

Sygn. akt: KIO 2818/12

WYROK
z dnia 11 stycznia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Paweł Trojan

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 stycznia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18.12.2012 r. przez wykonawcę **M..... W.....** prowadzący działalność gospodarczą pod firmą **Zakład Kształtowania Terenów Zielonych M..... W.....**, ul. **Nasielska 26, 05-140 Serock** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Komunalny Zakład Budżetowy w Legionowie, ul. Jagiellońska 13a, 05-120 Legionowo** w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Utrzymanie czystości Targowiska Miejskiego w Legionowie przy ul. Sobieskiego o powierzchni ok. 19.000 m² oraz w miejscu handlowym przy ul. Sowińskiego (WIATA)”

przy udziale wykonawcy **AG-COMPLEX Spółka z o.o., ul. Marywilska 44, 03-042 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazuje unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego – M..... W..... prowadzący działalność

gospodarczą pod firmą Zakład Kształtowania Terenów Zielonych M..... W....., ul. Nasielska 26, 05-140 Serock oraz nakazuje dokonanie ponownie czynności badania i oceny ofert, jak również nakazuje dokonanie ponownie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej

2. kosztami postępowania w wysokości **11 100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych i zero groszy) obciąża Zamawiającego - **Komunalny Zakład Budżetowy w Legionowie, ul. Jagiellońska 13a, 05-120 Legionowo** i:

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **M..... W..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Kształtowania Terenów Zielonych M..... W....., ul. Nasielska 26, 05-140 Serock** tytułem wpisu od odwołania,
- 2) zasądza od Zamawiającego - **Komunalny Zakład Budżetowy w Legionowie, ul. Jagiellońska 13a, 05-120 Legionowo** na rzecz Odwołującego – **M..... W..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Kształtowania Terenów Zielonych M..... W....., ul. Nasielska 26, 05-140 Serock** kwotę **11 100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych i zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione w związku z zastępstwem przed Krajową Izbą Odwoławczą oraz wpisem od odwołania.

3. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **Warszawa – Praga**.

Przewodniczący:

.....

U z a s a d n i e

do wyroku z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2818/12

Zamawiający – Komunalny Zakład Budżetowy w Legionowie, ul. Jagiellońska 13a, 05-120 Legionowo prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Utrzymanie czystości Targowiska Miejskiego w Legionowie przy ul. Sobieskiego o powierzchni ok. 19.000 m² oraz w miejscu handlowym przy ul. Sowińskiego (WIATA)”.

Szacunkowa wartość zamówienia jest mniejsza od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 09.11.2012 r. Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 1 z 2012 r. pod numerem 442022.

W dniu **13.12.2012** r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu złożonej przez niego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **18.12.2012** r. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z postępowania, w związku z zastosowaniem art. 87 ust. 1 w zakresie wskazanym w piśmie z dnia 21.11.2012 r.

Ewentualnie zarzucił naruszenie art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy o ile Zamawiający stwierdzi, że w treści informacji o odrzuceniu nastąpiła omyłka w podaniu podstawy prawnej dokonanej czynności. Zarzucił również naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w sytuacji składania przez Zamawiającego oświadczeń, że czynność określona w piśmie z dnia 13.12.2012 r. jest czynnością wykluczenia z postępowania.

Odwołujący wniósł o:

- 1) Unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.
- 2) Unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, ewentualnie wykluczenia Wykonawcy.
- 3) Dokonanie ponownej oceny ofert.

4) Dokonania czynności wyboru oferty Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej, ewentualnie po uprzednim wykonaniu obowiązku wynikającego z art. 26 ust. 3 ustawy.

Wskazał, iż w interesie każdego Wykonawcy ubiegającego o zamówienie publiczne, jest dążenie do tego, aby postępowanie to toczyło się zgodnie z zasadami wynikającymi z ustawy. Interes Odwołującego wynika z faktu złożenia przez niego najkorzystniejszej oferty. W sytuacji, gdyby odwołanie zostało oddalone Odwołujący poniósłby szkodę w postaci utraty możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, co następuje. Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, jako rzekomo niezgodnej z treścią SIWZ, Odwołujący podniósł, co następuje.

W § 3 SIWZ przedmiot zamówienia został opisany bardziej szczegółowo, w szczególności w § 3.2 Zamawiający wymienił czynności, mające się składać na usługi będące przedmiotem postępowania, do których należały: codzienne utrzymanie bieżącej czystości terenu, zmiatanie alejek i chodników, grabienie i usuwanie śmieci, liści, gałęzi drzew, utrzymanie w okresie zimowym całego terenu Targowiska bez błota pośniegowego - bez śniegu, a także doprowadzenie ciągów pieszych do stanu użytkowania z nawierzchnią czarną dla asfaltu oraz z nawierzchnią czerwoną lub siwą dla kostki, usuwanie na bieżąco śniegu z całego terenu Targowiska oraz nadmiaru wody w przypadku nagromadzenia się na placach, posypywanie piaskiem alejek i chodników Targowiska przed rozpoczęciem handlu, codzienne wywożenie śmieci z Targowiska w oznaczonych godzinach, utrzymanie terenów zielonych, koszenie trawy, pielęgnacja drzew, usuwanie chwastów i krzewów terenu Targowiska wraz z terenem przyległym na zewnątrz ogrodzenia, wykonywanie bieżących napraw uszkodzeń ogrodzenia Targowiska wraz z malowaniem przęseł, bieżące naprawy uszkodzeń nawierzchni Targowiska, opróżnianie betonowych koszy znajdujących się przy wejściach na teren Targowiska, a także systematyczne czyszczenie studzienek chłonnych na terenie Targowiska.

Wskazał dodatkowo, iż Zamawiający przy opisie przedmiotu zamówienia posłużył się nazwami i kodami stosowanymi w wspólnym Słowniku Zamówień (CPV) wskazując na: usługi odbioru ścieków, usuwania odpadów, czyszczenia/sprzątania i usługi ekologiczne (90000000-7), usługi wywozu odpadów (90511000-2), usługi zbierania śmieci (90511300-5), usługi sprzątania (90910000-9). usługi sprzątania oraz usługi sanitarne na obszarach miejskich lub wiejskich oraz usługi powiązane (90600000-3).

