

Sygn. akt: KIO/KD 48/19

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 10 lipca 2019 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 12 czerwca 2019 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Zamawiającego – Gminę Wrocław, dotyczących Informacji o wyniku kontroli doraźnej (znak sprawy UZP/DKZP/KND/16/19) postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Wykonanie usługi przeprowadzenia dezynsekcji i deratyzacji w szkołach i placówkach oświatowych prowadzonych przez Gminę Wrocław”

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz

Członkowie: Piotr Kozłowski

Emil Kuriata

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia Zamawiającego są częściowo zasadne.

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

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej jako „Prezes Urzędu”, „Prezes UZP” lub „Kontrolujący”) przeprowadził kontrolę doraźną postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wskazanego w sentencji uchwały (dalej jako „Postępowanie”), w wyniku której stwierdził naruszenie przez Zamawiającego:

1. art. 22 ust. 1a w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, przez opisanie warunków udziału w Postępowaniu dotyczących zdolności technicznej i zawodowej wykonawcy w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, nadmierny i nieadekwatny do celu jakiemu służy, tj. wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia. Z ustaleń Kontrolującego wynika, że jedynym podmiotem mogącym samodzielnie spełnić wszystkie warunki udziału w Postępowaniu był wykonawca VACO sp. z o.o. (dalej „Wykonawca V”), podczas gdy na rynku istnieją również inne podmioty, które mogłyby należycie wykonać przedmiot zamówienia, pomimo braku możliwości wykazania spełniania wszystkich warunków dotyczących zdolności technicznej i zawodowej. Z uwagi na powyższe Prezes UZP uznał, że postawione w dziale VIII specyfikacji istotnych warunków zamówienia („SIWZ”) warunki preferowały w sposób niezasadny konkretnego wykonawcę, a tym samym naruszyły zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
2. art. 26 ust. 2 Pzp przez zaniechanie wezwania Wykonawcy V do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie opisanych warunków udziału w Postępowaniu oraz wykazanie braku podstaw do wykluczenia z Postępowania.

Kontrolujący uzasadnił swoje stanowisko w następujący sposób.

Ad 1

Zgodnie z działem III SIWZ przedmiotem zamówienia było świadczenie usług dezynsekcji i deratyzacji w 113 szkołach i placówkach oświatowych rozmieszczonych w 135 budynkach wraz z terenem zewnętrznym (przedszkola, szkoły podstawowe i średnie, internaty).

Do obowiązków wykonawcy miało należeć, w szczególności:

1. gruntowne zabezpieczenie obiektu polegające na:

- a) opracowaniu (indywidualnie dla każdego obiektu) planu zabezpieczenia zewnętrznego i wewnętrznego obiektu przed szkodnikami w systemie HACCP (zgodnie z ustawą o bezpieczeństwie żywności i żywienia) do 31 stycznia 2018 r.;
 - b) zainstalowaniu dodatkowych urządzeń do systemu monitorującego, którego zadaniem jest zlokalizowanie obszarów zainfekowanych obecnością szkodników do 31 stycznia 2018 r.;
 - c) wymianie wszystkich niesprawnych urządzeń monitorujących do 31 stycznia 2018 r.;
 - d) rozpoczęciu likwidowania obecnych szkodników od daty obowiązywania umowy do 15 grudnia 2018 r.;
 - e) kontrolowaniu obecnej populacji szkodników od 1 lutego 2018 r. do 15 grudnia 2018 r.;
2. zaktualizowanie i prowadzenie dokumentacji serwisowej zawierającej informacje o aktualnym stanie populacji szkodników, brakach higienicznych, brakach budowlanych, brakach wyposażeniowych i innych przez cały okres trwania umowy;
 3. wykonanie pięciu usług serwisowych, w tym pierwszej do 31 marca 2018 r., dalszych cyklicznie co 2 miesiące lub po zgłoszeniu interwencyjnym;
 4. deratyzacja obowiązkowa zgodnie z obowiązującą uchwałą nr XXVIII/567/16 z dnia 7 lipca 2016 r. w sprawie regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie Wrocławia;
 5. zapewnienie:
 - a) wszelkiego sprzętu oraz środków chemicznych do realizacji usługi;
 - b) odbioru padłych gryzoni i innych odpadów powstałych w wyniku świadczenia usługi środkami transportu przystosowanymi do tego celu, wywóz padłych zwierząt do miejsc utylizacji zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie przepisami;
 - c) stałego nadzoru nad osobami wykonującymi ww. usługi.

Ponadto, wykonawca miał dysponować platformą elektroniczną dostępną dla Zamawiającego, na której zapisywana będzie kompletna dokumentacja usługi.

