Sygn. akt: KIO 1307/14

WYROK
z dnia 10 lipca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bogdan Artymowicz

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 lipca 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 czerwca 2014 r. przez Wykonawcę **Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych i Dekoracji Sp. z o.o., ul. Dekerta 43, 30-703 Kraków,** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, **Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania Sp. z o.o., ul. Nowohucka 1, 31-580 Kraków,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum firm: **Zakład Projektowo Usługowy "RADIX" Sp. z o.o., SITA Małopolska Sp. z o.o., Ciepłownicza 15, 31-574 Kraków,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego, **Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych i Dekoracji Sp. z o.o., ul. Dekerta 43, 30-703 Kraków** i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego, **Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych i Dekoracji Sp. z o.o., ul. Dekerta 43, 30-703 Kraków,** tytułem wpisu od odwołania,
   2.2. zasądza od Odwołującego – **Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych i Dekoracji Sp. z o.o., ul. Dekerta 43, 30-703 Kraków,** na rzecz Zamawiającego, **Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania Sp. z o.o., ul. Nowohucka 1, 31-580 Kraków,** kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Krakowie.

Przewodniczący: ……..…

KIO 1307/14

Uzasadnienie

Zamawiający, Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania Sp. z o. o. z siedzibą w Krakowie [dalej także, jako „MPO"], prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest usługa mechanicznego oczyszczania Miasta Krakowa z podziałem na 2 rejony.

W dniu 26 czerwca 2014 r., wykonawca Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych i Dekoracji Sp. z o. o. z siedzibą w Krakowie, złożył odwołanie wobec wyboru, jako najkorzystniejszej w zakresie zadania nr 2 oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, konsorcjum firm: Zakład Projektowo Uslugowy „Radix" Sp. z o. o. z siedzibą w Krakowie oraz SITA Małopolska Sp. z o. o. z siedzibą w Krakowie [dalej także, jako „konsorcjum Radix"] i w konsekwencji zaniechanie wykluczenia tych wykonawców z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 26 ust. 2b w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r., Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), [dalej także, jako „Pzp"], poprzez bezpodstawne przyjęcie, iż konsorcjum Radix mogło

polegać na potencjale technicznym podmiotu trzeciego, w konsekwencji czego Zamawiający zaniechał wykluczenia konsorcjum z udziału w postępowaniu w zakresie zadania nr 2 i dopuścił go do dalszego uczestnictwa w postępowaniu – a to dlatego, że konsorcjum nie udowodniło, że będzie dysponowało potencjałem technicznym podmiotu trzeciego i nie przedłożyło wymaganych przez SIWZ dokumentów i informacji;

2) art. 26 ust. 3 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp poprzez zaniechanie wezwania konsorcjum Radix do uzupełnienia brakujących dokumentów oraz informacji, potwierdzających fakt rzeczywistego dysponowania potencjałem technicznym innego podmiotu w zakresie niezbędnym do należytego wykonania zamówienia oraz rzeczywisty dostęp do tych zasobów, wymaganych zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia;
3) art. 26 ust. 3 Pzp poprzez wezwanie konsorcjum Radix do uzupełnienia Wykazu wykonanych usług, sporządzonego wg załącznika nr 4 do SIWZ, uwzględniającego okres realizacji zamówienia, pomimo, że w świetle złożonych przez konsorcjum wyjaśnień wykaz ten nie zawierał błędów, uzasadniających uzupełnienie tego dokumentu w tym trybie;