W celu wykazania spełnienia warunku posiadania wymaganej wiedzy oraz doświadczenia, zgodnie z § 5.2.1 SIWZ, Zamawiający żądał, aby wykonawcy w wykazie

usług wskazali wykonywanie w okresie ostatnich 3 lat co najmniej 2 zamówień podobnych zakresem do przedmiotu zamówienia tj. wykonane w sposób ciągły w okresie minimum 12 miesięcy o wartości min. 300.000,00 zł. brutto każda. Odwołujący w swojej ofercie przedstawił informację o 3 zamówieniach spełniających ten warunek oraz załączył referencję potwierdzającą ich należyte wykonywanie. W referencjach dotyczących świadczenia usług na rzecz Remondis Sp. z o.o. wskazano, iż w ich zakres wchodziła: zbiórka selektywna odpadów, zbiórka odpadów biodegradowalnych, utrzymanie w czystości placu, wywóz śmieci oraz gruzu, a także wywóz gabarytów. Wartość świadczonych usług przekraczała wymaganą przez Zamawiającego kwotę 300.000.00 zł brutto rocznie.

Zamawiający uznając, iż wskazane w wykazie usługi wzbudzają wątpliwości, dnia 21 listopada 2012r., na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wezwał Odwołującego do wyjaśnień odnośnie treści oferty. Pomimo złożonych wyjaśnień, w dniu 13 grudnia 2012r., Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty ze względu na jej niezgodność z treścią SIWZ. Zdaniem Zamawiającego, wskazane w wykazie usługi świadczone na rzecz Remondis Sp. z o.o. nie spełniają parametrów określonych w § 3 SIWZ. W uzasadnieniu Zamawiający wskazywał, iż usługi świadczone na rzecz Remondis Sp. z o.o. polegały jedynie na wywózce odpadów, podczas gdy przedmiotem zamówienia w niniejszym postępowaniu jest usługa polegająca na kompleksowym sprzątnięciu terenu całego targowiska.

Odwołujący wskazał, iż nie może się zgodzić z działaniem Zamawiającego. W jego ocenie, jak wyraźnie wynika z § 5.2.1 SIWZ, wykonawca składający ofertę był zobowiązany do wykazania wykonywania w sposób ciągły zamówień podobnych zakresem do przedmiotu zamówienia. Zatem, Zamawiający nie wymagał, aby wykonywane usługi były identyczne z przedmiotem zamówienia w niniejszym postępowaniu. „Podobny zakres” może oznaczać więcej lub mniej czynności, zbliżonych rodzajowo do czynności składającej się na usługę utrzymywania w czystości Targowiska Miejskiego. W tym miejscu, należy wskazać, iż wbrew twierdzeniom Zamawiającego wywóz śmieci oraz odpadów stanowi istotną część zamówienia, co wynika z opisu przedmiotu zamówienia. Ponadto, warto przypomnieć, iż z treści referencji wynika jednoznacznie wykonywanie przez Odwołującego usługi utrzymywania w czystości w obrębie dzierżawionego placu – przeładowni, a zatem Odwołujący potwierdził świadczenie usług podobnych do przedmiotu zamówienia. Twierdzenia Zamawiającego, jakoby miały one marginalny charakter, nie zmieniają faktu, iż nadal są one podobne zakresem do przedmiotu zamówienia.

Ponadto, Odwołujący podniósł, iż Zamawiający w § 3.2 SIWZ w celu dokładnego określenia przedmiotu zamówienia posłużył się kodami ze Wspólnego Słownika Zamówień (CPV). Wskazane w nim pozycje: 90000000-7 „Usługi odbioru ścieków, usuwania odpadów, czyszczenia/sprzątnięcia i usługi ekologiczne”, 90511000-2 „Usługi wywozu odpadów”,

90511300-5 „Usługi zbierania śmieci”, 90910000-9 „Usługi sprzątnia”, 90600000-3 „Usługi sprzątnia oraz usługi sanitarne na obszarach miejskich lub wiejskich oraz usługi powiązane”

Następnie wskazał, iż zgodnie z treścią Załącznika nr 1 do Rozporządzenia Komisji (WE) nr 213/2008 z dnia 28 listopada 2007 r. wyżej wymienione usługi należą do tej samej kategorii „Usługi w zakresie odprowadzania ścieków i wywozu nieczystości; usługi sanitarne i podobne” oraz posiadają ten sam numer referencyjny. W zakres powyższych usług, wchodzi również czynności wykazane w referencjach od Remondis Sp. z o.o., zatem za nie potwierdzone należy uznać stanowisko Zamawiającego, jakoby usługi dotychczas świadczone przez Odwołującego nie były podobne do przedmiotu zamówienia. Ponadto, większość przywołanych w SIWZ pozycji z CPV dotyczy właśnie usług wywozu odpadów, zbierania śmieci, odbioru ścieków, co wskazuje, iż te czynności stanowią istotny element całej usługi.

W tym przywołał orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, która niejednokrotnie podkreślała, iż wykonawca wykazujący spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia nie jest zobowiązany do wskazania wykonywania usług tożsamyh z przedmiotem zamówienia. Nie istnieje takie wymaganie zwłaszcza, gdy Zamawiający w SIWZ podkreśla, iż dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu wystarczy wykazanie się wykonywaniem zamówień o podobnym charakterze lub zakresie. Potwierdzenie powyższego można odnaleźć choćby w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 czerwca 2012 r., sygn. akt: KIO 1159/12: „Analiza przywołanego postanowienia siwz prowadzi do wniosku, jak słusznie wskazywał odwołujący, że zamawiający nie wymagał doświadczenia w realizacji usług tożsamyh (identycznych) przedmiotem zamówienia, lecz "odpowiadających swoim rodzajem usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia", jednocześnie jednak nie zdefiniował szczegółowo tego pojęcia, poprzestając na określeniu w nawiasie, że chodzi o usługę polegającą na letnim oczyszczaniu i utrzymaniu czystości miasta. (...) 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”.

W ocenie Odwołującego jak można, zatem odczytać z powyższego wyroku, zamówienie odpowiadające rodzajowo przedmiotowi zamówienia, nie musi być identyczne. Co więcej, dla potwierdzenia posiadania wymaganej wiedzy i doświadczenia, nie jest konieczne wykazanie wykonywania zamówienia w tym samym pełnym zakresie, a jedynie w zakresie zbliżonym. Takie same stanowisko odzwierciedla wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 stycznia 2011. r., sygn. akt: KIO 2749/10: „W ocenie Izby, jeżeli Zamawiający nie wprowadził do opisu warunku udziału w postępowaniu konieczności wykazania się szczególnym doświadczeniem w wykonaniu usług stanowiących przedmiot zamówienia, a jedynie żądał przedstawienia wykazu wykonanych przez wykonawców usług, które z przedmiotem zamówienia byłyby związane, a wykonawca taki wykaz załączył, to brak podstaw do uznania, by był uprawniony do wykluczenia tego wykonawcy tylko z tego powodu, że nie ma on doświadczenia umożliwiającego wykonanie zamówienia. Izba podziela również stanowisko wyrażone w wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 stycznia 2009 r.. sygn. akt KIO/UZP 51/09, oraz z dnia 15 lipca 2008 r.. sygn. akt KIO/UZP 665/08, gdzie składy orzekające wyraziły pogląd, iż "Zamówienie odpowiadające rodzajem przedmiotowi zamówienia to zamówienie nie identyczne, ale o zbliżonym charakterze". Należy również podzielić pogląd wyrażony w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 maja 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 578/09, w którym Izba wskazała, iż "Dostawy odpowiadające przedmiotowi zamówienia należy rozumieć, zgodnie z literalnym znaczeniem tego sformułowania, jako dostawy adekwatne, porównywalne do przedmiotu zamówienia, zatem mogą być one równe wyższe, ale też i niższe od wartości przedmiotu zamówienia, byleby tylko można było stwierdzić, że dają się w jakiś sposób porównać. Zakres tego porównania powinien określić dokładnie sam zamawiający w opisie warunku udziału w postępowaniu”.

