Sygn. akt: KIO 1159/12

WYROK
z dnia 18 czerwca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Ronikier-Dolańska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 czerwca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 czerwca 2012 r. przez **Jacka Wieczorka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Jacek Wieczorek Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych w Bytomiu** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez **Miasto Jaworzno - Miejski Zarząd Dróg i Mostów w Jaworznie**

przy udziale **Miejskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania sp. z o.o. w Jaworznie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego Jacka Wieczorka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Jacek Wieczorek Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych w Bytomiu z postępowania i odrzucenia jego oferty oraz dokonanie ponownej oceny i badania ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,

2. kosztami postępowania obciąża **Miasto Jaworzno - Miejski Zarząd Dróg i Mostów w Jaworznie** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero gorszy) uiszczoną przez **Jacka Wieczorka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Jacek**

Wieczorek Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych w Bytomiu tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od **Miasta Jaworzna - Miejskiego Zarządu Dróg i Mostów w Jaworznie** na rzecz **Jacka Wieczorka prowadzącego działalność pod nazwą Jacek Zakład Usługowy gospodarczą Wieczorek Konserwacja Terenów Zielonych w Bytomiu** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 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 Katowicach.**

Przewodniczący:

……

Sygn. akt: KIO 1159/12

Uzasadnienie

Miasto Jaworzno – Miejski Zarząd Dróg i Mostów w Jaworznie zwany dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie w celu zawarcia

umowy na utrzymanie czystości i porządku na terenie miasta Jaworzno. Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie przepisu art. 11 ust. 8 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 22 marca 2012 r. pod numerem 2012/S 57 – 093306.

24 maja 2012 r. zamawiający zawiadomił Jacka Wieczorka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Jacek Wieczorek Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych w Bytomiu (dalej „odwołujący") o wykluczeniu go z postępowania oraz o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Miejskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania sp. z o.o. w Jaworznie (dalej także „przystępujący"). W konsekwencji 4 czerwca 2012 r. odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, jego kopię przekazując zamawiającemu (wpływ bezpośredni potwierdzony prezentatą). Odwołujący podniósł, iż w toku przedmiotowego postępowania naruszono m.in. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, art. 24 ust. 2 pkt 4 Ppz w zw. z art. 89 ust. 1 pkt. 5 Pzp, art. 24 ust. 3 Pzp w zw. z art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp, a także inne przepisy wymienione lub wynikające z uzasadnienia odwołania, w szczególności poprzez wykluczenie odwołującego z postępowania pomimo, że odwołujący wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedstawienie uzasadnienia faktycznego i prawnego wykluczenia odwołującego w sposób, który nie czyni zadość wymaganiom określonym w art. 24 ust. 3 Pzp, a także poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:
- unieważnienie wyboru oferty złożonej przez Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania sp. z o.o. z siedzibą w Jaworznie jako oferty najkorzystniejszej;
- unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania i w konsekwencji unieważnienie czynności uznania złożonej przez odwołującego oferty za odrzuconą;
- dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej

---

przez odwołującego;
- dokonanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu do podniesionych zarzutów odwołujący wskazał, iż 15 maja 2012 r. zamawiający, w trybie art. 26 ust. 3 Pzp wezwał go „do uzupełnienia wymaganych dokumentów, potwierdzających spełnianie przez Państwa warunków udziału w postępowaniu". W wezwaniu tym zamawiający odnosząc się do dokumentów załączonych do oferty odwołującego wskazał, że „Z jedynej - odpowiadającej wartością - referencji wystawionej przez Miejski Zarząd Ulic i Mostów w Chorzowie, nie wynika, że wykonawca wykonywał usługą tożsamą z usługą stanowiącą przedmiot zamówienia w zakresie: oczyszczania przystanków komunikacji miejskiej i koszy przystankowych, oczyszczania wolno stojących koszy ulicznych, utrzymania słupów i tablic ogłoszeniowych oraz oczyszczania przejść podziemnych (tunelowych) i naziemnych (kładki)". W związku z powyższym zamawiający wezwał odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu opisanego w cz. V ust. 1 pkt 2) specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „siwz"). W odpowiedzi na wezwanie odwołujący przekazał zamawiającemu uzupełniony wykaz wykonanych usług wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte ich wykonanie. W przedłożonym zamawiającemu piśmie odwołujący wyjaśnił treść złożonych dokumentów. Dnia 24 maja 2012 r. zamawiający przekazał wykonawcom zawiadomienie o wynikach postępowania, w którym poinformował m.in. o wykluczeniu odwołującego z postępowania, jako podstawę prawną decyzji wskazując na przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp. W uzasadnieniu faktycznym zamawiający stwierdził, że „w uzupełnionych dokumentach Wykonawca nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu, określonego w cz. VI ust. 1 pkt 15) SIWZ, bowiem żadna z przedstawionych usług nie odpowiada zarówno wartością jak i przedmiotem usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia." Zamawiający powołał się również na przepis art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, która została złożona przez Wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert.