W dziale VIII SIWZ Zamawiający określił warunki udziału w Postępowaniu dotyczące m.in. zdolności technicznej lub zawodowej, przez wskazanie, że:

„[...]”

O udzielenie niniejszego zamówienia publicznego ubiegać się może Wykonawca, który.

1) (...)

2) spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, tj. Zamawiający stwierdzi, iż Wykonawca spełnił warunek udziału w postępowaniu, jeśli wykaże on, że:

a) w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał należycie co najmniej trzy usługi w zakresie zwalczania szkodników wykonywane dla jednostek oświatowych, każda o wartości min. 30 000 zł netto rocznie.

Zamawiający, ze względu na zastrzeżenie, o którym mowa w dziale IV pkt 1 SIWZ wymaga aby Wykonawca posiadał własną zdolność w zakresie tego warunku.

b) dysponuje lub będzie dysponował co najmniej 20 osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, wykonującymi czynności w zakresie deratyzacji j dezynsekcji, zatrudnionymi na umowę o pracę, posiadającymi:

- zaświadczenie o ukończeniu szkolenia na zabezpieczenie obiektów przed szkodnikami, potwierdzonego certyfikatem niezależnych uprawnionych instytucji;
- ważne orzeczenie lekarskie do celów sanitarno-epidemiologicznych wydane w formie zaświadczenia.

Zamawiający, ze względu na zastrzeżenie, o którym mowa w dziale IV pkt 1 SIWZ wymaga aby Wykonawca posiadał własną zdolność w zakresie tego warunku.

c) dysponuje lub będzie dysponował potencjałem technicznym, tj.:

- flotą co najmniej 20 pojazdów posiadających zezwolenie na transport odpadów weterynaryjnych wydane przez Inspektora Weterynaryjnego w formie zaświadczenia poświadczającego dopuszczenie środka transportu do przewozu ubocznych produktów pochodzenia zwierzęcego, oraz
 - platformą elektroniczną, gdzie zapisywana będzie kompletna dokumentacja usługi.
- Zamawiający, ze względu na zastrzeżenie, o którym mowa w dziale IV pkt 1 SIWZ wymaga aby Wykonawca posiadał własną zdolność w zakresie tego warunku.

[...].”

W dniu 3 stycznia 2018 r. Zamawiający dokonał modyfikacji warunku udziału w Postępowaniu w zakresie ww. pkt 2a, który otrzymał brzmienie:

„[...]

a) w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, wykonał należycie co najmniej trzy usługi w zakresie zwalczania szkodników wykonywane dla jednostek, w których prowadzone były stołówki np. jednostki oświatowe, szpitale itp. każda o wartości min. 30 000 zł netto rocznie.

Zamawiający, ze względu na zastrzeżenie, o którym mowa w dziale IV pkt 1 SIWZ wymaga aby Wykonawca posiadał własną zdolność w zakresie tego warunku.

[...].”

Prezes UZP podkreślił, że Zamawiający w pkt IV SIWZ dopuścił możliwość realizacji przedmiotu zamówienia przy udziale podwykonawców jedynie w zakresie zabezpieczenia obiektu, polegającym na: (1) zainstalowaniu dodatkowych urządzeń do systemu monitorującego, którego zadaniem jest zlokalizowanie obszarów zainfekowanych obecnością szkodników oraz (2) wymianie wszystkich niesprawnych urządzeń monitorujących.

Następnie Kontrolujący wskazał, że w Postępowaniu ofertę złożył tylko jeden podmiot – Wykonawca V, który zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za kwotę 199.260,00 zł brutto, z czasem reakcji na zgłoszenie interwencyjne do 12 godzin.

Pismem z dnia 17 stycznia 2018 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej za jaką uznał ofertę złożoną przez ww. wykonawcę, a 30 stycznia 2018 r. została zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego.

Prezes Urzędu wskazał, że w toku postępowania zwrócił się do Zamawiającego o ustosunkowanie się do zarzutu dotyczącego naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp w zakresie ustanowionego warunku udziału w Postępowaniu odnoszącego się do zdolności technicznej i zawodowej wykonawcy (rozd. VIII ust. 1 pkt 2 lit. b oraz c). W szczególności zwrócono się o wskazanie czy ww. warunek udziału w Postępowaniu został określony w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia (art. 22 ust. 1a Pzp).

