tzw. zimowych - w okresie zimowym ze względu na sprzyjające warunki atmosferyczne realizowane było zamiatanie mechaniczne.
Zadanie nr 4 – Usługa realizowana była nieprzerwanie przez 8 miesięcy (maj 2021 – grudzień 2021), również w okresach tzw. zimowych - w okresie zimowym ze względu na sprzyjające warunki atmosferyczne realizowane było zamiatanie mechaniczne. Koszenie trawy realizowane było na zlecenie Zamawiającego w okresach letnich (zlecenia na realizację tych prac zostały udzielone w czerwcu i wrześniu 2021 r.)."

(…)

„W odpowiedzi na wezwanie wskazujemy, że wykazane w wykazie narzędzi pojazdy – 2 sztuki ulicznych zamiatarek ssących spełniają wymagania Zamawiającego, gdyż:
***a)** uliczna zamiatarka ssąca o numerze seryjnym 306909, numerze VIN W1T96752620612047 spełnia normę poziomu emisji spalin EURO 6 oraz normę emisji pyłu potwierdzoną certyfikatem EUnited PM 10. Na potwierdzenie powyższego, w załączeniu, przedkładamy certyfikat EUnited PM 10 oraz potwierdzenie normy emisji spalin.*

***b)** druga ze wykazanych przez Wykonawcę w wykazie ulicznych zamiatarek ssących o numerze seryjnym WHW14911520709200. Zamiatarka nie wymaga rejestracji – jest homologowana jako ciągnik i spełnia normę Stage V – najwyższą normę emisji spalin mającą zastosowanie dla tego typu pojazdów oraz normę emisji pyłu potwierdzoną certyfikatem EUnited PM 10. Na potwierdzenie powyższego, w załączeniu, przedkładamy certyfikat EUnited PM 10 oraz potwierdzenie normy emisji spalin."*

Pismem z dnia 7 września 2023 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej, którą okazała się oferta Przystępującego. Oferta Odwołującego uplasowała się na trzecim miejscu w rankingu ofert.

Uzasadnienie prawne:

Zdaniem Izby odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Odnosząc się do pierwszej części postawionego zarzutu, Izba pragnie wskazać, co następuje:

W pierwszej kolejności należy wskazać, że na skutek implementacji do krajowego porządku prawnego dyrektyw 2014/24/UE i 2014/25/UE wzrosło znaczenie oświadczeń własnych wykonawców. Jest to wynikiem, zarówno wprowadzenia Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia, jak również faktu przemodelowania przebiegu

procedury o udzielenie zamówienia publicznego w jej podstawowej formie, jak również wprowadzenia rozwiązania w postaci tzw. procedury odwróconej. Te kilka znaczących zmian doprowadziło do zwiększenia znaczenia oświadczeń wiedzy składanych przez wykonawców, w tym nałożyło na nich obowiązek większej staranności przy weryfikacji prawdziwości danych prezentowanych w toku postępowania. Tym samym wobec wykonawców należy obecnie stosować wyższy miernik oceny związany z rzetelnością prezentowanych przez nich danych (tak: KIO w wyroku z dnia 2 maja 2018 r., KIO 596/18).

Dalej wskazać należy, że zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP Zamawiający może wykluczyć z postępowania wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Zdaniem Izby bez wątpliwości można stwierdzić, że informacje przedstawiane przez Przystępującego wprowadzały Zamawiającego w błąd. Przystępujący kategorycznie oświadczył w wykazie usług – przez pozostawienie odpowiedzi „TAK", że w ramach każdej z wykazywanych przez niego usług, w zakres utrzymania czystości pasa drogowego wchodziło min. zamiatanie mechaniczne i koszenie trawy.

Izba nie dała wiary tłumaczeniom Przystępującego, jakoby z treści wykazu miało wynikać, że uprawniony był do zaznaczenia odpowiedzi „TAK", jeśli jakakolwiek z dwóch usług wchodziła w zakres utrzymania czystości pasa drogowego. Zdaniem Izby treść wykazu nie pozostawia jakichkolwiek wątpliwości i pozostawienie odpowiedzi „TAK" jednoznacznie wskazywało, że w ramach danej usługi wykonawca deklarował, iż w zakresie utrzymania czystości pasa drogowego wchodziło zarówno zamiatanie mechaniczne, jak i koszenie trawy.