Odwołujący argumentował, że został bezpodstawnie wykluczony z postępowania. Wskazał na pkt V.1.2 siwz. Podniósł, że przedmiotem zamówienia w niniejszym postępowaniu są usługi w zakresie utrzymania czystości i porządku na terenie miasta Jaworzna. Szczegółowy

opis przedmiotu zamówienia zawierają załączniki (od numeru 1 do numeru 6) do projektu umowy stanowiącej załącznik nr 8 do siwz. Odwołujący wyjaśnił, iż usługi wskazane w uzupełnionym przez niego wykazie wykonanych usług odpowiadają zarówno wartością

(wartość każdej z usług wskazanych w wykazie znacząco przekracza kwotę 500 000 zł) jak i przedmiotem, usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia (przedmiot tych usług jest zbliżony do przedmiotu zamówienia). Co więcej, zostały zrealizowane w okresie 3 lat przed upływem terminu składania ofert. Bezspornym jest zatem zdaniem odwołującego, że wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu, a co za tym idzie brak było podstaw do wykluczenia go z postępowania. Zdaniem odwołującego zamawiający w uzasadnieniu faktycznym wykluczenia odwołującego nie wskazał powodów, dla których uznał, iż usługi podane w uzupełnionym wykazie wykonanych usług nie potwierdzają spełniania przez odwołującego warunków udziału w postępowaniu. Uzasadnienie faktyczne podane przez zamawiającego jest bardzo lakoniczne i w znacznej mierze stanowi opis stanu faktycznego zaistniałego na gruncie przedmiotowego postępowania, co uniemożliwia odwołującemu odniesienie się do konkretnych zarzutów zamawiającego i stanowi rażące naruszenie przepisu art. 24 ust. 3 Pzp, stosownie do którego zamawiający zawiadamia równocześnie wykonawców, którzy zostali wykluczeni z postępowania o udzielenie zamówienia, podając uzasadnienie faktyczne i prawne, z zastrzeżeniem art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp. W celu uzasadnienia swojego stanowiska powołał orzeczenia Izby, tj.: wyrok KIO z 7 września 2010 r. (sygn. akt KIO 1819/10) oraz wyrok KIO z 17 sierpnia 2011 r. (sygn. akt: KIO 1658/11).

Jednocześnie odwołujący odniósł się do zamówień wskazanych w uzupełnionym wykazie wykonanych usług:
- poz. 1 wykazu - Letnie oczyszczanie i utrzymanie czystości miasta Jaworzno.
Usługa ta była realizowana przez odwołującego w ramach dwóch bezpośrednio następujących po sobie zadań *„Letnie* oczyszczanie i utrzymanie czystości". Pierwsze z zadań realizowane było w okresie od 1 kwietnia do 30 czerwca 2009 r., natomiast drugie od 1 lipca do 31 października 2009 r. Zakres przedmiotowy zadań odpowiadał swoim rodzajem usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia, a łączna wartość zadań wynosiła 822 636,89 zł. Odwołujący podniósł, że może jedynie domniemywać, iż w zakresie przedmiotowej usługi zastrzeżenia zamawiającego budził fakt, że została ona zrealizowana w ramach dwóch zadań. Podkreślił, że możliwe jest zakwalifikowanie następujących po sobie zadań jako jednej usługi i powołanie się na nie, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, na potwierdzenie czego wskazał orzeczenia KIO - wyrok z 31 sierpnia 2011 r. (sygn. akt: KIO 1777/11), wyrok KIO z 28 marca 2011 r. (sygn. akt: KIO/534/11), wyrok KIO z 10 listopada 2011 r. (sygn. akt: KIO 2286/11, KIO 2303/11, KIO 2309/11), wyrok KIO z 28 kwietnia 2011 r. (sygn. akt KIO 807/11).
- poz. 2 wykazu - Letnie oczyszczanie nawierzchni jezdni ulic, miejsc postojowych oraz

---

chodników będących w Zarządzie Miejskiego Zarządu Ulic i Mostów w Chorzowie - zadanie 1.
W zakresie przedmiotowej usługi, w wezwaniu do uzupełnienia wymaganych dokumentów z 15 maja 2012 r. zamawiający stwierdził, że „z jednej odpowiadającej wartością - referencji wystawionej przez Miejski Zarząd Ulic i Mostów w Chorzowie, nie wynika, że Wykonawca wykonywał usługę tożsamą z usługą stanowiącą przedmiot zamówienia w zakresie: oczyszczania przystanków komunikacji miejskiej i koszy przystankowych, oczyszczania wolno stojących koszy ulicznych, utrzymania słupów i tablic ogłoszeniowych oraz oczyszczania przejść podziemnych (tunelowych) i naziemnych (kładki)". W warunku udziału w postępowaniu określonym w pkt. V.1.2 siwz zamawiający wskazał, iż wymaga, aby wykonawca wykazał się wykonaniem „co najmniej 1 usługi odpowiadającej swoim rodzajem usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia (polegającej na letnim oczyszczaniu i utrzymaniu czystości miasta) (...)". Odwołujący domniemał, iż stanowisko zamawiającego wyrażone w wezwaniu legło u podstaw stwierdzenia, że usługa wskazana w poz. 2 uzupełnionego wykazu nie potwierdza spełniania przez odwołującego warunków udziału w postępowaniu. Stanowisko to jest jednak nieuzasadnione, gdyż przedmiot zamówienia wskazany w wykazie usług nie musi być identyczny z przedmiotem zamówienia, a może być jedynie do niego zbliżony. Usługa wskazana w poz. 2 polegała na „Letnim oczyszczanie nawierzchni jezdni ulic, miejsc postojowych oraz chodników będących w Zarządzie Miejskiego Zarządu Ulic i Mostów w Chorzowie", a w jej ramach wykonano: mechaniczne czyszczenie jezdni ulic zamiatarkami