W dniu 23 lutego 2018 r. Zamawiający wskazał, że:

„[...]formułując warunki udziału w Postępowaniu kierował się doświadczeniem uzyskanym w wyniku wcześniej realizowanych usług. Obiektywna analiza zamawianych usług, przede wszystkim z uwzględnieniem tego, że:

- zamawiane usługi dotyczą miejsc przebywania dzieci i młodzieży a Zamawiający ma obowiązek zapewnić najwyższy poziom jakości tych usług i najwyższy standard obsługi,
- zamawiane usługi dotyczą również miejsc zbiorowego żywienia dzieci i młodzieży,
- usługi dotyczą lokalizacji na terenie miasta Wrocławia, w którym występuje szczególnie problem z gryzoniami (w szczególności szczurami),
- usługi dotyczą 135 obiektów (113 szkół) rozlokowanych na obszarze całego miasta i ich otoczenia, w których przebywa około 36 300 dzieci i pracowników w świetle obowiązków Wykonawcy opisanych w dziale III SIWZ pkt 1-13,

powoduje, że zawarty w SIWZ wymóg dysponowania (na etapie realizacji zamówienia) co najmniej 20 osobami zdolnymi do wykonywania zamówienia uznać należy za obiektywnie

usprawiedliwiony i proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, jak również umożliwiający obiektywną ocenę zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia.

W ocenie Zamawiającego zamieszczone w SIWZ warunki udziału w postępowaniu w powyższym zakresie, określone zostały w granicach minimalnych poziomów zdolności do wykonania zamówienia, gdyż mniejsza liczba osób zdolnych do wykonania zamówienia (a więc przede wszystkim takich, które przeszły szkolenie w zakresie zabezpieczenia obiektów przed szkodnikami, potwierdzone odpowiednimi zaświadczeniami czy certyfikatami, jak również legitymujących się ważnymi orzeczeniami lekarskimi do celów sanitarno-epidemiologicznych) stwarzałyby uzasadnione ryzyko nienależytego wykonania zamówienia.

[...]

Warunek zatrudniania przez wykonawcę (na podstawie stosunku pracy) określonej liczby osób jest wymagany na etapie realizacji zamówienia, a nie na etapie ubiegania się o jego udzielenie. Jak wynika z treści SIWZ – „o udzielenie niniejszego zamówienia publicznego ubiegać się może Wykonawca, który: (...) dysponuje lub będzie dysponował co najmniej 20 osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, (...) zatrudnionymi na umowę o pracę (...)” – (dział VIII siwz ust. 1 pkt 2 lit. b).

Również z treści Załącznika nr 5 do SIWZ wynika wprost, że Wykonawca oświadcza, iż „dysponuje lub będzie dysponował” co najmniej 20 osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (...) zatrudnionymi na umowę o pracę, a ponadto oświadczenie to (Załącznik nr 5 do SIWZ) wykonawca składa Zamawiającemu dopiero na wezwanie Zamawiającego (w terminie nie krótszym niż 5 dni) złożone Wykonawcy w sytuacji, w której jego oferta została najwyższej oceniona (Dział IX SIWZ pkt 3.3) SIWZ).

W związku z powyższym w ocenie Zamawiającego powyższy wymóg nie ma charakteru nadmiernego.

Również nie można zgodzić się z zarzutem naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 7 w zw. z art.22 ust. 1a ustawy Pzp, poprzez opisanie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania potencjałem technicznym, tj. flotą co najmniej 20 pojazdów.

Przywołując w całości argumentację prawną i przytoczone orzecznictwo w stosunku do zarzutu dotyczącego warunku wskazanej w SIWZ liczby osób wyznaczonych do realizacji zamówienia (celem uniknięcia zbędnych powtórzeń oraz z uwagi na to, że argumentacja prawna i orzecznictwo są wprost adekwatne również do niniejszego zarzutu) – Zamawiający, stosując obiektywne kryteria, jak również bazując na doświadczeniach z lat ubiegłych oraz odnosząc się do obiektywnej analizy zamawianych usług uznał, że wymóg dysponowania flotą co najmniej 20 pojazdów posiadających zezwolenie na transport odpadów weterynaryjnych wydanych przez Inspektora Weterynaryjnego w formie zaświadczenia poświadczającego

dopuszczenie środka transportu do przewozu ubocznych produktów pochodzenia zwierzęcego – określa minimalny poziom zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia.

Mniejsza liczba posiadanych przez wykonawcę pojazdów spełniających ww. kryteria stanowiłby uzasadnione ryzyko nienależytego wykonania zamówienia.

Z uwagi na powyższe oraz dużą populację szkodników w mieście (pomimo cyklicznych tzw. „akcji odszczurzenia” – patrz przykładowo artykuł prasowy z 20 lutego br. – kopia w załączeniu), a także postępujące zjawisko rezygnacji ze szczepień ochronnych dzieci, podjęto decyzję o wzmożeniu działań mających na celu walkę z gryzoniami poprzez „fachowy mobilny zespół szybkiego reagowania” w szkołach i placówkach oświatowych na terenie całego miasta. „Zespół” ten ma zabezpieczyć Wykonawca wyłoniony w przetargu będącym przedmiotem składanych wyjaśnień.

