Sygn. akt:KIO 3451/23

WYROK

z dnia 5 grudnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca:Anna Chudzik

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 grudnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 listopada 2023 r. przez wykonawcę **KOMA Białystok Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku**,

w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Dróg, Zieleni i Transportu w Olsztynie**,

orzeka:

1.Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu w zakresie części III zamówienia: unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;

2.Kosztami postępowania obciąża Zarząd Dróg, Zieleni i Transportu w Olsztynie i:

2.1.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;

2.2.zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

Przewodnicząca:.....

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

Zamawiający – Zarząd Dróg, Zieleni i Transportu w Olsztynie– prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia p n . *Zimowe utrzymanie chodników, przejść dla pieszych i terenów poza pasami drogowymi w sezonie 2023/2024*. Wartość zamówienia jest większa niż progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2023/S 151-481710.

W dniu 20 listopada 2023 r. wykonawca KOMA Białystok Sp. z o.o. wniósłodwołanie wobec odrzucenia jego oferty w części III zamówienia (Rejon III,) w konsekwencji uznania, że nie spełnia on warunku udziału w postępowaniu oraz że podlega wykluczeniu z postępowania z powodu wprowadzenia zamawiającego w błąd w wyniku zamierzonego działania przy potwierdzaniu, że spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a, b i c i w konsekwencji art. 255 pkt 2 ustawy Pzp i wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienie czynności odrzucenia jego ofertyw części III zamówienia oraz unieważnienie czynności unieważnienia postępowania w części III zamówienia, względnie unieważnienia czynności odrzucenia tej oferty na podstawie art. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z 109 ust. 1 pkt ustawy Pzp. Ponadto Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka J.D. na okoliczność przygotowania podmiotowych środków dowodowych w postaci wykazu usług z należyta starannością w przekonaniu, że Odwołujący posiada niezbędne

doświadczenie w realizacji umowy na odśnieżanie ulic osiedlowych Miasta Białystok, aby powołać się na nie przy potwierdzeniu spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący przedstawił następujący stan faktyczny:

Zamawiający w rozdz. VIII sformułował warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, aby wykonawca wykazał, że „W okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonał/wykonuje usługę/usługi (umowy) polegające na odśnieżaniu chodników lub/i przejść dla pieszych lub/i terenów poza pasami drogowymi, których łączna wartość wynosi min. 200 000,00 zł (brutto). W przypadku składania oferty na dwie części (dwa rejony) minimalna wartość usług wynosi 400 000,00 zł brutto. W przypadku usług (umów) niezakończonych wartość zrealizowanej części umowy/umów musi odpowiadać ww. kwotom." Na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu wykonawca zobowiązany był złożyć wykaz usług.

Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnień podmiotowego środka dowodowego, tj. wykazu usług, domagając się wyjaśnienia czy tereny objęte wymienionymi w wykazie usługami nie należą do pasa drogowego oraz czy wskazane usługi zawierają czynności polegające na odśnieżaniu chodników lub/i przejść dla pieszych.

Zamawiający pismem z 2 października 2023 r. zawiadomił o wyborze oferty Odwołującego w III części zamówienia. Następnie, 11 października 2023 r. Zamawiający zawiadomił o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, gdyż jak podał – nabrał wątpliwości co do poprawności oferty Odwołującego i wezwał do poprawienia podmiotowych środków dowodowych, które miałoby polegać na podaniu wartości usługi na odśnieżanie chodników.

Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie złożył wyjaśnienia oraz poprawiony wykaz usług, w którym ponownie powołał się na doświadczenie w realizacji umowy na odśnieżanie Miasta Białegostoku, jednakże podał zmienione wartości tej usługi oraz skorygował dotychczasowe stanowisko twierdząc, że umowa z Miastem Białystok obejmowała zarówno odśnieżanie chodników, jak i terenów poza pasami drogowymi.