Odwołujący wskazał, iż jak można odczytać z przytoczonego wyroku, nie jest to odosobnione stanowisko. Izba bowiem w wielu orzeczeniach potwierdza, iż Zamawiający, w przypadku, gdy sam określa w SIWZ obowiązek wykazania wykonywaniem zamówienia o podobnym charakterze, rodzaju lub zakresie, nie może odrzucić oferty oraz wykluczyć wykonawców z postępowania ze względu na wskazanie w wykazie zamówień, nie będących tożsamymi z przedmiotem zamówienia. W związku z powyższym. Odwołujący stwierdził, iż Zamawiający w niniejszym postępowaniu dopuścił się naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie jego oferty, jako rzekomo niezgodnej z treścią SIWZ bez jakichkolwiek podstaw prawnych oraz faktycznych. Podkreślenia wymaga fakt, że zaistniały stan faktyczny - ocena warunków udziału w; postępowaniu nie może być traktowana w charakterze oceny merytorycznej oferty podlegającej badaniu z punktu widzenia art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy.

Jedynie z ostrożności procesowej wskazał, że nie zachodzą również przesłanki do wykluczenia z postępowania. Warunki udziału w postępowaniu zostały określone w sposób ogólny. Zamawiający nie precyzując warunków nie może zatem zmieniać treści siwz (co zostało dokonane zarówno w piśmie z dnia 21.11.2012 r. , oraz w piśmie z dnia 13.12.2012 r.).

Podkreślił, iż przedstawione w referencji od Remondis Sp. z o.o. czynności wchodzące w zakres usługi stanowią zamówienie o podobnym zakresie w stosunku do przedmiotu zamówienia, są. bowiem czynnościami podobnymi rodzajowa do usługi utrzymywania w czystości Targowiska Miejskiego. W tym miejscu, również z ostrożności wskazał, że kwestia oceny warunków i dokonania jakichkolwiek czynności zmierzających do podjęcia decyzji o ich niespełnieniu, musi być obligatoryjnie poprzedzona wezwaniem do uzupełnienia informacji i dokumentów na ich potwierdzenie. Obowiązek wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów jest potwierdzony przez szerokie orzecznictwo, praktykę oraz doktrynę.

W tym miejscu przytoczył wspomniany już wyrok Izby, sygn. akt: KIO 419/12: „W myśl przywoływanego przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez Zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp albo, którzy złożyli wymagane przez Zamawiającego oświadczenia lub dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba, że pomimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp ma charakter obligatoryjny, na co wskazuje sformułowanie "wzywa", a nie "może wezwać" i obliguje Zamawiającego do wezwania do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów w sytuacjach uregulowanych w tym przepisie”.

Jak wskazał powyższy wyrok uzasadnia twierdzenia Odwołującego, iż Zamawiający, w przedmiotowym stanie faktycznym, w sytuacji, gdyby uznał, iż złożone przez Odwołującego dokumenty, tj. wykaz usług oraz załączone referencje nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia, był zobligowany do wezwania do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Tymczasem, Zamawiający zastosował art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, co niewątpliwie było działaniem niezgodnym z przepisami ustawy. Mając powyższe na uwadze, Odwołujący jedynie z ostrożności stwierdził, iż Zamawiający nie dopełnił ciążącego na nim obowiązku, bowiem Odwołujący stwierdza, że w obliczu treści siwz, w tym w szczególności postawionych warunków oferta potwierdza wszystkie wymogi Zamawiającego.

W przedmiotowym postępowaniu w dniu 21 listopada 2012 r., na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający zwrócił się do Odwołującego wzywając do wyjaśnienia treści

jego oferty w zakresie dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia. Wskazać należy, że czynności w tym postępowaniu zostały dokonane w sposób sprzeczny zobowiązującymi przepisami prawa. Brak wnoszenia środka ochrony prawnej w związku z dokonaniem wezwaniem, wynikał po pierwsze z brzmienia art. 180 ust. 2 ustawy, a dodatkowo z braku interesu we wnoszeniu środka ochrony prawnej w dacie wezwania. Wadliwa czynność została, bowiem ujawniona w dniu 13.12.2012 r. Mając na uwadze powyższe wskazał, że czynność odrzucenia oferty Odwołującego została dokonana z naruszeniem prawa. Odwołujący w treści oferty potwierdził spełnienie warunków udziału w postępowaniu, a nawet jeśli wniosek z analizy treści siwz byłby inny to Zamawiający nie wezwał do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Mając na uwadze powyższe, wniósł jak we wstępie.

Izba ustaliła, iż przedmiotem odwołania jest czynność polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, w tym po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, ofertą złożoną w postępowaniu przez Odwołującego oraz korespondencją prowadzoną w toku postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba nie uwzględniła wniosku Przystępującego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na treść dołączonego wraz z odwołaniem pełnomocnictwa, z którego w ocenie Przystępującego nie wynika, iż zostało ono złożone przez osobę fizyczną. Przystępujący podniósł, iż czym innym jest działalność gospodarcza prowadzona przez osobę fizyczną, a czym innym jest konieczność udzielenia pełnomocnictwa przez osobę fizyczną. Z jego treści, w jego cenie, nie wynika, w czym

imieniu zostało udzielone to pełnomocnictwo, tj. czy zostało udzielone w ramach zespołu składników majątkowych wchodzących w skład przedsiębiorstwa, czy też w imieniu osoby fizycznej. Przystępujący podniósł, że z jego treści wynika, iż stroną udzielającą pełnomocnictwa jest Zakład Kształtowania Terenów Zielonych, a nie pan M..... W....., jako osoba fizyczna. Powyższą tezę Przystępującego poparł przywołując orzeczenie Sądu Najwyższego o sygn. akt III CZP 152/92.