Określając wymagania co do liczby osób oraz pozostałych warunków udziału w postępowaniu, biorąc pod uwagę zakres obowiązków oraz liczbę obiektów i zasięg (obszar) działania przyjęto, iż skuteczność 1 mobilnej osoby „zespołu” można zapewnić maksymalnie na 5-8 budynkach oświatowych (w zależności od ich wielkości i lokalizacji). Ponadto Wykonawca ma także zapewnić działania prewencyjne i edukacyjne w walce ze szkodnikami poprzez m.in. szkolenie personelu placówek objętych zamawianą usługą. Nadmieniam, że dla poprawy sytuacji w mieście podjęto także dodatkowe działania włączając w nie Straż Miejską.

Jest to kolejna próba ograniczenia nadmiernej populacji szkodników, a jej efekty służyć mają także do ukierunkowania przyszłych działań w tym zakresie w kolejnych latach. Reasumując, w naszej ocenie, warunki udziału w postępowaniu określono adekwatnie i proporcjonalnie do celu jakiego przedsięwzięcie ma służyć oraz na minimalnym poziomie zdolności dającym, w opinii Zamawiającego, realną rękojmię należytego wykonania zamówienia.

[...].

Kontrolujący zasygnalizował, że w toku postępowania wyjaśniającego zwrócił się również do Zamawiającego o wskazanie, czy wedle wiedzy Zamawiającego istnieją na rynku polskim inne podmioty niż Wykonawca V, które byłyby w stanie wykazać spełnienie postawionego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia warunku zdolności technicznej i zawodowej (rozdz. VIII ust. 1 pkt 2 lit. b oraz c).

W odpowiedzi na ww. prośbę Zamawiający, pismem z dnia 9 października 2018 r. wskazał, że:

„[...]”

według wiedzy Zamawiającego takimi podmiotami są m.in..

– „PESTOKIL” Spółka z o.o. Ms w Brzegu (KRS: 0000400593),

- Specjalistyczny Zakład Ochrony Środowiska „EKO-TOX” – J. S. z/s w Nędzy (NIP: 6391004441),
- „MEFISTO” Spółka z o.o. z/s w Krakowie (KRS: 0000138865),
- Przedsiębiorstwo GRED GRUPPE POLSKA S. Z. z/s w Warszawie (NIP: 5221856564),
- „AMLUX” Spółka z o.o. z/s w Warszawie (KRS: 0000124891),
- ISS Facility Services Spółka z o.o. z/s w Warszawie (KRS: 0000034666),
- „Abc Service” Spółka z o.o. z/s we Wrocławiu (KRS: 0000145258).

Z informacji posiadanych przez Zamawiającego wynika, że podmioty te prawdopodobnie spełniają kryteria wskazane w rozdz. VIII ust. 1 pkt.2 lit. b i lit. c SIWZ, tj. w zakresie możliwości dysponowania wymaganym potencjałem technicznym w postaci co najmniej 20 pojazdów posiadających zezwolenie na transport odpadów weterynaryjnych oraz w zakresie możliwości dysponowania własnym potencjałem zawodowym w postaci co najmniej 20 osób zatrudnionych na umowę o pracę i posiadających wymagane kwalifikacje, które mogłyby zostać oddelegowane do realizacji zamówienia.

[...].”

W związku z powyższym, pismem z dnia 6 listopada 2018 r., Kontrolujący zwrócił się do firm wskazanych przez Zamawiającego z prośbą o wskazanie czy spełniłyby w okresie grudzień 2017 r. – styczeń 2018 r. wymienione w dziale VIII SIWZ warunki udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej.

W dniu 7 listopada 2018 r. wykonawca ABC-Service sp. z o.o. poinformował, że we wskazanym powyżej okresie nie spełniał żadnego z przytoczonych w piśmie warunków udziału w Postępowaniu, tj. m.in. nie dysponował 20 osobami posiadającymi wymagane uprawnienia i 20 pojazdami posiadającymi zezwolenia na transport odpadów weterynaryjnych, oraz nie dysponował platformą elektroniczną.

W dniu 6 i 9 listopada 2018 r. wykonawca Pestokil sp. z o. o. wskazał, że nie startował w Postępowaniu ze względu na zbyt wygórowane wymagania Zamawiającego określone w SIWZ. Ponadto, poinformował, że nie spełniał poniższych wymogów:

1. certyfikat systemu zarządzania jakością ISO 9001;
2. certyfikat systemu zarządzania środowiskiem ISO 14001;
3. certyfikat systemu zarządzania Bezpieczeństwem i Higieną Pracy PN-N 180014;
4. dokument poświadczający posiadanie przynajmniej 20 pojazdów posiadających zezwolenie na transport odpadów;
5. zatrudnienia na podstawie umowy o pracę minimum 20 osób wykonujących czynności w zakresie deratyzacji i dezynsekcji.