Jednocześnie Zamawiający zwrócił się do Miasta Białystok o przedstawienie informacji, czy w ramach zawartych umów z Koma Białystok Sp. z o.o. odśnieżane były również tereny poza pasem drogowym i otrzymał od Miasta Białystok odpowiedź, że Odwołujący nie wykonywał w ramach umów na Zimowe oczyszczanie tzw. ulic osiedlowych wraz z chodnikami i zieleńcami na terenie miasta Białegostoku w sektorze III i V „prac na ulicach, chodnikach i zieleńcach zlokalizowanych poza pasami drogowymi na terenie miasta Białegostoku." Powyższą wiadomość Zamawiający potraktował jako zaprzeczenie twierdzeń Odwołującego wyrażonych w wyjaśnieniach oraz wykazie usług i uznał, że nie spełnia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, a dodatkowo postępowanie Odwołującego zakwalifikował jako zamierzone działanie mające na celu wprowadzenie Zamawiającego w błąd w zakresie potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, wyczerpujące znamiona przesłanki wykluczenia, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp (przewidzianej także w rozdz. VII pkt 4 SWZ), o czym zawiadomił pismem z 9 listopada 2023 r. Jednocześnie w związku z tym, że wszystkie oferty w III części zamówienia podlegały odrzuceniu, Zamawiający unieważnił postępowanie.

Pismem z 16 listopada 2023 r. skierowanym do Odwołującego, ale przekazanym także do wiadomości Zamawiającego, Miasto Białystok uzupełniło treść swojej odpowiedzi udzielonej Zamawiającemu o informacje, że w ramach zamówienia na odśnieżanie Koma Białystok Sp. z o.o. obsługiwała też drogi wewnętrzne. W ostatnim akapicie Miasto Białystok kwestię oceny prawnej, czy odśnieżanie dróg wewnętrznych jest równoznaczne z odśnieżaniem terenów poza pasem drogowym, pozostawiło do rozstrzygnięcia pomiędzy ZDZiT i Koma Białystok Sp. z o.o. Powołując się na dodatkowe wyjaśnienia Miasta Białegostoku Odwołujący przedstawił stosowną argumentację Zamawiającemu w piśmie z 16 listopada 2023 r. i wezwał do zmiany stanowiska w sprawie. Do dnia upływ terminu na wniesienie odwołania Zamawiający nie dokonał czynności polegających na nieważnieniu odrzucenia oferty Koma Białystok Sp. z o.o.

Odwołujący wskazał, że realizuje dwie umowy z Miastem Białystok (z 17 kwietnia 2021 r. oraz 19 kwietnia 2021 r.), których przedmiotem jest Zimowe oczyszczanie tzw. ulic osiedlowych wraz z chodnikami i zieleńcami na terenie miasta Białegostoku w sektorze III i V. Opiewają one na 2.236.065,00 zł brutto (sektor III) oraz 2.998.818,00 zł brutto (sektor V). Do dnia wystawienia referencji przez Miasto Białystok (15 września 2023 r.), wydatkowano 851.368,0 zł brutto (sektor III) oraz 1.167.977,28 zł brutto (sektor V).

Odwołujący podniósł, że wystarczającym dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu jest, że wskazane przez niego umowy na zimowe oczyszczanie w Białymstoku choćby w części polegają na odśnieżaniu chodników lub przejść dla pieszych lub terenów poza pasami drogowymi, ze względu na brzmienie warunku „w tym okresie wykonał/wykonuje usługę/usługi (umowy)". Wykonawca uznawał, że skoro umowa na zimowe odśnieżanie choćby w części obejmowała odśnieżanie chodników, może przywołać całą wartość tej umowy (w zrealizowanej części) dla

spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Taki zakres elementu tego zamówienia wynikał wprost z treści umowy zawartej z Miastem Białystok, a nawet z tytułu części zamówienia, który brzmiał „Zimowe oczyszczanie tzw. ulic osiedlowych wraz z chodnikami i zieleńcami na terenie miasta Białegostoku (…)" Odwołujący nie był natomiast w stanie ad hoc ustalić, czy zamówienie obejmowało także „tereny poza pasami drogowymi", bowiem umowa z Miastem Białystok takiej kategorii terenów (takiego nazewnictwa) nie zawierała w opisie przedmiotu zamówienia. Stąd też uznając, że dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu wystarczającym będzie, że choćby w części usługa ta obejmowała odśnieżanie chodników, udzielił na pierwsze wezwanie zamawiającego dotyczące podmiotowych środków dowodowych odpowiedzi, że w usłudze tej „brak jest terenów nienależących do pasa drogowego" (wyjaśnienia z 28 września 2023 r.). W powyższym toku rozumowania Odwołującego utwierdził także sam Zamawiający, gdyż w wezwaniu do wyjaśnień z 25 września 2023 r. nie domagał się przedstawienia/rozbicia na wartości tych zakresów polegających na 1) odśnieżaniu chodników 2) przejść dla pieszych 3) terenów poza pasami drogowymi.

Odwołujący wskazał, że początkowo Zamawiający zaakceptował ofertę wykonawcy i dokonał jej wyboru, jednakże następnie unieważnił czynność wyboru i przystąpił do szczegółowego badania zakresu umowy z Miastem Białystok, domagając się od wykonawcy poprawienia wykazu usług poprzez podanie wartości elementu usługi polegającego na odśnieżaniu chodników, co sugerować mogło, że w ocenie Zamawiającego, inaczej niż przyjmował to wykonawca do tej pory, dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu koniecznym jest wykazanie się odśnieżaniem chodników na wartość min. 200 tys. brutto, a nie jest wystarczającym, że cała umowa na odśnieżaniem zawarta z Miastem Białystok (o wartości znacznie przekraczającej 200 tys.) w swoim zakresie obejmowała także odśnieżanie chodników. Nabierając wątpliwości co do niekorzystnego dla wykonawcy, sposobu rozumienia przez Zamawiającego tego warunku udziału w postępowaniu Odwołujący przystąpił do analizy własnych umów z Miastem Białystok w celu ustalenia, które ulice osiedlowe obejmujące zamówienie to „tereny poza pasem drogowym", o których mowa w postawionym przez Zamawiającego warunku. Na podstawie informacji pozyskanych z Zarządu Dróg Miejskich obliczył, że:

- w umowie na Sektor V (poz. 1 wykazu usług) w części ulic osiedlowych występują tereny poza pasami drogowymi, a wartość zrealizowanych usług w tym przedmiocie (terenów poza pasami drogowymi) powiększona o wartość odśnieżania chodników daje 323.339,43 zł brutto (wartość tę ustalono w następujący sposób: całkowita powierzchnia ulic osiedlowych 454 550m2, w tym drogi niepubliczne 124 760 m2, co stanowi 27,45%; całkowita wartość usług z referencji 1.167.977,28 zł brutto x 27,45% = 320.609,76 zł + 2729,67 zł (połowa wartości za chodniki, UM wskazał w piśmie do ZDZIT 5.459,34 zł brutto za oba sektory) = 323 339,43 zł brutto);
- w umowie na Sektor III (poz. 2 wykazu usług) w części ulic osiedlowych występują tereny pozapasami drogowymi, a wartość zrealizowanych usług w tym przedmiocie (terenów poza pasami drogowymi) powiększona o wartość odśnieżania chodników daje 265.717,43 zł brutto (wartość tę ustalono w następujący sposób: całkowita powierzchnia ulic osiedlowych 187.860m2, w tym drogi niepubliczne 58.015m2, co stanowi 30,89%; całkowita wartość usług z referencji 851.368,60zł brutto x 30,89% = 262.987,76zł + 2.729,67zł (połowa wartości za chodniki, UM wskazał w piśmie do ZDZIT 5.459,34zł brutto za oba sektory) = 265 717,43zł brutto.