według ustalonego harmonogramu oraz według przyjętych kategorii - II, III i IV; czyszczenie ręczne lub mechaniczne stanowisk postojowych oraz miejsc niemożliwych do wyczyszczenia za pomocą zamiatarek. Wobec tego jest ona zbliżona do przedmiotu zamówienia, a zatem zdaniem odwołującego powinna być przez zamawiającego uwzględniona przy dokonywaniu oceny spełniania przez odwołującego warunków udziału w postępowaniu. Powyższe w opinii odwołującego znajduje potwierdzenie w orzecznictwie KIO, np.: *wyrok KIO z 17 września 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1135/09), wyrok KIO z 20 maja 2010 r. (sygn. akt KIO 830/10), wyrok KIO z 29 marca 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 269/10), wyrok KIO z 25 sierpnia 2010 r. (sygn. akt KIO 1704/10).*
- poz. 3 wykazu - Utrzymanie czystości na terenie Miasta Knurów oraz poz. 4 wykazu - Utrzymanie porządku i czystości w Rejonie III - Miłowice, Stary Sosnowiec.
Usługi wskazane w poz. 3 i 4 wykazu w ocenie odwołującego potwierdzają spełnianie przez niego warunków udziału w postępowaniu, gdyż zostały wykonane w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, ich przedmiot jest zbliżony do przedmiotu zamówienia, a wartość każdej z tych usług przekracza kwotę 500 000 zł.

Odwołujący podsumowując wskazał, że przedstawiona argumentacja jednoznacznie potwierdza, iż odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, a zatem zamawiający bezpodstawnie wykluczył go z udziału w

---

postępowaniu, czym naruszył w szczególności art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp.

Zamawiający zawiadomił 5 czerwca 2012 r. Miejskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania sp. z o.o. w Jaworznie o odwołaniu wzywając do przystąpienia do postępowania odwoławczego oraz przesyłając kopię odwołania. Dnia 8 czerwca 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ bezpośredni potwierdzony prezentatą) zostało wniesione pismem z 6 czerwca 2012 r. zgłoszenie Miejskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania sp. z o.o. w Jaworznie przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Pismem datowanym na 11 czerwca 2012 r. zamawiający odpowiedział na odwołanie wnosząc o jego oddalenie.

Na rozprawie odwołujący oraz przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

Uwzględniając załączoną do akt sprawy dokumentację przedmiotowego postępowania, jak również pod i stanowiska biorąc uwagę oświadczenia odwołującego oraz przystępującego złożone podczas rozprawy, Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Przedmiotem zamówienia są usługi w zakresie utrzymania czystości i porządku na terenie miasta Jaworzna (pkt III.1 siwz oraz par. 1 ust. 1 projektu umowy, a także sekcja II. pkt 1.5 ogłoszenia o zamówieniu). Jako rodzaj zamówienia wskazano w sekcji II. pkt 1.2 ogłoszenia o zamówieniu usługi w dziedzinie odprowadzania ścieków i wywozu nieczystości, usługi sanitarne i podobne. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawierają załączniki (od numeru 1 do numeru 6) do projektu umowy stanowiącej załącznik nr 8 do siwz (pkt III.2 siwz). Załącznik nr 1 to szczegółowy opis przedmiotu zamówienia w zakresie oczyszczania dróg, ulic i parkingów (obejmuje oczyszczenie mechaniczne i ręczne dróg i ulic; polega m.in. na zamiataniu całej powierzchni jezdni, likwidacji roślinności z powierzchni jezdni, opasek bezpieczeństwa i chodnika, zbieranie z poboczy dróg i ulic wszelkiego rodzaju zanieczyszczeń i wywóz zebranych odpadów na składowisko odpadów), załącznik nr 2 to szczegółowy opis przedmiotu zamówienia w zakresie oczyszczania ciągów pieszych (chodników, schodów, utwardzonych palców, wodościeków, skarp (obejmuje oczyszczanie mechaniczne i ręczne ciągów pieszych; polega m.in. na ręcznym zbieraniu wszelkich odpadów i zanieczyszczeń, ręcznym i mechanicznym zamiataniu całej powierzchni ciągu pieszego, likwidacji traw i chwastów), załącznik nr 3 to szczegółowy opis przedmiotu zamówienia w zakresie oczyszczania przystanków komunikacji miejskiej i koszy