W dniu 9 listopada 2018 r. Dyrektor Handlowy wykonawcy Gred Gruppe Polska odniósł się do wspomnianej prośby stwierdzając, że „[...]wszystkie wymogi nasza firma byłaby w stanie spełnić, oprócz 20 samochodów i 20 ludzi. Ten punkt eliminuje większość firm z przetargu. Przetarg ustawiony pod jedną firmę[...]”.

W dniu 12 grudnia 2018 r. wykonawca ISS Facility Services sp. z o.o. wskazał, że „[...]specjalizuje się w usługach utrzymania czystości oraz żywienia zbiorowego, jednak w zakresie usług dezynsekcji i deratyzacji korzystamy z podwykonawców, stąd samodzielnie spółka nie spełniałaby cytowanych warunków w zakresie zdolności technicznej i zawodowej[...]”.

W dniu 11 stycznia 2019 r. wykonawca Amlux sp. z o.o. wskazał, m.in. że „[...]nie dysponuje co najmniej 20 osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, wykonującymi czynności w zakresie deratyzacji i dezynsekcji, zatrudnionymi na podstawie umowy o pracę, nie posiada floty co najmniej 20 pojazdów posiadających zezwolenie na transport odpadów weterynaryjnych wydane przez Inspektora Weterynaryjnego[...]”. Dodał, że nie posiada platformy elektronicznej, gdzie zapisywana by była kompletna dokumentacja usługi.

W dniu 17 stycznia 2019 r. wykonawca Mefisto sp. z o.o. poinformował, że nie spełnia warunków zawartych w zapytaniu (pkt a oraz c – system elektroniczny).

W dniu 26 lutego 2019 r. właściciel firm Specjalistyczny Zakład Ochrony Środowiska EKO-TOX J. S. oraz EKO-TOX s.c. M. S. i J. S. wskazał, że żadna z firm nie spełniała w podanym w zapytaniu Prezesa UZP okresie warunku udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, tj. w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał należycie co najmniej trzy usługi w zakresie zwalczania szkodników wykonywane dla jednostek, w których prowadzone były stołówki np. jednostki oświatowe, szpitale itp. każda o wartości min. 30 000 zł netto rocznie.

Kontrolujący podkreślił, że zgodnie z art. 22 ust. 1a Pzp, Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Dodał, że pozostaje nadal aktualny dorobek doktryny i orzecznictwa wypracowany na tle poprzednio obowiązujących przepisów, z których wynikało, że warunki udziału powinny być związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do niego (uchylony art. 22 ust. 4 Pzp), a warunki te mają na celu zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia (uchylony art. 22 ust. 5 zdanie pierwsze Pzp).

Prezes Urzędu wyjaśnił, że przywołaną w art. 22 ust. 1a Pzp zasadę proporcjonalności należy rozumieć jako obowiązek opisanego przez zamawiającego warunku na poziomie adekwatnym do przedmiotu zamówienia i jego złożoności, przy jednoczesnym zachowaniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp. Określenie warunków udziału w postępowaniu powinno być sformułowane w sposób obiektywny, nienadmierny, podyktowany specyfiką zamówienia, jego zakresem, stopniem złożoności, a także powinno być adekwatne do osiągnięcia celu jakiego służy, czyli wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Zatem opis warunków udziału w postępowaniu musi być ukierunkowany na dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawców, którzy dają rękojmię należytego wykonania zamówienia, a nie tworzony w celu nieuzasadnionego preferowania jednych wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia i dyskryminacji innych wykonawców.

Obowiązek zachowania proporcjonalności warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej został ujęty również w treści art. 22d ust. 1 Pzp, zgodnie z którym oceniając zdolność wykonawcy do należytego wykonania zamówienia w powyższym zakresie, zamawiający może postawić minimalne warunki dotyczące wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. Z powyższego należy wywieść zakaz stawiania warunków dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej w sposób nadmierny, nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

W przedmiotowej sprawie Zamawiający opisał warunki udziału w Postępowaniu dotyczące zdolności technicznych i zawodowych w sposób ograniczający dostęp do zamówienia szerokiej grupie wykonawców powodując, że wymaganymi zdolnościami mógł wykazać się jedynie Wykonawca V.