O ile w przypadku informacji dotyczących usług nr 1-3, ich nieprawdziwość w zasadzie potwierdził sam Przystępujący, zmieniając na skutek składanych wyjaśnień pierwotnie oświadczenia, o tyle w przypadku usługi nr 4 – Odwołujący przedstawił stosowne dowody na okoliczność, że w ramach usługi wykonywanej na rzecz ZDM w Gliwicach nie było wykonywane koszenie trawy. Z pisma ww. zamawiającego wynika wprost, że w ramach przedmiotowej umowy nie były zlecane usługi koszenia trawy tylko usuwanie przerostu traw i chwastów zgodnie z zapisami umowy. Nie ma więc żadnych wątpliwości w zakresie nieprawdziwości przedłożonych przez Przystępującego informacji.

Dalej należy zauważyć, że za wprowadzające w błąd zamawiającego należy uznać wszystkie informacje nieprawdziwe, czyli nie mające odzwierciedlenia w rzeczywistości. Zamawiający, oceniając czy informacje podane przez wykonawcę wprowadzają go w błąd, powinien się ograniczyć wyłącznie do jednoznacznego ustalenia, czy dana informacja jest prawdziwa, czy nieprawdziwa. Aby uznać informację za wprowadzającą w błąd nie jest zatem istotne ustalenie, jaka przyczyna spowodowała, że wykonawca taką informację przedstawił (tak: Wyrok SO w Warszawie z dnia 23 czerwca 2021 r., XXIII Zs 33/21).

Zdaniem Izby, Zamawiający po otrzymaniu wyjaśnień Przystępującego, mógł stwierdzić, że przedstawił mu on w wykazie usług informacje nieprawdziwe, a więc wprowadzające w błąd (usługi nr 1-3). W ramach przedłożonych wyjaśnień korygował on bowiem wcześniejsze kategoryczne oświadczenia. Przystępujący w wykazie usług przedstawił Zamawiającemu nieprawdziwe informacje w postaci oświadczeń przy każdej z ww. usług, wedle których w ramach usług utrzymania czystości pasa drogowego realizował usługi mechanicznego zamiatania i koszenia trawy. Dopiero po wezwaniu do wyjaśnień Przystępujący przyznał, że w rzeczywistości zakres wykazywanych usług jest inny, niż wskazywał pierwotnie.

Nie ulega więc wątpliwości, że złożone w ramach pierwotnego wykazu oświadczenia były nieprawdziwe i wywołały u Zamawiającego mylne wrażenie, że wykonawca realizował usługi mechanicznego zamiatania i koszenia trawy – obie jednocześnie – w ramach każdej ze wskazanych w wykazie usług. Z kolei celem przedstawienia ww. informacji było wykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu, a więc ich potencjalny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego jest oczywisty.

Zdaniem Izby, niezależnie od prezentowanego podejścia co do interpretacji warunku udziału w postępowaniu, nie ulega wątpliwości, że Przystępujący w ramach wykazu usług, a następnie również w ramach składanych wyjaśnień (w zakresie usługi nr 4), przedstawił Zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd. Przystępujący nie zaznaczył zgodnie z prawdą, czy wymagane usługi (mechanicznego zamiatania i koszenia trawy) były realizowane w ramach poszczególnych umów i nie złożył w ramach wykazu oświadczenia, że zadania ujęte w poz. 1-3 realizowane na podstawie odrębnych umów traktuje jako jedno zamówienie (co następczo próbował wykazywać w ramach wyjaśnień), tylko prezentował dane ujęte w wykazie w taki sposób, aby wywołać u Zamawiającego przeświadczenie, że usługi koszenia trawy i mechanicznego zamiatania realizowane były w ramach każdego z zadań dotyczących utrzymania czystości pasów drogowych wskazanych w wykazie, co nie było prawdą. Co więcej, informacje te były niezbędne

Zamawiającemu do oceny, czy Przystępujący spełnia warunek udziału w postępowaniu.

Już powyższa okoliczność, zdaniem Izby, jest wystarczająca do stwierdzenia przesłanek do wykluczenia wykonawcy w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP. Zdaniem Izby nie ulega wątpliwości, że możliwym jest przypisanie Przystępującemu co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, mając na uwadze podwyższony miernik staranności wymagany od wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia i składających w ramach tego postępowania liczne oświadczenia.