---

przystankowych (oczyszczanie terenu przystankowego i infrastruktury przystankowej obejmuje m.in. oczyszczanie terenu przystankowego poprzez ręczne zbieranie wszelkich odpadów, zamiataniu, likwidacji traw i chwastów; utrzymanie koszy przystankowych polega

m.in. na opróżnianiu koszy przystankowych wolnostojących oraz koszy zamocowanych do konstrukcji wiat przystankowych/słupów wraz z wymianą worka, uprzątnięciem odpadów w promieniu 3 m wokół kosza, z dezynfekcją kosza po każdym jego opróżnieniu i wywozem zabranych odpadów z kosza; mycie wiat przystankowych wraz z infrastrukturą; wykaszanie dziko rosnących traw i chwastów), załącznik nr 4 to szczegółowy opis przedmiotu zamówienia w zakresie oczyszczania wolno stojących koszy ulicznych (utrzymanie koszy ulicznych wolnostojących polega na ich opróżnianiu wraz z wymianą worka, uprzątnięciem odpadów w promieniu 3 m wokół kosza, z dezynfekcją kosza po każdym opróżnieniu i wywozem zebranych odpadów z koszy), załącznik nr 5 to szczegółowy opis przedmiotu zamówienia w zakresie utrzymania tablic i słupów ogłoszeniowych (przez utrzymania tablic i słupów ogłoszeniowych rozumie się oczyszczanie powierzchni z naklejonych ogłoszeń i uprzątnięcie odpadów wokół ww. urządzeń w promieniu 3 m od tablicy ogłoszeń lub słupa ogłoszeniowego), załącznik nr 6 to szczegółowy opis przedmiotu zamówienia w zakresie oczyszczania przejść podziemnych (tunelowych) i nadziemnych (kładki). W powołanych załącznikach określono częstotliwość dokonywania określonych czynności, standardy wykonania usług oraz określono lokalizacje podlegające utrzymaniu w czystości/sprzątaniu.

Termin wykonania zamówienia: od 1 lipca 2012 r. do 31 października 2012 r. (pkt IV siwz).

Dalej zamawiający opisał sposób oceny warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia wskazując w pkt. V.1.2 siwz, że „Zamawiający wymaga, aby Wykonawca wykazał się należytym wykonaniem w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej 1 usługi odpowiadającej swoim rodzajem usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia (polegającej na letnim oczyszczaniu i utrzymaniu czystości miasta), o wartości nie mniejszej niż 500 000,00 zł brutto.” W celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt. V.1.2 siwz zamawiający wymagał załączenia do oferty wykazu wykonanych usług w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem usługom stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców (wg załącznika nr 6 do siwz) wraz z załączeniem dokumentów potwierdzających, że usługi te zostały wykonane należycie. Wykonawca powinien wykazać, że spełnia warunek określony w pkt. V.1.2 siwz (pkt VI.1.15 siwz). W załączniku nr 6 zamawiający wymagała podania rodzaju usługi, czasu realizacji, wskazania podmiotu

---

zlecającego oraz wartości zamówienia brutto w złotych. Analogicznie warunek został opisany w ogłoszeniu (sekcja III ogłoszenia o zamówieniu).

Odwołujący złożył ofertę, do której załączył sporządzony zgodnie z załącznikiem nr 6 do siwz wykaz wykonanych usług, wymieniając w nim trzy zamówienia, w tym w poz. 1 zamówienie obejmujące letnie oczyszczanie i utrzymanie czystości miasta Jaworzno w okresie od 1 kwietnia 2009 r. do 30 czerwca 2009 r. zrealizowane na rzecz zamawiającego, o wartości 404 590,59 zł (zakres prac obejmował mechaniczne czyszczenie ulic, chodników, sprzątanie przystanków komunikacji miejskiej, opróżnianie koszy przystankowych i ulicznych, obsługę tablic i słupów ogłoszeniowych, ręczne sprzątanie pasa drogowego, usuwanie padliny zwierzęcej, ręczne sprzątanie płyty rynku głównego). Taki sam zakres przedmiotowy został wskazany w poz. 2 wykazu wykonanych usług, obejmującym zamówienie zrealizowane dla zamawiającego w okresie od 1 lipca 20109 r. do 31 października 2009 r. o wartości 418 046,30 zł. Dla obu zamówień załączono referencje wystawione przez zamawiającego 16 grudnia 2009 r., w których wskazano wartość umowy zgodnie z wykazem, wymieniono usługi zgodnie z opisem zawartym w wykazie wykonanych usług oraz stwierdzono, że „usługi były wykonane zgodnie z umową”. W poz. 3 wykazu wykonanych usług odwołujący wymienił letnie oczyszczanie nawierzchni jezdni ulic, miejsc postojowych oraz chodników będących w Zarządzie Miejskiego Zakładu Ulic i Mostów w Chorzowie – zadanie 1 o wartości 851 329, 21 zł. W opisie zamówienia wskazano, że obejmowało ono mechaniczne oczyszczanie jezdni ulic zamiatarkami według ustalonego harmonogramu oraz według przyjętych kategorii, czyszczenie ręczne lub mechaniczne stanowisk postojowych oraz miejsc niemożliwych do wyczyszczenia za pomocą zamiatarek. Referencje z 30 grudnia 20122 r. potwierdziły wykonanie umowy z należytą starannością w sposób zgodny z zawartą umową.