---

4) art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 i 3 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia konsorcjum Radix z udziału w postępowaniu w zakresie zadania nr 2, pomimo, że wykonawca ten nie wykazał w toku postępowania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, tj, wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym;
5) art. 24 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 22 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia konsorcjum Radix z udziału w postępowaniu w zakresie zadania nr 2, pomimo, że wykonawca ten złożył w toku postępowania:
   a) nieprawdziwe oświadczenie o posiadaniu przez niego kwalifikacji, uprawniających go do udziału w postępowaniu, tj. wiedzy i doświadczenia, dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonywania zamówienia, posiadania odpowiedniej sytuacji ekonomicznej i finansowej,
   b) Wykaz wykonanych usług, zawierający nieprawdziwe informacje, które to nieprawdziwe informacje miały wpływ na wynik prowadzonego postępowania;
6) art. 7 ust. 1 Pzp poprzez prowadzenie postępowania przez Zamawiającego z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, biorących udział w postępowaniu, a to z uwagi na:
   a) zaniechanie wykluczenia konsorcjum Radix z postępowania, pomimo istnienia ku temu podstaw,
   b) zaniechanie wezwania konsorcjum Radix do uzupełnienia brakujących dokumentów, w okresie wykonywania potwierdzających dysponowanie zamówienia potencjałem technicznym podmiotu trzeciego,
   c) wezwania konsorcjum Radix do poprawienia Wykazu wykonanych usług, pomimo braku istnienia ku temu podstaw i umożliwienie mu udziału w postępowaniu, zamiast wykluczenia go.

Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynność wyboru oferty konsorcjum Radix, jako najkorzystniejszej w zakresie zadania nr 2,
2) powtórzenia czynności oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu i oceny ofert wykonawców, biorących udział w postępowaniu w zakresie zadania nr 2,
3) wykluczenia konsorcjum Radix z postępowania w zakresie zadania nr 2 oraz uznania oferty konsorcjum, jako odrzuconej w zakresie zadania nr 2,
4) dokonania wyboru oferty Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania nr 2.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazywał, iż w zakresie warunku dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym konsorcjum Radix ograniczyło się w swojej ofercie jedynie do wskazania w przedłożonym Wykazie sprzętu, że podstawą polegania na potencjale technicznym innego podmiotu (polewaczce oraz zamiatarkach elewatorowych) będzie umowa dzierżawy. Odwołujący podnosił, iż konsorcjum Radix nie wskazało m.in.

zakresu udostępnienia i okresu, przez jaki będzie korzystało z w/w sprzętu na podstawie umowy dzierżawy. Konsorcjum nie przedłożyło także w ramach oferty pisemnego zobowiązania innego podmiotu do udostępnienia potencjału technicznego i gotowości zawarcia umowy dzierżawy, albo jeżeli konsorcjum zawarło już odpowiednie umowy dzierżawy, dokumentów potwierdzających zawarcie tych umów. Tym samym Odwołujący stwierdził, iż nie można uznać, że konsorcjum Radix wykazało, iż dysponuje potencjałem technicznym wymaganym do realizacji zamówienia, będącego przedmiotem postępowania w zakresie zadania nr 2, zgodnie z SIWZ i w konsekwencji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Mając na względzie powyższe Odwołujący wskazywał na obowiązek Zamawiającego wezwania konsorcjum Radix do przedłożenia na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp brakujących dokumentów, potwierdzających rzeczywiste i gwarantujący należyte wykonanie zamówienia, dysponowanie potencjałem technicznym innego podmiotu, a czego Zamawiający zaniechał.