Odwołujący podniósł, że podstawą powyższych ustaleń było założenie, że o pasie drogowym może być mowa jedynie w przypadku dróg publicznych, a contrario ulice osiedlowe, które nie są drogami publicznymi, nie posiadają pasa drogowego, co oznacza, że ich odśnieżanie to odśnieżanie terenów poza pasami drogowymi. Definicja pasa drogowego wyrażona w art. 4 pkt 1 ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych określa, że jest to wydzielony liniami rozgraniczającymi grunt wraz z przestrzenią nad i pod jego powierzchnią, w którym jest lub będzie usytuowana droga. Wprost jednak definicja ta nie daje odpowiedzi, że pas drogowy dotyczy tylko dróg publicznych. Wywnioskować to można jednak z pozostałych regulacji tejże ustawy. Odwołujący podniósł, że zgodnie z piśmiennictwem, na tle regulacji art. 4 pkt 1 ww. ustawy przyjmuje się, że pasem drogowym jest obiekt trójwymiarowy, korzystający z niezbędnego uprzywilejowania w sferze publicznoprawnej, ale zawsze w granicach niezbędnych dla właściwego funkcjonowania ruchu związanego z jego prowadzeniem, zabezpieczeniem i obsługą, a z uwagi na fakt, że drogi wewnętrzne są wyłączone z uregulowanego w przepisach ustawy o drogach publicznych reżimu prawnego dotyczącego dróg publicznych, nie mają do nich zastosowania określone w art. 22 ustawy o drogach publicznych zasady oddawania w najem, dzierżawę lub użyczenie oraz zasady zajęcia pasa drogowego wynikające z treści art. 40 ustawy o drogach publicznych (Drogi publiczne i wewnętrzne – zarządzanie pasem drogowym Anna Kornecka, Jakub Kornecki 2021).

Odwołujący podniósł, że drogi obsługiwane w ramach umów z Miastem Białystok nie są zaliczone do dróg publicznych m.in. dlatego, że nie mają pasa drogowego, gdyż w części znajdują się na kilku działkach geodezyjnych (nie drogowych), a zatem nie są wydzielone liniami rozgraniczającymi, co jest definicją pasa drogowego. Tytułem przykładu Odwołujący wskazał następujące ulice: Oriona, Racławicka, Ziemska (dowód: mapy z miejskiego Systemu Informacji Przestrzennej Miasta Białegostoku).

Odnosząc się do pisma Miasta Białegostoku z 16 listopada 2023 r. Odwołujący podniósł, żenie znajduje się w nim wprost potwierdzenie argumentacji prezentowanej przez Odwołującego, jednakże z ostatniego akapitu tego pisma wynika, że Miasto Białystok nie opowiada się ani za ani przeciw argumentacji prezentowanej przez Odwołującego, pozostawiając kwestię oceny prawnej, czy odśnieżanie dróg wewnętrznych jest równoznaczne z odśnieżaniem terenów poza pasem drogowym, do rozstrzygnięcia pomiędzy ZDZiT i Koma Białystok Sp. z o.o.

Wobec powyższego Odwołujący podniósł, że spełnia on warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, a Zamawiający nie był uprawniony do odrzucenia jego oferty.

Z ostrożności Odwołujący podniósł, że dołożył on należytej staranności w przygotowaniu oferty, podmiotowych środków dowodowych i wyjaśnień składanych Zamawiającemu (dowód: zeznania świadka J.D.), dlatego nawet w przypadku uznania, że wymienione przez niego w wykazie usług doświadczenie nie jest wystarczające dla spełnienia tego warunku udziału w postępowaniu, nieuprawnione jest wnioskowanie Zamawiającego, że działanie Odwołującego ma charakter zawinionego, ukierunkowanego na wprowadzenie Zamawiającego w błąd. Odwołujący zaznaczył, że przepis art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp może być zastosowany wyłącznie wówczas, jeżeli podanie nieprawdziwych informacji było celowym (zamierzonym) działaniem wykonawcy lub jest skutkiem rażącego niedbalstwa. Sformułowanie „zamierzone działanie" wymaga wykazania, że jest to świadome zachowanie podmiotu, zmierzające do wywołania określonych skutków prawnych. Zamawiający w piśmie z 9 listopada 2023 r. poprzestał jednie na konstatacji, że informacje podane przez Odwołującego pozostają w sprzeczności z twierdzeniami Miasta Białegostoku. Brak zatem stosownej argumentacji Zamawiającego, uzasadniającej zastosowanie wobec odwołującego przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W rozdz. VIII ust. 1 pkt 1 SWZ Zamawiający wymagał, aby wykonawca wykazał, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie wykonał/wykonuje usługę/usługi (umowy) polegające na odśnieżaniu chodników lub/i przejść dla pieszych lub/i terenów poza pasami drogowymi, których łączna wartość wynosi min. 200 000,00 zł (brutto). W przypadku składania oferty na dwie części (dwa rejony) minimalna wartość usług wynosi 400 000,00 zł brutto.