Pismem z 15 maja 2012 r. zamawiający, odnosząc się do pkt. VI.1.15 siwz, wezwał odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie przez odwołującego warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający stwierdził, że „z dołączonych do oferty referencji nie wynika, że przynajmniej jedna z nich odpowiada zarówno wartością jak i przedmiotem usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia. Przedmiot zamówienia został przez Zamawiającego określony w cz. II ust. 1 i 2 siwz. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawierały załączniki (od numeru 1 do numeru 6) do projektu umowy (która stanowiła załącznik nr 8 do siwz). Z jedynej – odpowiadającej wartością – referencji wystawionej przez Miejski Zarząd Ulic i Mostów w Chorzowie, nie wynika, że Wykonawca wykonał usługę tożsamą z usługą stanowiącą przedmiot zamówienia w zakresie: oczyszczania przystanków komunikacji miejskiej i koszy przystankowych, oczyszczania

---

wolno stojących koszy ulicznych, utrzymania słupów i tablic ogłoszeniowych oraz oczyszczania przejść podziemnych (tunelowych) i naziemnych (kładki). W związku z powyższym Zamawiający wzywa do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku w postępowaniu wymaganego zapisami cz. V ust 1 pkt2) siwz”.

W odpowiedzi odwołujący przy piśmie z 17 maja 2012 r. złożył zamawiającemu poprawiony wykaz wykonanych usług, w którym usługi wskazane w pierwotnym wykazie w poz. 1 i 2 uznał za jedną usługę o wartości 822 636,89 zł świadczoną od 1 kwietnia 2009 r. do 31 października 2009 r. dla Miejskiego Zarządu Dróg i Mostów w Jaworznie. Dodał także do wykazu dwie kolejne usługi: w poz. 3 wskazał na zamówienie realizowane dla Miasta Knurów obejmujące utrzymanie czystości tego miasta (wartość zamówienia 556 462, 73 zł). W opisie zakresu prac wskazał na mechaniczne czyszczenie ulic, opróżnianie koszy ulicznych, koszy na psie odchody, utrzymanie tablic i słupów ogłoszeniowych, zbieranie rozjechanych zwierząt, zakup wymiana i zabudowa koszy na śmieci, malowanie konstrukcji tablic i słupów ogłoszeniowych, wymianę płyt laminowanych w słupach ogłoszeniowych, montaż i dostawę słupa ogłoszeniowego, naprawę i ponowną zabudowę koszy na śmiecie, odchwaszczanie nawierzchni z kostki brukowej, usuwanie zanieczyszczeń z chodników, odbiór worków z liśćmi w okresie jesieni, likwidację dzikich wysypisk, usuwanie wiatrołomów, rozwieszenie i zdjęcie flag, usługi i zabiegi interwencyjne. Załączono referencje z 29 kwietnia 2011 r. oraz z 8 maja 2012 r. potwierdzające należyte, zgodnie z umową, wykonanie usług. W poz. 4 poprawionego wykazu wykonanych usług podano zamówienie polegające na utrzymaniu porządku i czystości w rejonie III – Milowice, Stary Sosnowiec, zrealizowane na rzecz Sosnowca o wartości 800 788,06 zł (w tym usługi porządkowe w okresie letnim – 616 145, 50 zł). Zakres prac obejmował m.in. zamiatanie powierzchni chodników, kładki, schodów terenowych oraz przystanków komunikacji miejskiej, zamiatanie tuneli i schodów przejść podziemnych, oczyszczanie i zamiatanie jezdni wzdłuż krawężników lub krawędzi jezdni, opróżnianie koszy ulicznych, ustawienie koszy na śmieci, malowanie koszy, mycie kosy, malowanie ławek, wymianę uszkodzonych lub skradzionych desek w ławkach, mycie wiat na przystankach komunikacji miejskiej, pielęgnację zieleni i usługi zimowego utrzymania. Załączono referencje z 19 stycznia 2012 r. potwierdzające należyte wykonanie prac. Jednocześnie odwołujący w piśmie z 17 maja 2012 r. wyjaśnił, że w odniesieniu do usług realizowanych dla Jaworzna (poz. 1 uzupełnionego wykazu wykonanych usług), na podstawie dwóch umów realizował w ciągu 7 miesięcy „obsługę okresu letniego”. Zwrócił uwagę, że nie miał wpływu na podział zamówienia na części, a roboty objęte zamówieniem były wykonywane w sposób ciągły i zapewniały utrzymanie czystości przez cały sezon. Dla poparcia swojego stanowiska powołał wyrok KIO z 24 lipca 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 887/09). Odnosząc się do poz. 2 uzupełnionego wykazu wykonanych zamówień

(zamówienie zrealizowane dla Zarządu Miejskiego Zarządu Ulic i Mostów w Chorzowie – zadanie 1), wskazał, że zarówno wartość, jak i przedmiot usługi odpowiada wymaganiom zamawiającego zawartym w siwz. Podniósł, że usługa ta odpowiada swoim rodzajem usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia zgodnie z ogłoszeniem i siwz, bowiem z dokumentów tych wynika, że nie wymagano doświadczenia w realizacji zamówień tożsamych z przedmiotem zamówienia, lecz rodzajowo podobnych. Zatem zamawiający nie może domagać się, aby posiadane doświadczenie odzwierciedlało wszystkie elementy sformułowane przez niego w przedmiocie zamówienia. Wskazał na wyroki o sygn. akt KIO/UZP 517/08 i KIO/UZP 561/08 oraz wyrok KIO z 4 czerwca 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP

653/09). Ustosunkowując się do poz. 3 uzupełnionego wykazu wykonanych usług (zamówienie wykonane na rzecz Knurowa) wyjaśnił, że usługa jest rodzajowo podobna do tej objętej przedmiotem zamówienia. Co do poz. 4 poprawionego wykazu usług (zamówienie dla Sosnowca) wyjaśnił, że usługa ta, polegająca na wykonywaniu usług porządkowych w okresie letnim, jest tożsama z usługą stanowiącą przedmiot zamówienia.