Powyższy wniosek potwierdza przeprowadzone przez Prezesa UZP rozeznanie rynkowe skierowane do 7 wykonawców wskazanych przez Zamawiającego w piśmie z dnia 9 października 2018 r. W drodze badania rynku nie znaleziono innych podmiotów niż Wykonawca V, które byłyby w stanie wykazać spełnianie warunków udziału w Postępowaniu w zakresie wymaganych zapisami SIWZ zdolności technicznej i zawodowej.

Mając na uwadze powyższe Kontrolujący stwierdził, że ustanowione powyżej warunki udziału w Postępowaniu należy uznać za nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia oraz ograniczające konkurencję. Zamawiający nie wykazał skutecznie, że tylko wykonawcy dysponujący co najmniej 20 osobami zdolnymi do wykonania zamówienia oraz co najmniej

20 pojazdami posiadającymi zezwolenie na transport odpadów weterynaryjnych są w stanie prawidłowo wykonać przedmiot zamówienia oraz jednocześnie, że wykonawcy niedysponujący ww. ilością osób czy pojazdów nie dają rękojmi właściwej realizacji przedmiotu zamówienia.

Prezes UZP podkreślił, że mimo dużej liczby obiektów objętych przedmiotowym zamówieniem opis przedmiotu zamówienia wskazywał konieczność uzgodnienia z Dyrektorem szkoły/placówki oświatowej terminu przystąpienia do wykonania usługi (pkt 5 i 6 rozdziału III SIWZ). Ponadto, należy zauważyć, że Zamawiający wskazał że do obowiązków wykonawcy będzie m.in. wykonywanie pięciu usług serwisowych, cyklicznie co 2 miesiące lub po zgłoszeniu interwencyjnym oraz deratyzacji obowiązkowej zgodnie z uchwałą nr XXVIII/567/16 Rady Miejskiej Wrocławia, która ma być przeprowadzana trzykrotnie w ciągu roku na obszarze centrum Wrocławia i dwukrotnie w ciągu roku na pozostałym terenie.

W związku z powyższym Prezes Urzędu uznał, że liczba obiektów, liczba dzieci przebywających w szkołach, rezygnacja ze szczepień ochronnych dzieci czy ogólny problem z gryzoniami w mieście (na które powołuje się Zamawiający) ma marginalne znaczenie w zakresie określania ilości osób zdolnych do wykonania zamówienia (przeszkolonych w zakresie zabezpieczenia obiektów przed szkodnikami posiadających odpowiednie zaświadczenia czy certyfikaty oraz legitymujących się ważnymi orzeczeniami lekarskimi do celów sanitarno-epidemiologicznych) oraz niezbędnego sprzętu do należytego wykonania zamówienia (pojazdów posiadających zezwolenie na transport odpadów weterynaryjnych wydanych przez Inspektora Weterynaryjnego), skoro Zamawiający określił konkretną liczbę oraz rodzaj usług, które powinny być wykonane przez ww. osoby z zapewnieniem odpowiedniego transportu.

Ponadto, mając na uwadze wskazaną w SIWZ częstotliwość wykonywania usług oraz konieczność/możliwość ustalania terminów indywidualnie z dyrekcją placówki nie sposób uznać, że jedna mobilna osoba zespołu byłaby skuteczna maksymalnie na 5-8 budynkach oświatowych. Należy podkreślić, że realizacja przedmiotowego zamówienia nie byłaby wykonywana jednocześnie na wszystkich 135 obiektach.

Należy zatem stwierdzić, że sformułowany przez Zamawiającego opis sposobu dokonania oceny spełniania ww. warunku nie był proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Jednocześnie, należy zauważyć, że Zamawiający błędnie interpretuje określenie „lub będzie dysponował” jako wymóg na etapie realizacji zamówienia, a nie na etapie ubiegania się o jego udzielenie. Określanie warunków udziału w postępowaniu ma bowiem na celu zapewnienie, aby zamówienie publiczne zostało udzielone wykonawcy zdolnemu do jego

realizacji. Zatem w terminie składania ofert potencjalny wykonawca powinien wykazać się spełnianiem warunków udziału w postępowaniu. Niemniej jednak, należy wskazać, że wykonawca może wskazać w składanych oświadczeniach lub dokumentach sprzęt lub osoby, którymi będzie dysponował w przyszłości przy wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, jedynie w razie korzystania z tzw. „potencjału podmiotu trzeciego” (za wyrokiem w sprawie KIO/UZP 2626/10).

Jednakże, na gruncie przedmiotowej sprawy, Zamawiający zastrzegając kluczową część zamówienia do osobistego wykonania wykluczył możliwość polegania na zdolnościach innych podmiotów, tym samym wykonawcy w celu wykazania spełniania warunku udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej musieli wykazać, iż dysponują własnym zasobem, odpowiednio, osobami, pojazdami, platformą elektroniczną.