Na potwierdzenie spełniania powyższego warunku Odwołujący przedstawił następujący wykaz usług:

Lp.	Wykonane usługi(należy podać informacje potwierdzające spełnianie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale VIII ust. 1 pkt 1 SWZ)	Podmiot na rzecz którego wykonano	Okres wykonania	Wartość wykonanej usługi (brutto)
1	Zimowe oczyszczanie tzw. ulic osiedlowych na terenie miasta Białegostoku w sektorze V – część XV	Urząd Miejski w Białymstoku	01.10.2021-30.09.2024	1 167 977,28 zł brutto
2	Zimowe oczyszczanie tzw. ulic osiedlowych na terenie miasta Białegostoku w sektorze III – część IX	Urząd Miejski w Białymstoku	01.10.2021-30.09.2024	851 368,60 zł brutto

Zamawiający wezwał Odwołującego – na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp – do wyjaśnienia, czy tereny objęte wskazanymi w przedstawionym wykazie usług umowami nie należą do pasa drogowego oraz czy wskazane usługi zawierają czynności polegające na odśnieżaniu chodników lub/i przejść dla pieszych. W odpowiedzi na powyższe wezwanie Odwołujący wyjaśnił, że ramach realizacji wskazanych w wykazie usług umów brak jest terenów nienależących do pasa drogowego, a umowy obejmują czynności polegające na odśnieżaniu chodników.

Zamawiający uznał, że warunek został spełniony i dokonał wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w cz. III, który to wybór następnie unieważnił i wezwał Odwołującego – na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp – do

poprawienia wykazu usług, przez wskazanie usług polegających na odśnieżaniu chodników wraz z ich konkretną wartością.

	Wykonane usługi (należy podać informacje potwierdzające spełnianie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale VIII ust, 1 pkt 1 SWZ)	Podmiot na rzecz którego wykonano	Okres wykonania	Wartość wykonanej usługi (brutto)
1	Zimowe oczyszczanie tzw. ulic osiedlowych na terenie miasta Białegostoku w sektorze V — część XV (w tym wykonane usługi polegające na odśnieżaniu chodników i terenów poza pasami drogowymi)	urząd Miejski w Białymstoku	01.10.2021-30.09.2024	1 167 977,28zł brutto — całkowita wartość wykonanych dotychczas usług, w tym 323 339,43zł brutto wartość wykonanych usług polegających na odśnieżaniu chodników i terenów poza pasami drogowymi
2	Zimowe oczyszczanie tzw. ulic osiedlowych na terenie miasta Białegostoku w sektorze III - część IX (w tym wykonane usługi polegające na odśnieżaniu chodników i terenów poza pasami drogowymi)	urząd Miejski w Białymstoku	01.10.2021-30.09.2024	851 268,60zł brutto całkowita wartość wykonanych dotychczas usług, w tym 265 717,43zł brutto - wartość wykonanych usług polegających na odśnieżaniu chodników i terenów poza pasami drogowymi

Wykonawca oświadczył również, że

Ponadto Zamawiający – n a podstawie art. 128 ust. 5 ustawy Pzp – zwrócił się do Urzędu Miasta Białegostoku o przedstawienie informacji i/lub dokumentów jednoznacznie wskazujących na jaką kwotę w zakresie ww. umów Wykonawca KOMA Białystok Sp. z o.o. wykonał czynności polegające na odśnieżaniu chodników. W odpowiedzi na to wezwanie Urząd Miasta Białegostoku wskazał, że w ramach wskazanych umów KOMA Białystok Sp. z o.o. do 13 października 2023 r. wykonał usługi polegające na odśnieżaniu chodników osiedlowych na łączną kwotę 5 459 34 zł brutto.