Powyższy wniosek poparł na etapie rozprawy Zamawiający wskazując, iż nie można odmówić pewnej słuszności tezom Przystępującego. Zdaniem Zamawiającego należy bowiem rozgraniczyć osobę fizyczną od osoby fizycznej prowadzącej działalność gospodarczą, jako osoby prawnej - ze względu na dychotomiczny podział w tej materii.

Izba nie uwzględniła wniosku Zamawiającego i Przystępującego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Należy bowiem wskazać, iż analiza treści pełnomocnictwa dołączonego wraz z odwołaniem nie nasuwa żadnych wątpliwości. Wynika z niego jednoznacznie, iż zostało udzielone przez osobę fizyczną w związku z prowadzoną działalnością gospodarczą, jak również w związku z ubieganiem się o przedmiotowe zamówienie wskazując jednocześnie, iż pełnomocnictwo upoważnia do wnoszenia w imieniu mocodawcy środków ochrony prawnej. Odnosząc się do argumentacji Przystępującego i Zamawiającego należy wskazać, iż brak jest jakichkolwiek prawnych, czy też faktycznych podstaw do przyjęcia możliwości udzielenia pełnomocnictwa przez majątek osoby fizycznej. Osoba fizyczna staje się przedsiębiorcą z momentem wykonywania działalności gospodarczej, którą to czynność należy uznać za okoliczność faktyczną. Rozszerzając argumentację podniesioną na etapie posiedzenia z udziałem stron Izba wskazuje, iż z art. 2 oraz art. 4 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 220, poz. 1447 z późn. zm.) wynika, iż pojęcie przedsiębiorcy związane jest z okolicznościami faktycznymi (wykonywaniem działalności gospodarczej we własnym imieniu), a nie okolicznościami formalnymi (np. rejestrowymi czy organizacyjnymi). Na skutek rozpoczęcia wykonywania działalności gospodarczej osoba fizyczna nie uzyskuje statusu osoby prawnej, co sugeruje Zamawiający. Należy również wskazać, iż na gruncie polskiego prawa majątek osoby fizycznej prowadzącej działalność gospodarczą należy utożsamiać z jej majątkiem osobistym, gdyż samo podjęcie prowadzenia działalności gospodarczej przez tę osobę nie nadaje mu odrębnego statusu - jak mamy do czynienia w spółkach prawa handlowego. W teorii prawa spółek kapitałowych przyjęto, iż wniesienie wkładów lub nabycie akcji w spółce kapitałowej przez osobę fizyczną powoduje „przyobleczenie” pewnego ograniczonego substratu majątkowego w osobowość prawną. Osoba fizyczna prowadzi działalność

gospodarczą pod firmą, która ma charakter informacyjny – identyfikujący osobę fizyczną w obrocie gospodarczym. Posługiwanie się w relacjach z innymi podmiotami firmą wskazuje, w jakim charakterze osoba ta występuje – czy jako przedsiębiorca, czy też jako konsument. Nie powoduje to jednak powstania jakiegokolwiek odrębnego podmiotu prawa.

Biorąc pod uwagę powyższe, w ocenie Izby, brak jest jakichkolwiek wątpliwości w czym imieniu i na czyją rzecz zostało udzielone kwestionowane pełnomocnictwo. Tym samym brak było podstaw do odrzucenia odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez Odwołującego będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Wnoszący odwołanie złożył w przedmiotowym postępowaniu najkorzystniejszą ekonomicznie ofertę, która została odrzucona przez Zamawiającego powodując, iż został on pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, oferty złożonej w postępowaniu przez Odwołującego, jak również korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie Zamówienia publicznego.

Izba dopuściła również dowody z dokumentów zgłoszone w toku rozprawy przez Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości poniżej kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, iż Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu (III.3.2.) oraz w SIWZ (§ 5 ust. 2 pkt 2.1.) wskazał, że w celu wykazania spełnienia warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia, którego opis sposobu oceny spełnienia został dokonany w ogłoszeniu o zamówieniu Zamawiający żąda: wykonania w okresie

ostatnich 3 lat co najmniej 2 zamówień podobnych zakresem do przedmiotu zamówienia tj. wykonania w sposób ciągły w okresie minimum 12 miesięcy o wartości min. 300.000,00 zł brutto każda.

Na potwierdzenie spełnienia warunku w zakresie doświadczenia Odwołujący na str. 6 złożonej oferty przedłożył, sporządzony według wzoru stanowiącego załącznik nr 5 do SIWZ, wykaz wykonanych usług wskazując na stępujące realizacje:

1. Zbiórka selektywna odpadów, utrzymanie czystości i wywóz śmieci oraz gruzu w roku 2011 na rzecz Remondis Spółka z o.o. o wartości 387.392,06 zł;
2. Zbiórka selektywna odpadów, utrzymanie czystości i wywóz śmieci oraz gruzu w roku 2010 na rzecz Remondis Spółka z o.o. o wartości 1.000.616,71 zł;
3. Zbiórka selektywna odpadów, utrzymanie czystości i wywóz śmieci oraz gruzu w roku 2009 na rzecz Remondis Spółka z o.o. o wartości 498.059,74 zł.

Na potwierdzenie, że wskazane w wykazie usługi zostały wykonane należycie, Odwołujący na str. 10 oferty przedłożył list referencyjny wystawiony w dniu 24.11.2011 r. przez Remondis Spółka z o.o. podpisany przez panią K..... B..... działającą z upoważnienia dyrektora zakładu. W powyższym dokumencie zostały wskazane wartości w poszczególnych latach zgodne ze wskazanymi w wykazie oraz został wskazany zakres przedmiotowy obejmujący zbiórkę selektywną odpadów (plastik, szkło, papier), zbiórka odpadów biodegradowalnych, utrzymanie czystości w obrębie dzierżawionego placu – przeładowni w miejscowości Dębe, wywóz śmieci oraz gruzu z kontenerów, wywóz gabarytów. W podsumowaniu wskazano, iż Zakład wykonuje powierzone zadania z należytą starannością.

Następnie Izba ustaliła, iż Zamawiający wystosował do Odwołującego pismo z dnia 21.11.2012 r. (znak DTE=ZP09-6-5007/2012) zatytułowane „Wezwanie do wyjaśnienia treści oferty”, w którym wskazał, co następuje.