Ponadto w ocenie Odwołującego, Zamawiający w sposób bezpodstawny wezwał konsorcjum Radix do uzupełnienia Wykazu usług załączonego do oferty konsorcjum i sporządzonego formalnie zgodnie z załącznikiem nr 4 do SIWZ. Odwołujący wskazywał, iż zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp zamawiający wzywa wykonawców do uzupełnienia brakujących dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp tylko w przypadku, gdy zawierają one błędy lub wykonawca w ogóle ich nie złożył. Tymczasem złożony przez konsorcjum Radix Wykaz usług był formalnie poprawny (tzn. formalnie zgodny z SIWZ), gdyż kolumna nr 5 zawierała uzupełniony okres realizacji zamówienia. W konsekwencji w ocenie Odwołującego wykaz nie zawierał błędów, które podlegałyby uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Dodatkowo Odwołujący wskazywał, iż wraz z wyjaśnieniami z dnia 2 czerwca 2014 r., konsorcjum Radix przedłożyło nowy Wykaz usług, (opatrzony podobnie jak pierwotny wykaz, datą 20 maja 2014 r.), w którym zmieniło okresy realizacji zamówienia w poszczególnych pozycjach. Uzupełnienie to w ocenie Odwołującego nastąpiło jednak bez odpowiedniego wezwania ze strony Zamawiającego, a także, pomimo, że złożony wraz z ofertą Wykaz był z punktu widzenia formalnego prawidłowy i wymagał jedynie wg Zamawiającego wyjaśnień. Tym samym zdaniem Odwołującego złożenie nowego Wykazu przez konsorcjum Radix pozbawione było jakichkolwiek podstaw prawnych i powinno zostać pominięte przez Zamawiającego, jako działanie bezprawne, względnie dokonane poza postępowaniem.

Odnosząc się do wezwania Zamawiającego z dnia 6 czerwca 2014 r., w którym wezwał on konsorcjum Radix do uzupełnienia Wykazu usług z uwzględnieniem okresu realizacji zamówienia Odwołujący wskazywał, iż brak jest podstaw do uzupełnienia dokumentów, które wykonawca przedkłada zamawiającemu wraz z wyjaśnieniami. Tym samym w ocenie Odwołującego w/w wezwanie do uzupełnienia Wykazu usług należało uznać za dokonane bez podstawy prawnej. Jednocześnie za niezgodne z ustawą Pzp należy uznać oparcie się przy dokonywaniu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców i oceny ofert na dokumencie przedłożonym w wyniku bezpodstawnego wezwania Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

Dalej Odwołujący wskazywał, iż konsorcjum Radix nie wykazało, że dysponuje odpowiednią wiedzą i doświadczeniem, niezbędnym do realizacji zamówienia w zakresie wymaganym w SIWZ. Odwołujący podnosił, iż w wykazie usług złożonym przez konsorcjum wraz z ofertą, powołało się ono na wykonanie dwóch usług: jednej o wartości 740.813,57 zł netto w okresie od kwietnia 2010 r. do listopada 2012 r. oraz drugiej o wartości 236.845,97 zł netto w okresie od kwietnia 2013 r. do kwietnia 2014 r. W wyjaśnieniach konsorcjum wskazało, że w rzeczywistości usługi te były wykonywane na podstawie dwóch umów, których okresy obowiązywania przypadały odpowiednio od 1 stycznia 2010 r. do 31 grudnia 2012 r. oraz od 1 stycznia 2013 r. do nadal. Dalej Odwołujący podnosił, iż w odpowiedzi na kolejne wezwanie konsorcjum Radix przedłożyło jeszcze jeden wykaz, w którym wyodrębniono w ramach obu umów poszczególne lata świadczenia usług pomijając jednocześnie okres od 1 stycznia 2010 r. do 31 grudnia 2010 r. Tym samym w ocenie Odwołującego usługi zrealizowane w 2010 r. należy poczytywać wg. Wyjaśnień samego konsorcjum za zrealizowane i zakończone w okresie poprzedzającym okres trzech lat przed upływem terminu składania ofert. Zdaniem Odwołującego usługa świadczona w roku 2010 nie powinna więc być uwzględniana przy wyliczaniu usług, co potwierdziło również konsorcjum, które w ostatnim złożonym Wykazie usług pominęło usługę wykonywaną w 2010 r. W ocenie Odwołującego, skoro jak wskazało konsorcjum co roku świadczy usługi od kwietnia i tak też wystawia faktury, nie sposób przyjąć ciągłości świadczenia usług i

uwzględniać dla potrzeb niniejszego postępowania usługę zrealizowaną przez konsorcjum w 2010 r. Tym samym wartość usługi zrealizowanej w 2010 r. powinna zostać odjęta od łącznej wartości usług wskazanych w pozycji nr 1 i 2 Wykazu usług złożonego przez konsorcjum Radix wraz z ofertą. Odwołujący wskazywał, iż od kwoty 1.055.872,31 zł brutto należy odjąć kwotę 262.722,58 zł brutto. Z powyższego działania wynika, że konsorcjum Radix na dzień składania ofert wykonało w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, usługi jedynie o wartości brutto 793.149,73 zł, co nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Zdaniem Odwołującego, nawet