Zamawiający pismem z 24 maja 2012 r. zawiadomił o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez przystępującego oraz o wykluczeniu odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp i odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp. Zamawiający w powołanym piśmie przywołał postanowienia siwz (pkt VI.1.15 siwz). Dalej stwierdził, że „żadna z przedstawionych w Wykazie usług nie potwierdziła spełnienia przez Wykonawcę warunku określonego w SIWZ (...). W uzupełnionych dokumentach Wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, określonego w cz. VI ust. 1 pkt. 15) siwz, bowiem żadna z przedstawionych usług nie odpowiada zarówno wartością jak i przedmiotem usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia.

Uwzględniwszy tak ustalony stan faktyczny Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp. Przymiot uczestnika postępowania uzyskało Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania sp. z o.o. w Jaworznie zgłaszając skutecznie przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Dokonując oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, uwzględniając stanowiska stron oraz przystępującego, Izba stwierdziła, że odwołanie należało uwzględnić.

Istotą sporu pomiędzy zamawiającym a odwołującym jest prawidłowość dokonanej przez zamawiającego oceny spełniania przez odwołującego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia (art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp), opisanego przez zamawiającego w pkt. V.1.2 siwz, w konsekwencji której wykluczył odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

Zważywszy wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy reguły rządzące postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego stwierdzić trzeba, iż to na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu - niewywiązanie się z tego obowiązku skutkuje wykluczeniem z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp. Jednak tak daleko idące konsekwencje mogą być wyciągnięte wobec wykonawcy tylko wówczas, gdy zamawiający sporządzi siwz prawidłowo, prezencyjnie i jednoznacznie formułując wymagania wobec wykonawców. Zamawiający ma prawo dostosować opis dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu do swoich uzasadnionych potrzeb (art. 22 ust. 3 i 4 Pzp), jednak musi to uczynić w taki sposób, aby każdy potencjalny wykonawca mógł jednoznacznie stwierdzić, jakie wymagania są przez zamawiającego stawiane i czy je spełnia.

Zatem kluczowe znaczenie dla rozstrzygnięcia o zasadności wykluczenia odwołującego z postępowania, poza treścią uzupełnionego przez odwołującego wykazu wykonanych usług oraz referencji, przyznać należy treści siwz. Siwz jest dokumentem o szczególnym znaczeniu w postępowaniu o zamówienie publiczne – z jednej strony wyznacza wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia wymagania, które ma spełniać wykonawca oraz oferta, by uczynić zadość oczekiwaniom zamawiającego, z drugiej zaś – granice, w których może poruszać się zamawiający, dokonując oceny złożonych ofert, czy weryfikując spełnianie przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu. Trzeba podkreślić zasadnicze reguły, którymi zobowiązany jest kierować się zamawiający dokonując oceny ofert. Przede wszystkim nie wolno mu oceniać ani ofert, ani wykonawców w sposób dowolny, lecz jedynie na podstawie sformułowanych w siwz zasad i wymagań, co służy realizacji wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, a także związanej z nimi zasady transparentności postępowania. Wykonawcy biorący udział w postępowaniu mają prawo oczekiwać, że zostaną ocenieni

wyłącznie na podstawie zawartych w siwz wymagań zamawiającego (tak też przykładowo w wyroku KIO z dnia 16 grudnia 2010 r., sygn. akt KIO 2623/10).

Przenosząc powyższe na grunt rozpoznawanej sprawy należy ustalić, dysponowanie jakim doświadczeniem wykonawca miał wykazać, aby zamawiający mógł ocenić, że spełnia warunek udziału w postępowaniu określony w art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp. Zamawiający wymagał, aby wykonawca wykazał się należytym wykonaniem w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej 1 usługi odpowiadającej swoim rodzajem usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia (polegającej na letnim oczyszczaniu i utrzymaniu czystości miasta), o wartości nie mniejszej niż 500 000 zł brutto (pkt V.1.2 siwz). Analiza przywołanego postanowienia siwz prowadzi do wniosku, jak słusznie wskazywał odwołujący, że zamawiający nie wymagał doświadczenia w realizacji usług tożsamych (identycznych) z przedmiotem zamówienia, lecz „odpowiadających swoim rodzajem usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia", jednoczenie jednak nie zdefiniował szczegółowo tego pojęcia, poprzestając na określeniu w nawiasie, że chodzi o usługę polegającą na letnim oczyszczaniu i utrzymaniu czystości miasta. Nie sposób zgodzić się z przystępującym i zamawiającym, iż usługi rodzajowo odpowiadające usłudze objętej przedmiotem zamówienia to takie, które w pełni odpowiadają zakresowi rodzajowemu wynikającemu z opisu przedmiotu zamówienia (załączniki od 1 do 6 do projektu umowy), gdyż takiego doprecyzowania w opisie oceny spełniania omawianego warunku brak. Zamawiający w opisie sposobu oceny warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia ani w siwz, ani w ogłoszeniu o zamówieniu nie odniósł się do opisu przedmiotu zamówienia zawartego w załącznikach 1- 6 do projektu umowy. Zamawiający do odpowiedzi na odwołanie załączył tabelę pt.: „Wykaz spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia (pod kątem zgodności z przedmiotem zamówienia)", z której wynika, że weryfikował, czy usługi wskazane przez wykonawców obejmowały oczyszczanie ulic, oczyszczanie chodników, oczyszczanie przejść podziemnych i kładki dla pieszych, oczyszczanie przystanków komunikacji miejskiej, opróżnianie koszy przystankowych i opróżnianie koszy ulicznych oraz oczyszczanie tablicy lub słupa ogłoszeniowego. Jednak z żadnego postanowienia siwz oraz ogłoszenia nie wynika, aby te aspekty przedmiotowe wykonanych usług miały być badane w kontekście oceny spełniania warunku wskazanego w art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp. Podkreślenia wymaga, że doświadczenie wykonawcy to umiejętności zdobyte i ugruntowane przy wykonywaniu prac odpowiadających rodzajem usługom objętych przedmiotem zamówienia i jego badanie ma służyć weryfikacji, czy wykonawca daje rękojmię należytego wykonania umowy. Izba przyjęła, w świetle brzmienia siwz i ogłoszenia, w tym w szczególności pkt. V.1.2 siwz i sekcji III ogłoszenia o zamówieniu, że dla wykazania spełniania spornego warunku udziału w postępowaniu nie było konieczne, aby zamówienie obejmowało wszystkie elementy wskazane w opisie przedmiotu zamówienia. Wystarczające było, aby przedmiotem zamówienia było letnie oczyszczanie i utrzymanie czystości miasta, gdyż tak wskazał