Na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy z 29.1.2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), w związku z wątpliwościami, które wzbudziła Państwa oferta w toku badania i oceny ofert, proszę o udzielenie wyjaśnień dotyczących następujących kwestii: czy przedłożony w ofercie wykaz jak również załączone referencje potwierdzają spełnienia przez Państwa warunku wykonania w okresie ostatnich 3 lat co najmniej 2 zamówień podobnych zakresem do przedmiotu zamówienia tj. codzienne utrzymanie bieżącej czystości terenów, zmiatanie alejek i chodników, grabienie i usuwanie śmieci, liści, gałęzi drzew, w okresie zimowym utrzymanie całego terenu bez błota pośniegowego - bez śniegu, a także doprowadzenie ciągów pieszych do stanu użytkowania, w przypadku ciągłych opadów śniegu usuwanie na bieżąco śniegu z całego terenu,

utrzymanie terenów zielonych, koszenie trawy, pielęgnacja drzew, usuwanie chwastów i krzewów terenu.

Jednocześnie informuję, że w przypadku gdy wyjaśnienia spowodują sprzeczność oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, oferta zostanie odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z 29.1.2004 r. - Prawo zamówień publicznych.

Wyjaśnień wraz z dowodami na ich poparcie należy udzielić w nieprzekraczalnym terminie do dnia 28.11.2012r. do godz. 15:00.

Niezłożenie wyjaśnień w ww. terminie skutkować będzie oceną oferty na podstawie posiadanych informacji.

Następnie Izba ustaliła, iż Zamawiający kolejnym pismem z dnia 22.11.2012 r. (znak DTE-ZP09-6-5008/2012) zatytułowanym „Wezwanie do uzupełnienia dokumentów” wskazał, co następuje.

Komunalny Zakład Budżetowy w Legionowie ul. Jagiellońska 13a działając zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity - Dz. U. z 2010r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) wzywa do uzupełnienia dokumentu:

1. potwierdzenia opłacenia polisy ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia,
 2. kopii aktualnego zezwolenia na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości w Gminie Legionowo - kod: 20 03 02 - odpady z targowisk
- w ofercie załączona jest decyzja orzekająca o zmianie decyzji, natomiast brak jest decyzji nr 22/2004 z dnia 26 marca 2004r wraz z późniejszymi zmianami.

Wykonawca zobowiązany jest do przesłania do Zamawiającego wymienionych dokumentów do dnia 28.11.2012r.

Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnienie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub termin składania ofert.

Wadium Wykonawcy zostanie zatrzymane wraz z odsetkami, jeżeli Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, nie złożył dokumentów, oświadczeń, lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie.

Pismem z dnia 13.12.2012 r. (znak DTE-Zp09-6-5425/2012) Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu złożonej przez niego oferty.

W uzasadnieniu prawnym zostało wskazane, iż Zamawiający działając zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odrzuca ofertę ponieważ jej treść nie odpowiada treści SIWZ.

W uzasadnieniu faktycznym Zamawiający wskazał, co następuje.

Dnia 21.11.2012r. Zamawiający, działając na podstawie art. 87 ust 1 ustawy z 29.1.2004 r. ~ Prawo zamówień publicznych (DZ. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze m}, w związku z wątpliwościami, które wzbudziła Państwa oferta w toku badania i oceny ofert, wniósł o udzielenie wyjaśnień dotyczących następujących kwestii: czy przedłożony w ofercie wykaz jak również załączone referencje potwierdzają spełnienia przez Państwa warunku wykonania w okresie ostatnich 3 lat co najmniej 2 zamówień podobnych zakresem do przedmiotu zamówienia tj. codzienne utrzymanie bieżącej czystości terenów, zmiatanie alejek i chodników, grabienie i usuwanie śmieci, liści, gałęzi drzew, w okresie zimowym utrzymanie całego terenu bez Mota pośniegowego — bez śniegu, a także doprowadzenie ciągów pieszych do stanu użytkowania, w przypadku ciągłych opadów śniegu usuwanie na bieżąco śniegu z całego terenu, utrzymanie terenów zielonych, koszenie trawy, pielęgnacja drzew, usuwanie chwastów i krzewów terenu.

Dnia 28.31.2012 r. Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień, poinformował Zamawiającego, że dodaje referencje z Komunalnego Zakładu Budżetowego w Legionowie, gdzie zakres obowiązków jest szczegółowo opisany i opiewa na kwotę 301 633,50 zł. Zdaniem zamawiającego powyższy dokument może stanowić uzupełnienie dokumentów, czego zamawiający nie wymagał, lecz nie jest odpowiedzią na wezwanie,

Po złożeniu wyjaśnień Zamawiający ponownie dokonał badania i oceny treści oferty i po zapoznaniu się z treścią. Państwa oferty Zamawiający stwierdził, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Artykuł 89 ust. 1 pkt 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych wskazuje, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust 2 pkt 3 p.z.p. Sformułowanie tego przepisu sprawia, że w sytuacji wystąpienia powyższej przesłanki, Zamawiający ma obowiązek, a nie uprawnienie do odrzucenia oferty, Norma art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp. odnosi się do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia oraz merytorycznych wymagań Zamawiającego, w szczególności co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, nie zapewniając jego realizacji w całości zgodnie z wymogami Zamawiającego.

W orzecznictwie Izby podkreśla się, że niezgodność treści oferty z treścią SIWZ powinna być oceniana z uwzględnieniem definicji oferty zawartej w art. 66 § I Kodeksu cywilnego, tj. niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z istotnymi wymaganiami

zamawiającego, odnoszącymi się do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia, a więc materialnej sprzeczności zakresu zobowiązania zawartego w ofercie z zakresem zobowiązania, którego spełnienia zamawiający oczekuje, zgodnie z postanowieniami SIWZ,

Zamawiający w § 5 ust. 2 pkt 1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia określił warunek dotyczący doświadczenia Wykonawcy - „wykonania w okresie ostatnich 3 lat co najmniej 2 zamówień podobnych zakresem do przedmiotu zamówienia (...)” Wykonawca przedłożył informację o 3 zamówieniach mających spełniać ten warunek.

Analizując zamówienia realizowane na rzecz Remondis Sp. z o.o. należy stwierdzić, iż nie spełniają one przytoczonych powyżej parametrów.

Przedmiotem zamówienia jest „utrzymanie czystości Targowiska Miejskiego w Legionowie przy ul. Sobieskiego o powierzchni ok.19.000 m² oraz w miejscu handlowym przy ul. Sowińskiego (wiata),” Szczegółowy zaś opis przedmiotu zamówienia zawarty jest w § 3 ust 2 SIWZ- Zawarty tam katalog czynności (zadań) koncentruje się na kompleksowym sprzątnięciu terenu targowiska. Jest to specyficzna działalność, bowiem targowisko funkcjonuje w Środku miasta, także działania sprzątające mają charakter szczególny. Istotny jest czas reakcji na zdarzenia i bardzo duży zakres usługi. Wywożenie zaś odpadów ma charakter wtórny. Tymczasem przedłożona informacja od Remondis Sp. z o.o. przedstawia sytuację dokładnie odwrotną. To wywożenie (zbiórka) odpadów i to części selektywnie zbieranej jest zasadniczą częścią tego zamówienia. Natomiast „utrzymanie czystości w obrębie dzierżawionego placu - przeładowni w miejscowości Dębe” to część marginalna zarówno w zakresie jak i skali.