---

gdyby alternatywnie przyjąć, że usługi wymienione w załączonym do oferty Wykazie usług w pozycji nr 1 były świadczone w sposób ciągły, to należałoby uznać, że usługi wymienione w pozycji nr 1 i 2 Wykazu usług stanowią w istocie jedną usługę, a nie dwie, co oznaczałoby, iż konsorcjum nie spełniło wymogu świadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert dwóch usług, skoro usługa ta świadczona była nieprzerwanie od 2010 r., do dnia dzisiejszego na rzecz jednego i tego samego podmiotu. Ponadto Odwołujący wskazywał, iż konsorcjum w ostatnim złożonym Wykazie usług wskazało odmienne kwoty wartości zamówienia dla usługi wskazanej w pozycji nr 2 wykazu od tych zamieszczonych we wcześniejszych wykazach. Kwota w ostatnim wykazie jest wyższa o 18.348,49 zł netto od kwoty wskazanej we wcześniejszych wykazach w pozycji nr 2 a przede wszystkim w wykazie załączonym do oferty. Tym samym w ocenie Odwołującego, konsorcjum Radix celowo podało nieprawdziwe informacje o wartości usług świadczonych w latach 2013-2014 celem potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Reasumując zdaniem Odwołującego, mając na względzie okoliczności przedmiotowej sprawy, konsorcjum Radix składając oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu złożyło nieprawdziwe informacje. Analogicznie Odwołujący wskazywał na złożenie nieprawdziwych informacji w Wykazie usług przedłożonym Zamawiającemu w dniu 9 czerwca 2014 r.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający, Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania Sp. z o. o. z siedzibą w Krakowie, prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest usługa mechanicznego oczyszczania Miasta Krakowa z podziałem na 2 rejony.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 15 kwietnia 2014 r., pod numerem 2014/S 074-128025.

Zgodnie z pkt 3 SIWZ Zamawiający dopuścił składanie ofert częściowych, zastrzegając, iż każdy wykonawca może złożyć ofertę na nie więcej niż 1 rejon. Zgodnie z pkt 7.1. SIWZ o udzielenie przedmiotowego zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają wiedzę i doświadczenie tj. wykonali w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie dwie usługi (umowy) polegające na mechanicznym oczyszczaniu miasta na łączną wartość wykonanych prac, co najmniej 800 000 zł brutto. Zgodnie z pkt 7.2. SIWZ Zamawiający wskazał, iż o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego mogą ubiegać się wykonawcy, którzy dysponują odpowiednim potencjałem technicznym, tj. dysponują minimum:

---

1) 6 sztukami zamiatarek w tym, co najmniej 2 zamiatarki elewatorowe i co najmniej 1 zamiatarka ze szczotką bezpiecznikową,
2) 2 sztukami polewaczek,
3) jedną koparko-ładowarką,
4) dwoma samochodami dostawczymi do 3,5 t DMC.

Na potwierdzenie spełniania powyższych warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający żądał przedłożenia odpowiednio wykazu wykonanych usług z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów na rzecz których usługi zostały wykonane oraz wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usług w celu wykonania zamówienia wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami. Ponadto Zamawiający wskazał, że jeżeli wykonawca wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b Pzp, Zamawiający, w celu oceny, czy wykonawca

będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów żąda dokumentów – informacji wykonawcy – dotyczących:

1) zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu,
2) sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia,
3) charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem,
4) zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

Do upływu terminu składania ofert, wyznaczonego na dzień 21 maja 2014 r., swoje oferty na zadanie nr 2, złożyli następujący wykonawcy:

1) Konsorcjum Radix na kwotę 2.613.200,00 zł brutto;
2) Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych i Dekoracji Sp. z o. o. na kwotę 2.795.200,00 zł brutto.