---

zamawiający w siwz oraz ogłoszeniu o zamówieniu. Mogły być to zatem zamówienia o zakresie zbliżonym do przedmiotu zamówienia w podstawowym zakresie czy charakterze, obejmujące letnie oczyszczanie i utrzymanie czystości miasta Podobnie za nieznajdującą uzasadnienia w treści ogłoszenia oraz siwz należy uznać argumentację zamawiającego oraz przystępującego, że wartość usługi (500 000 zł) odnosi sie do wartości zamówienia za okres 4 miesięcy. Co więcej, zamawiający ani w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów, ani w informacji o wykluczeniu odwołującego z postępowania, na takie rozumienie przez siebie siwz nie wskazywał. Takiego ograniczenia w treści siwz oraz ogłoszenia o zamówieniu nie ma. Nie wystarczy w tej kwestii odwołać się – jak chce zamawiający – do terminu realizacji umowy wynikającego z siwz (pkt IV siwz). Jeśli wartość zamówienia miała odnosić się do czteromiesięcznego okresu świadczenia usługi, powinno to być wprost wskazane w opisie sposobu oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu. Chybione jest także stanowisko zamawiającego, który przyjął, iż dla wykazania spełniania omawianego warunku udziału w postępowania nie jest dopuszczalne na gruncie badanej sprawy zsumowanie wartości dwóch następujących po sobie umów obejmujących świadczenia ciągłe (letnie oczyszczanie i utrzymanie czystości Jaworzna) o identycznym zakresie przedmiotowym i stanowiących (jak ustalono w toku rozprawy) zamówienia uzupełniające do umowy z 2008 r. realizowanej przez odwołującego na rzecz zamawiającego. W stanie faktycznym sprawy uprawnione było

zsumowanie wartości usług realizowanych na podstawie dwóch umów, bowiem stanowią one funkcjonalną całość, były wykonywane bez przerwy, bezpośrednio jedna pod drugiej oraz na ich podstawie realizowano to samo świadczenie. Usługa ta de facto zapewniała utrzymanie czystości w Jaworznie przez cały sezon letni. Stanowisko to znajduje potwierdzenie w treści pkt. V.1.2 siwz, gdzie zamawiający także odwołuje się do jednej usługi, a nie umowy (zamówienia). Referencje z 16 grudnia 2009 r. potwierdziły należyte wykonanie obu umów. Stwierdzenie przez zamawiającego w referencjach (innymi słowy - rekomendacjach), że usługi wykonywano zgodnie z umową nie pozostawia wątpliwości, iż zostały wykonane prawidłowo, należycie. Twierdzenia zamawiającego zawarte w odpowiedzi na odwołanie, że we wzorze referencji (pismo z 18 listopada 2009 r. oraz wzór referencji) odwołujący zawarł propozycję, aby stwierdzić „wykonanie należyte" wszystkich prac, co nie znalazło się w treści referencji z 16 grudnia 2009 r. - pozostaje bez znaczenia w kontekście treści dokumentów (referencji z 16 grudnia 2009 r.) wysławionych przez zamawiającego odwołującemu, w których zamawiający jednoznacznie potwierdził wykonanie usług zgodnie z umową. Dowodzenie w toku rozprawy przez zamawiającego, że w rzeczywistości odwołujący nie wykonał należycie wszystkich prac objętych przedmiotem zamówienia, nie jest przekonujące. Zamawiający nie przedstawił żadnych dowodów na tę okoliczność, jednocześnie w 2009 r. potwierdzając prawidłowe wykonanie umowy w referencjach. Dowodu takiego nie stanowi załącznik nr 2 do odpowiedzi na odwołanie, w którym