Dodatkowo, w związku ze złożeniem przez Odwołującego poprawionego wykazu usług, Zamawiający ponownie wystąpił do Urzędu Miasta Białegostoku o przedstawienie informacji i/lub dokumentów wskazujących, czy w ramach zawartych umów na „Zimowe oczyszczanie tzw. ulic osiedlowych na terenie miasta Białegostoku" odśnieżaniem były objęte również tereny poza pasem drogowym. W odpowiedzi Urząd Miasta Białegostoku (Załącznik nr 2) potwierdził, że Wykonawca o którym mowa powyżej w ramach ww. umów nie wykonywał prac na ulicach, chodnikach i zieleńcach zlokalizowanych poza pasami drogowymi na terenie miasta Białegostoku.

Pismem z 9 listopada 2023 r. Zamawiający poinformował o wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp oraz o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a, b i c ustawy Pzp. W uzasadnieniu tych czynności Zamawiający wskazał:

(…) W ocenie ZDZiT Wykonawca wprowadził Zamawiającego w błąd w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, że spełnienia warunek udziału w postępowaniu, mimo iż faktycznie warunku tego nie spełnia, wskazując, że zakres umów ujętych w przedstawionym wykazie usług obejmuje odśnieżanie zarówno chodników, jak i terenów poza pasem drogowym. Zamawiający zweryfikował tą informację bezpośrednio u podmiotu, na rzecz którego powyższe umowy były realizowane. Urząd Miasta Białegostoku jednoznacznie wskazał, że usługi polegające na odśnieżaniu chodników osiedlowych stanowiących wymagane doświadczenie były wykonane na kwotę 5 459,34 zł brutto, natomiast Wykonawca nie wykonywał prac na terenach leżących poza pasami drogowymi.

Wykonawca celowo wskazał całą kwotę jaka została wydatkowa w ramach wskazanych umów. Jest to działanie, którego celem jest wytworzenie mylnego wyobrażenia Zamawiającego o dotychczasowym doświadczeniu wykonawcy.

Zamiar wprowadzenia w błąd Zamawiającego widoczny jest szczególnie na etapie wyjaśnień, gdzie Wykonawca celowo wskazuje, iż w umowach wyszczególnionych w wykazie usług zawierają się czynności polegające na odśnieżaniu utrzymując, iż warunek ten spełnia, mimo iż faktycznie wartość zrealizowanych usług kwalifikujących się do warunku jest znikoma.

Biorąc powyższe pod uwagę, zgodnie z zapisami Rozdziału VII ust. 4 SWZ, na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, 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.

Złożenie przez Wykonawcę informacji ma istotny wpływ na decyzje Zamawiającego w zakresie wyboru najkorzystniejszej oferty – na podstawie nieprawdziwych informacji Zamawiający mógłby wybrać ofertę Wykonawcy Koma Białystok Sp. z o.o., który w rzeczywistości nie spełnia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wymaganego doświadczenia.

(…) Wykonawca KOMA Białystok Sp. z o.o. został wykluczony (1.1.) z postępowania, ze względu na wprowadzenie Zamawiającego w błąd w wyniku zamierzonego działania, że spełnienia warunek udziału w postępowaniu, mimo iż faktycznie warunku tego nie spełnia.

Zgodnie z Rozdziałem VIII ust. 1 pkt 1 SWZ Zamawiający wymagał, aby wykonawca wykazał, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonał/wykonuje usługę/usługi (umowy) polegające na odśnieżaniu chodników lub/i przejść dla pieszych lub/i terenów poza pasami drogowymi, których łączna wartość wynosi min. 200 000,00 zł (brutto). Wykonawca KOMA Białystok Sp. z o.o. nie spełnił ww. warunku udziału w postepowaniu.