Zamawiający nic może pominąć własnej wiedzy na temat tego zamówienia, bowiem dotyczy ono jego zlecenia, gdzie przedmiotowy wykonawca był podwykonawcą. Podobieństwa sprzątnięcia targowiska ze sprzątnięciem własnego, a tylko dzierżawionego placu przeładunkowego nie można brać pod uwagę. Podkreślić należy, że przedmiotowy plac był tylko dzierżawiony. Własność, a także własna działalność wykonawcy pozostawała przy nim. W istocie więc sprzątał dla siebie. Trudno więc przypisywać mu sprzątnięcie „na zewnątrz,” na zamówienie, jako szczególną usługę.

Pouczenie: Od niniejszej decyzji przysługują środki ochrony prawnej określone w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), dział VI „Środki ochrony prawnej”

Na powyższą czynność Odwołujący wniósł odwołanie.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, odnosząc się do wniosków i stanowiska Zamawiającego oraz Przystępującego podniesionego na etapie rozprawy, iż podniesione przez Odwołującego zarzuty związane z wykluczeniem z postępowania oraz zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zostały sformułowane z ostrożności. Jest to wynikiem faktu, iż w ramach niniejszego postępowania zachodzą wątpliwości, jakie okoliczności faktyczne i prawne stanowiły podstawę eliminacji Odwołującego z postępowania. Jednakże Izba wskazuje, iż podniesienie powyższych zarzutów było w pełni dopuszczalne, o czym zostanie wskazane w dalszej części niniejszego uzasadnienia.

W tym miejscu Izba wskazuje na brak spójności argumentacji Zamawiającego i Przystępującego w tym zakresie. Z jednej strony wskazują oni, iż pomimo braku prawidłowego wskazania podstawy prawnej czynności z jej kontekstu oraz treści można odczytać właściwe intencje Zamawiającego (a więc fakt wykluczenia Odwołującego w oparciu o właściwą normę prawną, jak również wezwanie do uzupełnienia dokumentów w ramach wezwania do wyjaśnień), z drugiej zaś strony odmawiają oni prawa Odwołującemu formułowania zarzutów odnoszących się do wykluczenia i braku wezwania do uzupełnienia dokumentów wskazując, iż nie było w postępowaniu takich czynności. Ta swoista niespójność argumentacji jest o tyle znamienna, iż formalny wniosek o nierozpoznanie zarzutów związanych z wykluczeniem Odwołującego z postępowania stałby wówczas w jawnej opozycji do twierdzeń Zamawiającego i Przystępującego odnoszących się do konieczności „wydedukowania” właśnie takiej podstawy eliminacji Odwołującego z postępowania. Stałby on również w sprzeczności z argumentacją Przystępującego, że z treści pisma z dnia 21.11.2012 r. (wezwanie do wyjaśnienia treści oferty) można wysnuć wnioski, iż chodziło nie tylko o samo jej wyjaśnienie. Dostrzegając niespójność twierdzeń Zamawiającego i Przystępującego w zakresie argumentacji zmierzająca do formalnego odparcia zarzutów oraz argumentacji związanej z ich merytorycznym zwalczaniem wskazać należy, iż odbierając Odwołującemu prawo do podnoszenia takich zarzutów sami zaś powołują na tą okoliczność wnioski dowodowe i starają się wykazać, iż Odwołujący mógł wszakże z treści czynności Zamawiającego doszukać się właśnie takiej podstawy prawnej eliminacji z postępowania.

Czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenia wykonawcy z postępowania, odrzucenia jego oferty oraz czynność unieważnienia postępowania są czynnościami wynikowymi – poprzedzonymi badaniem i oceną ofert. Prawidłowość czynności je poprzedzających warunkuje poprawność czynności wynikowej. Jeżeli zatem badanie i ocena ofert, która może obejmować m.in. wezwanie do złożenia wyjaśnień (na podstawie art. 87 ust. 1 oraz art. 26 ust. 4 ustawy Pzp), wezwanie do uzupełnienia dokumentów (z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp) oraz obejmuje ocenę ofert w oparciu o kryteria oceny jest wadliwa to wadliwa jest również czynność będąca skutkiem (wynikiem) czynności badania i oceny ofert.

Uzyskanie prawidłowego wyniku postępowania jest warunkowane należytym przeprowadzeniem procesu jego uzyskania. Tym samym Odwołujący podnosząc zarzut odnoszący się do odrzucenia jego oferty i kwestionując wynik postępowania, jakim jest wybór oferty najkorzystniejszej (będący wynikiem odrzucenia oferty), miał prawo konstruując zarzuty wskazywać normy, które nie mogą być przedmiotem samoistnego zaskarżenia ze względu na wartość zamówienia.

Mając na względzie normę prawną uregulowaną w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp w tzw. postępowaniach „podprogowych” dochodzi nie tyle do wyłączenia możliwości zaskarżenia jednostkowych czynności związanych z badaniem i oceną ofert (np. wezwaniem do uzupełnienia dokumentów), lecz możliwość zaskarżenia została przesunięta na etap eliminacji wykonawcy z postępowania – która to czynność, w przypadku jej wadliwości, została zakwalifikowana przez ustawodawcę jako na tyle istotna, że zaskarżalna bez względu na wartość zamówienia. Nie oznacza to również, iż w postępowaniach podprogowych brak jest możliwości zaskarżenia nieprawidłowo dokonanej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, jak również czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów. O ile będą one powiązane z czynnościami zaskarżalnymi (wykluczeniem lub odrzuceniem) wówczas istnieje możliwość podniesienia takich zarzutów. Jeżeli czynność wyboru oferty najkorzystniejszej jest skutkiem wadliwej czynności wykluczenia wykonawcy, którego oferta jest najkorzystniejsza ekonomicznie, czy też odrzucenia takiej oferty – zaskarżenie tych ostatnich czynności stanowi samo w sobie zaskarżenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Czynność ta nie może stanowić samoistnego zarzutu, a jedynie zarzut powiązany z czynnościami zaskarżalnymi.