---

zamawiający wskazał, że wykonano prace o wartości 319 282,52 zł, a nie o wartości umownej – 404 590,6 zł. Zrozumiałym jest, że w sytuacji, gdy zamówienie rozliczane było kosztorysowo (okoliczność niesporna), uzasadnione było wypłacenie wynagrodzenia za faktycznie wykonane prace, które mogło być niższe, niż wynagrodzenie maksymalne przewidziane w umowie. Dodać trzeba, że treść referencji zamawiający zakwestionował dopiero w fazie postępowania odwoławczego – nie odnosił sie do nich w tym kontekście krytycznie ani w wezwaniu, ani w informacji o wykluczeniu odwołującego w postępowaniu, niemniej jednak Izba na marginesie odniosła się powyżej do tych argumentów. Podsumowując, zważywszy zakres przedmiotowy usługi opisanej w poz. 1 uzupełnionego wykazu wykonanych usług Izba stwierdziła, że zarówno wartościowo jak i przedmiotowo odpowiada ona wymaganiom zamawiającego zawartym w siwz, a jej należyte wykonanie zostało potwierdzone referencjami z 16 grudnia 2009 r. Analogicznie Izba oceniła pozostałe trzy usługi wskazane w uzupełnionym wykazie wykonanych usług. Ich wartość przekracza 500 000 zł, a zakres przedmiotowy (co wynika zarówno z opisu zawartego w wykazie, jak i w referencjach) rodzajowo odpowiadał przedmiotowi zamówienia polegającemu na letnim oczyszczaniu i utrzymaniu czystości miasta. Tym samym zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz 89 ust. 1 pkt 5 Pzp potwierdził się.

Odnosząc się do sformułowanego w odwołaniu zarzutu naruszenia art. 24 ust. 3 Pzp w zw. z art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp Izba zgadza się z odwołującym, że uzasadnienie faktyczne wykluczenia go z postępowania nie było wyczerpujące i odbiegało od standardów starannego działania obowiązujących zamawiającego, jako podmiotu odpowiadającego za prawidłowe przeprowadzenie postępowania. Faktem jest, iż powołane wyżej przepisy nie określają, jak szczegółowe powinno być uzasadnienie faktyczne decyzji zamawiającego, jednak nie jest sporne w doktrynie i orzecznictwie, że uzasadnienie podane w informacji o odrzuceniu oferty wykonawcy czy wykluczeniu go z postępowania warunkuje zakres składanych środków ochrony prawnej, zatem treść zawiadomienia - z uwagi na zawity charakter terminów wnoszenia środków ochrony prawnej - ma bezpośrednie znaczenie dla umożliwienia wykonawcom realizacji ich praw w postępowaniu i musi w sposób pełny obrazować przyczyny podjętych wobec wykonawcy decyzji (tak też wyroki KIO z 23 marca 2011 r., sygn. akt KIO 522/11; z 24 czerwca 2010 r., sygn. akt KIO 1066/10). Z tego względu brak precyzyjnego wskazania, dlaczego zamawiający uznał, że złożone przez wykonawcę dokumenty nie wykazują, że spełnia on sporny warunek udziału w postępowaniu (brak skonkretyzowania tych okoliczności) nie stanowi prawidłowej realizacji obowiązku określonego art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp. To na zamawiającym ciąży obowiązek przedstawienia uzasadnienia faktycznego podejmowanych w toku postępowania decyzji w taki sposób, aby

---

wykonawcy mieli pełną wiedzę na temat ich przyczyn (tak też w wyroku KIO z dnia 7

września 2010 r., sygn. akt KIO 1819/10). Wykonawca nie powinien domniemywać, na czym polegają stwierdzone przez zamawiającego nieprawidłowości w złożonych przez niego dokumentach. Nie stanowi wypełnienia dyspozycji normy art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp podanie przez zamawiającego dopiero na rozprawie czy w odpowiedzi na odwołanie uzasadnienia faktycznego podjętych wobec odwołującego decyzji (tak też wyrok KIO z dnia 11 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1620/11 oraz KIO 1625/11). Niedopuszczalnym jest wymuszanie przez zamawiającego, aby wykonawca kwestionujący zasadność podjętych wobec niego przez zamawiającego czynności, samodzielne zidentyfikował (nie koniecznie trafnie) przyczyny wykluczenia go z postępowania, a następnie w oparciu o poczynione założenia, przedstawiał w odwołaniu argumenty przemawiające za nietrafnością domniemanych przyczyn decyzji zamawiającego.

W realiach rozpatrywanej sprawy zamawiający wprawdzie dość ogólnikowo określił powody wykluczenia odwołującego z postępowania, jednak treść wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów oraz odpowiedź odwołującego na nie wraz z informacją o wykluczeniu odwołującego z postępowania (zważywszy, że spór dotyczył jednego, opisanego w niezbyt rozbudowany sposób, warunku udziału w postępowaniu), pozwala wywieść, dlaczego zamawiający wykluczył odwołującego z postępowania. Zatem mimo naruszenia przez zamawiającego art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp (art. 24 ust. 3 Pzp nie został naruszony, bowiem przepis ten nie znajduje zastosowania do przetarg nieograniczonego) uchybienie to, w stanie faktycznym sprawy, nie uniemożliwiło odwołującemu skorzystania ze środków ochrony prawnej.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, czyli stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

W tym stanie rzeczy, Izba działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy, orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący: ……