Dodać należy, że do informacji mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co do zasady, zalicza się informacje stanowiące podstawę wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenia wykonawcy, czy też odrzucenia jego oferty. Uznać zatem należy, że przekazywane w treści wykazu usług i wyjaśnień informacje mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Przy czym podkreślić należy, że dla ziszczenia się przesłanki do wykluczenia w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP wpływ ten może być jedynie potencjalny. Skutek w postaci faktycznego wpływu na decyzje podejmowane przez Zamawiającego nie musi ostatecznie wystąpić. Wystarczającym jest sama możliwość jego zaistnienia.

Powyższe uzasadnia uwzględnienie postawionego zarzutu.

Przechodząc do drugiej części zarzutu, tj. kwestii wykazu narzędzi, Izba pragnie wskazać, że okoliczności sprawy wskazują, iż do czynienia mamy z przesłanką do wykluczenia, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP. Zgodnie z tym przepisem zamawiający może wykluczyć wykonawcę z postępowania, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych.

W wykazie sprzętu Przystępujący oświadczył wprost, że dysponuje dwiema ulicznymi zamiatarkami mechanicznymi spełniającymi normy poziomu emisji spalin EURO 6.

Następnie w ramach składanych wyjaśnień zmienił swoje oświadczenie, wskazując że jedna z zamiatarek jednak nie spełnia normy EURO 6, a normę Stage V.

Zdaniem Izby, na co wskazywał również Odwołujący, za niedopuszczalną należy uznać zastosowaną w ramach niniejszego postępowania praktykę Przystępującego, który w ramach składanego wykazu oświadcza o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu w pełnym zakresie odpowiadającym SWZ, a następnie w ramach wyjaśnień, zmienia złożone oświadczenie, na skutek czego okazuje się, że pierwotnie złożone było nieprawdziwe. Za niedopuszczalną na gruncie zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji należy uznać również praktykę Zamawiającego, który niejako dozwala wykonawcy na składanie nieprawdziwych oświadczeń bez żadnych konsekwencji, w sytuacji gdy zdecydował się na stosowanie fakultatywnych przesłanek wykluczenia.

Izba podziela również pogląd Odwołującego, że Zamawiający bezpodstawnie dopuścił sytuację, w której Przystępujący najpierw oświadcza, że dysponuje ulicznymi zamiatarkami ssącymi spełniającymi normę EURO 6, by następnie - w wyniku modyfikacji oświadczenia w drodze udzielonych wyjaśnień - zaakceptować fakt, że wykonawca wcale nie dysponuje dwiema, a jedną taką zamiatarką (drugą spełniającą normę Stage V, nie wskazaną i nie dopuszczoną w SWZ). Zestawienie oświadczenia wykonawcy Remondis z wykazu narzędzi z tym zawartym w jego wyjaśnieniach złożonych w dniu 30 sierpnia 2023 r., wprost pokazuje, że wykonawca ten działając umyślnie lub w warunkach rażącego niedbalstwa przedstawił Zamawiającemu w wykazie narzędzi informacje nieprawdziwe co do faktu spełniania warunku udziału w postępowaniu co do potencjału technicznego, mając na celu wywołanie mylnego wyobrażenia u Zamawiającego, że spełnia on warunek i dysponuje dwiema ulicznymi zamiatarkami ssącymi spełniającymi normę emisji spalin EUR06, podczas gdy w rzeczywistości wcale tak nie było.

Dodać należy, że bez znaczenia z punktu widzenia rozpatrywania przedmiotowego zarzutu pozostaje argumentacja Przystępującego w zakresie równoważności normy Stage V względem normy EURO 6. Nawet gdyby uznać, że normy te są równoważne (z czym Izba się nie zgadza, a co również nie wynika z przedłożonej przez Przystępującego opinii), nie ulega wątpliwości, że Przystępujący przedłożył Zamawiającemu informacje nieprawdziwe, których podanie było niezbędne z punktu widzenia oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu – treść warunku była jasna i nie odnosiła się do norm innych niż norma EURO6.

Nawet jeśli Przystępujący uważał, że uprawniony jest do zaoferowania zamiatarki spełniającej wymagania normy Stage

V, powinien był w wykazie sprzętu wprost wskazać na dysponowanie taką zamiatarką, a nie przedstawiać informacje nieprawdziwe licząc na to, że zostaną zaakceptowane przez Zamawiającego.

Powyższe okoliczności, zdaniem Izby, uzasadniają zastosowanie wobec Przystępującego sankcji wykluczenia z postępowania w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP.

Z uwagi na to, że zarzuty podstawowe zostały uwzględnione, zarzuty ewentualne nie były rozpatrywane.

W związku z powyższym, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557 w zw. z art. 575 ustawy PZP oraz w oparciu o § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: ……