Wykonawca nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowego środka dowodowego tj. wykazu usług zgodnie z Rozdziałem IX ust. 1 pkt 3 ppkt 3.1) potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu wskazanego w Rozdziale VIII ust. 1 pkt 1 SWZ.

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, 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.

Stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę: a) podlegającego wykluczeniu z postępowania lub b) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, lub c) który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń.

W ocenie Izby Zamawiający, wykluczając Odwołującego z postępowania i odrzucając jego ofertę, naruszył ww. przepisy poprzez ich bezpodstawne zastosowanie.

Po pierwsze, Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego, że Odwołujący nie wykazał spełniania warunku w postępowaniu określonego w rozdz. VIII ust. 1 pkt 1 SWZ.

Nie jest przedmiotem sporu, że wymagane przez Zamawiającego doświadczenie powinno obejmować usługi polegające na odśnieżaniu chodników lub/i przejść dla pieszych lub/i terenów poza pasami drogowymi oraz że łączna wartość wynosi tych właśnie usług, a nie całej umowy, w ramach której były wykonywane, powinna wynosić min. 200.000,00 zł. Jest to przyznane przez Odwołującego, mimo że początkowo inaczej interpretował on warunek udziału w postępowaniu.

W uzupełnionym wykazie Odwołujący oświadczył, że wartość usług polegających na odśnieżaniu chodników i terenów poza pasami drogowymi wyniosła: w przypadku umowy z poz. 1 wykazu – 323 339,43 zł, w przypadku umowy z poz. 2 wykazu – 265 717,43 zł. Przedmiotem tych umów było zimowe oczyszczanie tzw. ulic osiedlowych na terenie Białegostoku. Istotą sporu było więc to, czy ulice osiedlowe (tzw. drogi wewnętrzne) są „terenami poza pasami drogowymi".

Oceniając tę kwestię Izba wzięła pod uwagę, że Zamawiający nie zamieścił w SWZ definicji terenów poza pasami drogowymi. Pojęcie pasa drogowego zostało zdefiniowane w ustawie z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 645 z późn. zm.). Zgodnie z art. 4 pkt 1 tej ustawy jest to wydzielony liniami rozgraniczającymi grunt wraz z przestrzenią nad i pod jego powierzchnią, w którym jest lub będzie usytuowana droga. Chociaż definicja ta nie odnosi literalnie pojęcia pasa drogowego do dróg publicznych, to należy mieć na uwadze, że przedmiotem regulacji ustawowej są właśnie drogi publiczne, natomiast drogi wewnętrzne nie są objęte uregulowaniami tej ustawy dotyczącymi dróg publicznych. Nie ma w tym zakresie jednoznacznych i powszechnie prezentowanych stanowisk przeciwnych w doktrynie i orzecznictwie. Jeśli chodzi o orzeczenia przywołane przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, zauważenia wymaga, że nie jest ich istotą rozstrzygnięcie, czy ustawowa definicja pasa drogowego dotyczy również dróg wewnętrznych.

Wobec powyższego za zasadne należy uznać stanowisko, że ulice osiedlowe, które nie są drogami publicznymi,

nie posiadają pasa drogowego, a zatem – że odśnieżanie tych ulic jest odśnieżaniem terenów poza pasem drogowym. Dodatkowym potwierdzeniem tej okoliczności jest wskazywany przez Odwołującego fakt, że ulice osiedlowe, których dotyczyły umowy wskazane w wykazie, zlokalizowane są na kilku działkach geodezyjnych niemających statusu drogi (w tym na działkach rolnych), co Odwołujący potwierdził złożoną na rozprawie dokumentacją zdjęciową i geodezyjną.

W ocenie Izby również celowościowa wykładnia warunku udziału w postępowaniu przemawia za przyjęciem, że drogi wewnętrzne są terenami poza pasem drogowym. Jak bowiem przyznał Zamawiający podczas rozprawy, zależało mu na tym, aby wykonawca miał doświadczenie w usługach wykonywanych na terenach poza głównymi ulicami, gdyż specyfika odśnieżania takich terenów i wymagania sprzętowe dla tego typu usług są inne. Bez wątpienia odśnieżanie ulic wewnętrznych jest pod tym względem zbieżne z rodzajem usług będących przedmiotem zamówienia, zatem doświadczenie w odśnieżaniu takich ulic jest miarodajne dla oceny potencjału wykonawcy.