Ponadto Izba ustalił, iż konsorcjum Radix w celu wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia załączyło do oferty Wykaz wykonanych usług powołując się na doświadczenie w realizacji dwóch usług polegających na mechanicznym oczyszczaniu ulic i chodników na terenie miasta Nowy Sącz. Zgodnie z wykazem pierwsza usługa realizowana była w okresie: 04.2010-11.2012 a jej wartość wyniosła 740.813,57 zł netto. Druga usługa realizowana byłą w okresie 04.2013-04.2014 a jej wartość wyniosła 236.845,97 zł netto. Do wykazu konsorcjum Radix załączyło dokumenty poświadczające należyte wykonanie obu usług, z których wynikało, iż pierwsza usługa referencyjna wykonana została w okresie od

---

dnia 1.01.2010 r. do dnia 31.12.2012 r., natomiast druga usługa referencyjna wykonywana jest od dnia 1.01.2013 r. i wykonywana jest nadal.

W celu wykazania spełniania warunku dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym konsorcjum Radix załączyło do oferty oświadczenie dotyczące potencjału technicznego. Zgodnie z przedłożonym oświadczeniem, jako podstawę dysponowania jednej z zamiatarek oraz jednej z polewaczek konsorcjum wskazało, iż jest to sprzęt dzierżawiony.

Pismem z dnia 29 maja 2014 r., Zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp zwrócił się do konsorcjum Radix o wyjaśnienie treści wykazu wykonanych usług oraz załączonych do wykazu referencji tj. czy wartość zamówienia wskazana w kolumnie nr 3, poz. Nr 1 i 2 wykazu dotyczy mechanicznego oczyszczania ulic i chodników na terenie miasta Nowy Sącz czy też wartość ta dotyczy umów. Ponadto Zamawiający zwrócił się do konsorcjum o wyjaśnienie rozbieżności pomiędzy okresem realizacji poszczególnych usług wskazanym w Wykazie a datami wynikającymi z referencji.

W odpowiedzi na wezwanie konsorcjum Radix w piśmie z dnia 2 czerwca 2014 r., wyjaśniło, iż wartość zamówienia wskazana w kolumnie nr 3 poz. Nr 1 i 2 Wykazu wykonanych usług dotyczy tylko i wyłącznie mechanicznego oczyszczania ulic i chodników na terenie miasta Nowy Sącz. Ponadto konsorcjum wyjaśniło, iż rozbieżności dotyczące okresu realizacji wykazanych usług wynikają z faktu, iż zgodnie z przedłożonymi referencjami, umowa została zawarta na okres od 1 stycznia 2010 r. do 31 grudnia 2012 r. zaś faktyczna realizacja ze względu na specyfikę miała miejsce od miesiąca kwietnia 2010 r. i tak też były wystawiane faktury obciążające miasto Nowy Sącz. Analogiczna sytuacja miała miejsce w przypadku drugiej przedłożonej referencji. Do wyjaśnień konsorcjum Radix załączyło uzupełniony wykaz ze zmienioną kolumną „okres realizacji zamówienia".