Powyższe jest wynikiem korelacji norm prawnych z art. 179 ust. 1 oraz 192 ust. 2 ustawy Pzp, które stanowiły przesłankę doboru „zaskarżalnych” czynności w postępowaniach podprogowych. Wszakże zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp prawo do skorzystania ze środków ochrony prawnej przysługuje wykonawcy jedynie wówczas, gdy wadliwe czynności podmiotu zamawiającego uniemożliwiają wykonawcy uzyskanie konkretnego zamówienia oraz może on w związku z tym faktem ponieść szkodę. Zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp aby doszło do uwzględnienia odwołania stwierdzone naruszenie przepisów musi oddziaływać na wynik postępowania. W związku z powyższym wśród katalogu zaskarżalnych czynności w tzw. postępowaniach „podprogowych” znajdują się czynności związane ze stosowaniem trybów niekonkurencyjnych, konkretyzowaniem warunków udziału oraz czynność wykluczenia wykonawcy i odrzucenia oferty, które może kwestionować tylko podmiot nimi dotknięty.

Izba ustaliła, iż w ramach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, doszło do szeregu nieprawidłowości związanych ze stosowaniem instytucji

uregulowanych w ustawie Pzp. Zamawiający oraz Przystępujący wadliwość tą upatrują na poziomie formalnym wskazując, iż to prawidłowość skutków takich czynności ma zasadnicze znaczenie dla ewentualnego uwzględnienia zarzutów. W tym miejscu Izba wskazuje, iż zgodzić się należy z tezą, że to ocena treści czynności prawnych podmiotu zamawiającego ma zasadnicze znaczenie, a nie jedynie formalne ujęcie tychże czynności. Biorąc pod uwagę powyższe źródła sporu w ramach niniejszego postępowania odwoławczego należy upatrywać w dokonanych przez Zamawiającego i Odwołującego w toku postępowania czynnościach oraz skutkach tych czynności dla sytuacji prawnej i faktycznej Odwołującego.

Izba wskazuje, wbrew twierdzeniom Zamawiającego podniesionym w toku rozprawy, iż należy określić wyraźną granicę pomiędzy treścią oferty, która obejmuje zobowiązanie wykonawcy spełnienia na rzecz podmiotu zamawiającego dookreślonego w SIWZ świadczenia od dokumentów przedkładanych na potwierdzenie, iż wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz nie podlega wykluczeniu. Ten dychotomiczny podział znajduje swoje odzwierciedlenie w systematyce ustawy Pzp – chociażby w treści art. 26 ust. 4 oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Oba te przepisy odnoszą się do wyjaśnień, z tym że pierwszy dotyczy dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 (m.in. dokumentów podmiotowych potwierdzających spełnienie warunku i wykazujących brak podstaw do wykluczenia), zaś drugi odnosi się do merytorycznej treści oferty. W zdaniu drugim art. 87 ust. 1 ustawy Pzp zostało wskazane, iż nie jest dopuszczalne prowadzenie negocjacji dotyczących złożonej oferty, a więc przedmiotem wyjaśnień w oparciu o powyższy przepis jest treść merytoryczna oferty – stanowiąca element oświadczenia woli wykonawcy.

Zamawiający w niniejszym stanie faktycznym dokonał nieuzasadnionego utożsamienia treści oferty z dokumentami składanymi na potwierdzenie spełniania warunków. Czynności tej dokonał zarówno na etapie postępowania (wezwanie do wyjaśnienia treści oferty z dnia 21.11.2012 r. oraz uzasadnienie o odrzuceniu oferty z dnia 13.12.2012 r.), jak również podniósł jako argumentację w toku rozprawy. Nie jest znane źródło tego rodzaju „poglądów”, gdyż orzecznictwo i doktryna są w tej materii od wielu lat zgodne. Obecne brzmienie przepisów ustawy Pzp oraz instytucje prawa cywilnego nie pozwalają na tego rodzaju wnioski. Treścią oferty jest to, co stanowi treść oświadczenia woli (*essentialia negotii* przyszłej umowy). Dokumenty odnoszące się do spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie stanowią elementów związanych z zakresem przyszłego świadczenia.

Jednakże zasadniczego źródła wadliwości czynności podjętych przez Zamawiającego w toku postępowania należy upatrywać w zaniechaniu wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów w zakresie warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia. Treść normy prawnej uregulowanej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nakłada na podmiot zamawiający obowiązek wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów m.in. w przypadku, gdy dokumenty przez niego złożone nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w

postępowaniu. Powodem wezwania może być zarówno całkowity brak dokumentów, jak również zawarte w nich błędy oraz braki. Instytucja uregulowana w powyższym przepisie ma charakter wyjątkowy i umożliwia sanację oferty złożonej przez wykonawcę dając mu szansę m.in. na wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W zakresie powyższej normy orzecznictwo sądów okręgowych i Krajowej Izby Odwoławczej wypracowało szereg zasad, w tym zasadę jednokrotności wezwania, zakazu zastępowania informacji nieprawdziwych – zgodnymi ze stanem faktycznym, zasadę obowiązku uszczegółowienia takiego wezwania oraz zasadę utożsamiania złożenia dokumentu nie potwierdzającego spełnienia warunku z jego fizycznym brakiem. Powyższe zasady nie wynikają wprost z normy prawnej uregulowanej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, lecz są konsekwencją wykładni systemowej i celowościowej tego przepisu.

W niniejszym stanie faktycznym szczególne znaczenie ma zasada związana z samym obowiązkiem stosowania art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz obowiązkiem uszczegółowienia wezwania i podania faktycznej podstawy tej czynności. Powyższe ma umożliwić wykonawcy dokonanie uzupełnienia w sposób zgodny z oczekiwaniami podmiotu zamawiającego, jak również zapobiegać na przyszłość powstaniem wątpliwości, czy kolejne wezwania nie naruszają zasady jednokrotności. Jeżeli bowiem podmiot zamawiający wezwał do uzupełnienia określonego dokumentu ze względu na zidentyfikowany i dookreślony brak, nie stoi to na przeszkodzie powtórnemu wezwaniu ze względu na inne okoliczności faktyczne. Zatem to doprecyzowanie i wyartykułowanie podstaw wezwania umożliwia dochowanie ww. wskazanych zasad.

Jednakże przy braku dookreślenia przez Zamawiającego zakresu wezwania wykonawca może pozostawać w niepewności, co do zakresu niespełnienia warunków udziału w postępowaniu i tym samym może w sposób wadliwy dokonać tego uzupełnienia. Wadliwe uzupełnienie dokumentów, zgodnie z treścią art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, obliuguje podmiot zamawiający do zatrzymania wadium.