Podkreślić należy, że jeśli Zamawiający zamierzał dopuścić do postępowania wykonawców, którzy mają doświadczenie w odśnieżaniu terenów niebędących również drogami wewnętrznymi, powinien to jasno w warunku wyrazić, przykładowo określając w SWZ, na potrzeby przedmiotowego postępowania, definicję „terenów poza pasem drogowym" – w szczególności w sytuacji, gdy definicja legalna pasa drogowego znajduje się w ustawie określającej regulacje dla dróg publicznych, powodując co najmniej poważne wątpliwości co do możliwości jej odnoszenia do dróg wewnętrznych. Skoro Zamawiający tego nie zrobił, to nieuprawnione jest na etapie oceny spełniania warunku rozszerzanie pojęcia pasa drogowego również na drogi wewnętrzne, a tym samym ograniczanie doświadczenia, którym może wykazać się wykonawca, w sposób niemający oparcia w brzmieniu warunku.

Odnosząc się do informacji uzyskanych przez Zamawiającego z Urzędu Miasta Białystok wskazać należy, że informacje te mogły służyć jedynie do ustalenia stanu faktycznego w zakresie rodzaju powierzchni, na których wykonywane były usługi, natomiast interpretacja tych informacji należy do Zamawiającego. Skoro nie ulega wątpliwości, że przedmiotem usług było odśnieżanie ulic osiedlowych, to oceny, czy są to tereny poza pasem drogowym, czy też nie, powinien dokonać Zamawiający. Informacji przekazanych przez odbiorcę usług nie można traktować jako rozstrzygających w zakresie ocen prawnych, a jedynie jako pozwalających ustalić stan faktyczny.

Skoro Odwołujący spełnił warunek udziału w postępowaniu, to nie można stwierdzić, że przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd. Nie ma bowiem podstaw twierdzić, że nieprawdziwą była informacja, że zakres umów ujętych w przedstawionym wykazie usług obejmuje odśnieżanie zarówno chodników, jak i terenów poza pasem drogowym. Nie znajduje więc potwierdzenia teza Zamawiającego, że „zamiar wprowadzenia w błąd Zamawiającego widoczny jest szczególnie na etapie wyjaśnień, gdzie Wykonawca celowo wskazuje, iż w umowach wyszczególnionych w wykazie usług zawierają się czynności polegające na odśnieżaniu utrzymując, iż warunek ten spełnia, mimo iż faktycznie wartość zrealizowanych usług kwalifikujących się do warunku jest znikoma".

W odniesieniu do stwierdzenia Zamawiającego, że wykonawca w pierwszym wykazie celowo wskazał całą kwotę, jaka została wydatkowa w ramach wskazanych umów, stwierdzić należy, że Zamawiający nie wykazał, że było to działanie zamierzone lub spowodowane rażącym niedbalstwem. Zamawiający nie przedstawił szerszego uzasadnienia w tym zakresie, w szczególności nie wykazał, że informacja taka nie mogła wynikać z błędnej, ale chociażby w pewnym stopniu usprawiedliwionej interpretacji warunku. Podkreślenia wymaga, że na zamawiającym stosującym wobec wykonawcy sankcję wykluczenia z postępowania ciąży obowiązek wykazania, że ziściły się wszystkie przesłanki warunkujące takie wykluczenie. Wykluczenie na postawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp wymaga wykazania, że wykonawca wprowadził zamawiającego w błąd, że było to wynikiem zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa oraz że mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego. W ocenie Izby Zamawiający z tego obowiązku się nie wywiązał.

Wobec powyższego odwołanie podlegało uwzględnieniu.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 1 pkt 1 z 2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami Zamawiającego.

Przewodnicząca:.....