W dniu 6 czerwca 2014 r., Zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp wezwał konsorcjum Radix do uzupełnienia wykazu wykonanych usług, sporządzonego wg załącznika nr 4 do SIWZ z uwzględnieniem okresu realizacji zamówienia (kolumna nr 5 w/w wykazu). W odpowiedzi na wezwanie konsorcjum Radix wraz z pismem z dnia 9 czerwca 2014 r., przedłożyło Wykaz wykonanych usług z rozbiciem na poszczególne okresy. Zgodnie z przedłożonym wykazem konsorcjum wskazało dwie usługi:

1) Mechaniczne oczyszczanie ulic i chodników na terenie miasta Nowy Sącz, umowa nr BMP.ZZP.342-610/09/II, okresy realizacji: 01.01.2011-31.12.2011 o wartości 276.812,04 zł brutto, oraz 01.01.2012-31.12.2012 o wartości 260.544,04 zł brutto;
2) Mechaniczne oczyszczanie ulic i chodników na terenie miasta Nowy Sącz, umowa nr BMP.ZZP.272-617.2012, okresy realizacji: 01.01.2013-31.12.2013 o wartości 197.506,91 zł brutto, oraz 01.01.2014-20.05.2014 o wartości 78.103,11 zł brutto.

Pismem z dnia 13 czerwca 2014 r., zamawiający poinformował o wyborze oferty wskazując, jako najkorzystniejszą w zakresie zadania nr 2 ofertę złożoną przez konsorcjum Radix.

Powyższe leży bezpośrednio u podstaw przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła również, iż Zamawiający w dniu 26 czerwca 2014 r. wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego. W terminie wynikającym z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp swoje przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosiło konsorcjum Radix stając się uczestnikiem przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia Stron oraz Uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej zważył, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp. Izba uznała również, iż Odwołujący posiada interes w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż w przypadku uwzględnienia odwołania, jego oferta mogłaby być uznana za najkorzystniejszą.

Odnosząc się do podniesionych zarzutów Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego się. W pierwszej kolejności należało stwierdzić, iż wbrew twierdzeniom Odwołującego, konsorcjum Radix wykazując spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, nie powoływało się na dysponowanie potencjałem podmiotu trzeciego. Niewątpliwie konsorcjum Radix w wykazie sprzętu, jako podstawę dysponowania jedną z zamiatarek oraz jedną z polewaczek wskazało dzierżawę, co nie oznacza automatycznie powołania się na potencjał podmiotu trzeciego. Zgodnie z dyspozycją art. 26 ust. 2b Pzp wykonawca polegający na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.

Odnosząc się do przedmiotowego stanu faktycznego w ocenie Izby brak jest przesłanek, które pozwalałyby stwierdzić, iż konsorcjum Radix posłużyło się potencjałem podmiotu trzeciego. Przyjęcie argumentacji Odwołującego musiałoby prowadzić do stwierdzenia, iż z udostępnieniem potencjału podmiotu trzeciego nie mielibyśmy do czynienia jedynie w przypadku wykazania się przez wykonawcę prawem własności wymaganego sprzętu. Należy zauważyć, iż przez umowę dzierżawy, wydzierżawiający zobowiązuje się oddać dzierżawcy rzecz do używania i pobierania pożytków przez czas oznaczony lub nieoznaczony, a dzierżawca zobowiązuje się płacić wydzierżawiającemu umówiony czynsz. Tym samym w ocenie Izby umowa dzierżawy daje wykonawcy wystarczający tytuł do dysponowania rzeczą. Izba wskazuje, iż wobec istnienia bezpośredniego uprawnienia wykonawcy do dysponowania rzeczą brak jest podstaw do uznania, iż rzeczy te stanowią potencjał innego podmiotu w rozumieniu art. 26 ust. 2b Pzp. Należy zwrócić uwagę, iż powszechnym jest, że wykonawcy nie będąc właścicielami rzeczy dysponują nimi np., jako użytkownicy, najemcy, dzierżawcy czy leasingobiorcy. W ocenie Izby istnienie takiego stosunku zobowiązaniowego, który uprawnia wykonawcę do władania rzeczą, korzystania z niej w sposób zgodny z jej przeznaczeniem, używania jej, będzie wystarczające do uznania, że dysponuje nią w rozumieniu Pzp i nie będzie to wówczas dysponowanie potencjałem podmiotu trzeciego. Zdaniem Izby, aby można było mówić o udostępnieniu potencjału przez podmiot trzeci w rozumieniu art. 26 ust. 2b Pzp należałoby wykazać, iż np. najem rzeczy związany jest z realizacją tego konkretnego zamówienia publicznego na okres niezbędny do jego wykonania. Mając na względzie powyższe Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego uznając, iż konsorcjum Radix wykazało spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału technicznego. Tym samym brak było również podstaw do zastosowania wobec konsorcjum Radix dyspozycji art. 26 ust. 3 Pzp gdyż wykazując spełnianie przedmiotowego