Zatem, użyte sformułowanie „lub będzie dysponował” (odnoszące się do możliwości skorzystania z zasobów podmiotów trzecich na podstawie art. 22a ust. 1 Pzp) w zakresie ww. warunku pozostawało bezprzedmiotowe.

Zdaniem Kontrolującego nie można uznać, że postawiony warunek wykazania doświadczenia dotyczącego wykonania należycie co najmniej trzech usług w zakresie zwalczania szkodników wykonywanych dla jednostek, w których prowadzone były stołówki, np. jednostki oświatowe, szpitale itp. każda o wartości min. 30 000 zł netto rocznie został określony na poziomie niezbędnym do prawidłowego wykonania zamówienia. Przede wszystkim nie można przyjąć, że do wykonania zamówienia polegającego na usłudze dezynsekcji i deratyzacji jest niezbędnym posiadanie doświadczenia w zakresie trzech usług. Nie można bowiem wykluczyć, że wykonawca mający doświadczenie w realizacji mniejszej ilości usług, byłby również w stanie wykonać przedmiotowe zamówienie.

Reasumując, w niniejszym postępowaniu Zamawiający naruszył art. 22 ust. 1a w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez opisanie warunków udziału w Postępowaniu dotyczących zdolności technicznej i zawodowej wykonawcy w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, nadmierny i nieadekwatny do celu jakiego służy, tj. wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia.

Prezes Urzędu podkreślił, że jedynym podmiotem mogącym samodzielnie spełnić wszystkie warunki udziału w Postępowaniu był Wykonawca V, podczas gdy na rynku istnieją również inne podmioty, które pomimo braku możliwości wykazania spełniania wszystkich warunków dotyczących zdolności technicznej i zawodowej mogłyby należycie wykonać przedmiot niniejszego postępowania, np. Gred Gruppe Polska, Specjalistyczny Zakład Ochrony Środowiska EKO-TOX J. S.. Z uwagi na powyższe należy uznać, że przywołane

postanowienia działu VIII SIWZ preferowały w sposób niezasadny konkretnego wykonawcę, a tym samym naruszyły zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Jak wspomniano, w Postępowaniu ofertę złożył tylko jeden wykonawca, zatem stwierdzone powyżej naruszenia Pzp miały rzeczywisty wpływ na wynik procedury udzielenia zamówienia.

Ad 2

Kontrolujący podał, że w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w Postępowaniu opisanych w dziale VIII SIWZ oraz wykazania braku podstaw do wykluczenia, Zamawiający miał wezwać wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 5 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, że wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, w formie oryginału lub kopii poświadczonej „za godność z oryginałem” przez Wykonawcę, (zgodnie z §14 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, Dz.U. z 2016 r., poz. 1126, zwanego dalej „Rozporządzeniem”), tj.:

1. odpis z właściwego rejestru lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji, w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 1 Pzp (w zakresie art. 24 ust. 5 pkt 1 Pzp);
2. wykaz usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane oraz załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie – potwierdzające spełnienie warunku opisanego w dziale VIII pkt 1.2) lit. a) SIWZ – wzór stanowi Załącznik nr 4 do SIWZ. Dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie Wykonawcy;
3. wykaz osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji niniejszego zamówienia spełniających wymagania określone w dziale VIII pkt 1.2) lit. b) SIWZ, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień niezbędnych do

wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami (wzór – Załącznik nr 5 do SIWZ);

4. wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego spełniających wymagania określone w dziale VIII pkt 1.2) lit. c) SIWZ wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami (wzór Załącznik nr 6 do SIWZ);
5. dokumenty potwierdzające, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę nie mniejszą niż 200.000 zł - spełniających wymagania określone w dziale VIII pkt 1.3).

W tej sprawie Zamawiający nie wezwał w oparciu o art. 26 ust. 2 Pzp Wykonawcy V do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp.

Kontrolujący nadmienił, że ww. wykonawca złożył wraz z ofertą wszystkie wymagane w rozdziale IX SIWZ oświadczenia i dokumenty.

Prezes Urzędu zauważył, że art. 26 ust. 2 Pzp stanowi, że jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, zamawiający może wezwać wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 5 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp. Użycie przez ustawodawcę w art. 26 ust. 2 Pzp zwrotu „zamawiający może wezwać” oznacza tylko i wyłącznie fakultatywność określenia przez zamawiającego katalogu oświadczeń lub dokumentów z rozporządzenia o dokumentach w ogłoszeniu, specyfikacji lub zaproszeniu do składania ofert. Zatem, jeżeli zamawiający opíše wymagane oświadczenia lub dokumenty na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu lub braku podstaw do wykluczenia, w ogłoszeniu, specyfikacji lub zaproszeniu do składania ofert – zobowiązany jest wezwać wykonawcę, który złożył ofertę najwyżej ocenioną do ich złożenia na gruncie art. 26 ust. 2 Pzp.