Nawet gdyby założyć, co wskazał w toku rozprawy Przystępujący, iż to, że Zamawiający nie wymagał uzupełnienia dokumentów w piśmie z dnia 21.11.2012 r. nie ma znaczenia, gdyż istotne jest to, jak odczytywał wezwanie Odwołujący i jak na nie odpowiedział, to jednak na skutek braku skonkretyzowania w piśmie z dnia 21.11.2012 r. powodów uznania nie spełnienia warunków nie pozwalało na identyfikację intencji Zamawiającego.

Analiza wezwania do wyjaśnienia treści oferty z dnia 21.11.2012 r. nie pozwala uznać, iż doszło do wskazania w sposób szczegółowy wadliwości złożonych wraz z ofertą Odwołującego dokumentów. Nie sposób ustalić pod jakim względem Zamawiający kwestionuje tożsamość przedmiotową usług i gdzie upatruje źródła tej wadliwości. Wszakże na potwierdzenie spełnienia warunku w zakresie doświadczenia wykonawcy mają

przedstawić dwa rodzaje dokumentów – wykaz usług, dostaw lub robót budowlanych oraz dokumenty potwierdzające, iż wskazane w wykazie realizacje zostały wykonane należycie. Zamawiający w treści warunku żądał wskazania 2 zamówień podobnych zakresem do przedmiotu zamówienia, zaś z wykazu i referencji złożonych wraz z ofertą Odwołującego wynika, iż wskazane tam usługi obejmowały m.in. utrzymanie czystości. Okoliczności związane z rzetelnością wskazanych w wykazie informacji Zamawiający podniósł dopiero w piśmie z dnia 13.12.2012 r. oraz na etapie rozprawy (daty odnoszące się do usług, zakres przedmiotowy, podpisanie referencji przez osobę nieuprawnioną).

Jak słusznie wskazał w toku rozprawy Odwołujący, nie sposób analizując treść dwóch kolejnych pism Zamawiającego z dnia 21.11.2012 r. (wezwanie do wyjaśnienia treści oferty) oraz z dnia 22.11.2012 r. (wezwanie do uzupełnienia dokumentów), utożsamiać ich znaczenie i skutki dla ich adresata. Trudno wszakże zakładać, iż Odwołujący miałby uznać je za tożsame, co do skutków prawnych. Wszakże każde z ww. pism wskazuje zupełnie odmienną podstawę wezwania, zakres wezwania oraz wskazuje odmienne skutki zaniechania. W jednym z nich (pismo z dnia 22.11.2012.r.) Zamawiający dokonał w prawidłowy sposób czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów, w drugim zaś wezwał do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty – nieprawidłowości w tym zakresie doszukując się w braku wykazania spełnienia warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, iż wobec oferty złożonej przez Odwołującego nie została skutecznie wyczerpana procedura wezwania do złożenia dokumentów uregulowana w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Wadliwość czynności dokonanych przez Zamawiającego jest na tyle istotna, iż winny one zostać powtórzone, co znalazło swoje odzwierciedlenie w treści sentencji niniejszego orzeczenia. Odwołujący wszakże winien uzyskać wiedzę – jaki jest powód kwestionowania złożonych przez niego dokumentów i jaki jest zakres wezwania do ich uzupełnienia. Wiedzę tę winien uzyskać w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a nie w toku postępowania odwoławczego. Może on wszakże nie tylko złożyć własne dokumenty, gdyż nic nie stoi na przeszkodzie aby w wyniku wezwania skorzystał z instytucji uregulowanej w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Konieczność zastosowania instytucji z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp jest niezależna od zaniechania Odwołującego odpowiedzi na wyjaśnienia z pisma z dnia 21.11.2012 r. Jeżeli nie był on w stanie „obronić” złożonych dokumentów na skutek wyjaśnień winien otrzymać szansę ich uzupełnienia.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego toczy się pomiędzy profesjonalistami, co powoduje ich równy status i stawia im analogiczne wymagania. Nie można bowiem zakładać, iż wykonawca w odpowiedzi na wadliwie dokonaną czynność ma możliwość i obowiązek prawidłowej reakcji. Jeżeli czynność jest myląca dla wykonawcy i nie

pozwala na wydedukowanie właściwych intencji zamawiającego narusza on tym samym przepisy ustawy Pzp.

Mając na uwadze okoliczność, iż w ramach przedmiotowego postępowania dopiero czynność odrzucenia oferty Odwołującego mogła stać się przedmiotem zaskarżenia, ze względu na brak należytego wezwania do uzupełnienia dokumentów, doszło do uwzględnienia przedmiotowego odwołania. Charakter naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp nie ma jedynie formalnego charakteru, ale charakter merytoryczny.

Izba wskazuje również, że w przypadku gdy podstawą czynności podmiotu zamawiającego stała się nieadekwatna do stanu faktycznego norma prawna, to ta norma winna zostać wskazana jako zarzut w powiązaniu z normą prawną, której podmiot zamawiający nie zastosował – mimo takiego obowiązku. Odwołujący zasadniczym przedmiotem zarzutu uczynił art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wskazując z ostrożności, iż zarzuca Zamawiającemu zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentów w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Wskazanie w treści odwołania zarzutów jest wymogiem formalnym, który w ocenie Izby, został w niniejszym stanie faktycznym spełniony.

Wobec powyższego nie zasługują również na uwzględnienie podejmowane przez Zamawiającego i Przystępującego próby wykazania, w kontekście art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, innych elementów skutkujących eliminacją Odwołującego z postępowania. Te nowe okoliczności nie były wcześniej podnoszone przez Zamawiającego i nie one stały się podstawą odrzucenia oferty Odwołującego, jak również nie były dotychczas podstawą wezwania i zaskarżenia.

Odnosząc się do dowodów przedstawionych przez Zamawiającego wskazać należy, iż Izba na mocy art. 192 ust. 7 ustawy Pzp nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, co należy również rozciągnąć nie tylko na zakaz rozpoznawania merytorycznego takich zarzutów ale również na postępowanie dowodowe. Dopuszczone formalnie dowody zostały zatem cenione jako nieprzydatne w kontekście podniesionych przez Odwołującego zarzutów.

Izba nie jest ani uprawniona, ani zobligowana do „zastępowania” zamawiającego w czynnościach badania i oceny ofert. Ocenia jedynie dokonane przez podmiot zamawiający czynności biorąc pod uwagę wskazane w treści środka odwoławczego powszechnie obowiązujące przepisy prawa oraz postanowienia SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu, które stanowią dopełnienie regulacji ustawowych.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenie się zarzutów wskazanych w

odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono, stosownie do wyniku postępowania, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, tj. 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 w szczególności § 5 ust. 2 pkt 1.

Przewodniczący:

.....