warunku udziału w postępowaniu, konsorcjum nie powoływało się na potencjał podmiotu trzeciego. Zarzuty w tym zakresie należało uznać za nietrafne.

Również w zakresie zaniechania wykluczenia konsorcjum Radix z postępowania z uwagi na niespełnianie warunku wiedzy i doświadczenia, zarzuty te Izba uznała za nietrafne. Niewątpliwie wykazując spełnianie warunku wiedzy i doświadczenia konsorcjum Radix powołało się na doświadczenie w realizacji dwóch usług na rzecz miasta Nowy Sącz. W ocenie Izby już z pierwotnie załączonego do oferty wykazu wykonanych usług wynika, iż konsorcjum Radix spełnia przedmiotowy warunek udziału w postępowaniu gdyż wykazało dwie usługi o łącznej wartości przekraczającej 800.000,00 zł brutto. Zaznaczyć należy, iż Konsorcjum w wykazie załączonym do oferty prawidłowo przyjęło wartość usługi wymienionej w pozycji nr 1 uwzględniając również rok 2010. Izba wskazuje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym usługa była świadczona od 1 stycznia 2010 r. do 31 grudnia 2012 r. Skoro, zatem zakończenie świadczenia usługi miało miejsce w trzyletnim

---

okresie referencyjnym liczonym od dnia, w którym upływał termin składania ofert to cała wartość usługi polegającej na mechanicznym oczyszczaniu ulic i chodników mogła być wzięta pod uwagę przy ocenie spełniania warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia. Nie można również zgodzić się z Odwołującym, iż konsorcjum Radix nie wykazało się realizacją, co najmniej dwóch usług. Niewątpliwie Konsorcjum powoływało się na usługę realizowaną w ramach umowy nr BPM.ZZP.342-610/09/II jak i usługę realizowaną na podstawie umowy BPM.ZZP.272.617.2012, obie na rzecz miasta Nowy Sącz. Tym samym skoro już z pierwotnego wykazu wykonanych usług, przy uwzględnieniu złożonych przez Konsorcjum wyjaśnień wynikało, iż spełnia ono warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia nie można uznać, iż kolejno składane wykazy miałyby zmieniać ocenę wykonawcy w tym zakresie. Na marginesie Izba wskazuje, iż nie można zgodzić się z Odwołującym, iż dyspozycja art. 26 ust. 3 Pzp upoważnia zamawiającego do wzywania wykonawców do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp zawierających błędy formalne. Opierając się na dotychczasowym orzecznictwie Izba wskazuje, iż za oświadczenia lub dokumenty zawierające błędy, w zakresie których zamawiający zobligowany będzie do wezwania wykonawcy do ich uzupełnienia należy uznać również takie oświadczenia lub dokumenty z których nie wynika spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Za nietrafne należało uznać także twierdzenie Odwołującego, iż konsorcjum Radix złożyło nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania. Takich nieprawdziwych informacji nie zawierało zarówno oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu jak i Wykaz wykonanych usług złożone przez Konsorcjum Radix, gdyż treść dokumentów złożonych wraz z ofertą potwierdza spełnianie warunków udziału w postępowaniu zarówno co do potencjału technicznego jak i wiedzy i doświadczenia.

Tym samym za niezasadny należało uznać również zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, gdyż Zamawiający prowadził postępowanie z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Mając na względzie powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do wyniku postępowania oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: ……..……