W świetle powyższych przepisów zamawiający dokonuje definitywnej weryfikacji istnienia okoliczności, o których mowa w art, 25 ust. 1 Pzp, na podstawie (składanych na wezwanie) określonych dokumentów lub oświadczeń, po dokonaniu przedmiotowej oceny złożonych ofert, jedynie w odniesieniu do wykonawcy, który złożył ofertę najwyżej ocenioną. Natomiast, w przypadku, gdy wykonawca, mimo braku takiego obowiązku, dołączy do oferty

dokumenty, których złożenie następuje na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 2 Pzp (jak miało miejsce w przedmiotowej sprawie), zamawiający nie jest uprawniony do analizy tych dokumentów.

Należy zatem stwierdzić, że złożenie wraz z ofertą przez wykonawcę wszystkich wymaganych w postępowaniu dokumentów, nie wyłącza obowiązku zrealizowania przez Zamawiającego dyspozycji art. 26 ust. 2 Pzp.

W tym miejscu należy zwrócić uwagę na treść art. 26 ust. 6 Pzp, w świetle którego wykonawca nie jest obowiązany do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 i 3 Pzp, jeżeli zamawiający posiada oświadczenia lub dokumenty dotyczące tego wykonawcy lub może je uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, w szczególności rejestrów publicznych w rozumieniu ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz. U. z 2014 r., poz. 1114 oraz z 2016 r., poz. 352). Tym samym wykonawca, który złożył dokumenty wraz z ofertą może powołać się na treść przytoczonego przepisu i wskazać, które dokumenty są już w posiadaniu zamawiającego, co zwolni go z obowiązku ponownego przekazania ww. dokumentów zamawiającemu, jednakże samo wezwanie o dokumenty na podstawie art. 26 ust. 2 Pzp powinno zostać przez zamawiającego wystosowane.

W konsekwencji, z uwagi na postanowienia działu VIII i IX SIWZ, Zamawiający był zobligowany do wezwania na podstawie art. 26 ust. 2 Pzp Wykonawcy V do złożenia dokumentów, o których mowa w dziale IX pkt 3 SIWZ, czego Zamawiający bezpodstawnie – zdaniem Kontrolującego – zaniechał.

Pismem z 12 czerwca br. Zamawiający zgłosił zastrzeżenia od wyników kontroli, w których przedstawił następującą argumentację.

Ad 1

Zamawiający wyjaśnił, że określenie wymogu posiadania przez wykonawcę w trakcie realizacji umowy 20 pracowników zatrudnionych na umowę o pracę oraz floty co najmniej 20 pojazdów posiadających zezwolenie na transport odpadów weterynaryjnych wynikało z oceny sytuacji w zakresie występowania potencjalnego zagrożenia sanitarnego w jednostkach oświatowych prowadzonych przez Miasto Wrocław. Zamawiającemu zależało na wybraniu wykonawcy, który dysponuje doświadczeniem oraz odpowiednimi zasobami umożliwiającymi sprawne i szybkie podjęcie interwencji w przypadku pojawienia się szkodników w placówkach oświatowych zwłaszcza w tych, które prowadzą żywienie dzieci i młodzieży. Problem dotyczący występowania szczurów na terenach należących do Miasta

pojawił się już w 2014 r. Począwszy od roku 2015 Miasto Wrocław rozpoczęło działania związane z interwencyjną deratyzacją, zabezpieczając co roku na ten cel środki w budżecie.

W związku z wyraźnym wzrostem liczby interwencji w zakresie występowania szczurów na terenie Miasta Wrocław podjęta została decyzja o zleceniu w 2018 roku kompleksowej deratyzacji najbardziej problematycznych terenów – głównie centrum Wrocławia. Wobec zgłaszanych również przez dyrektorów szkół i placówek oświatowych kłopotów z pojawianiem się tych szkodników na terenie placówek, podjęto decyzję o objęciu również jednostek oświaty, głównie z najbardziej zagrożonych rejonów Miasta Wrocławia, kompleksową usługą dezynsekcyjno-deratyzacyjną. Zważywszy na fakt, że szczury, poza powodowaniem strat w mieniu, polegających na niszczeniu konstrukcji, instalacji i urządzeń technicznych, są przenosicielami kilkudziesięciu chorób zakaźnych, takich jak m.in. dżuma, żółtaczkę zakaźną, dur brzuszny, dyfteryt i coraz częściej wścieklizna, a skupiska dzieci, niestety coraz częściej nieszczepionych, są szczególnie podatne na rozprzestrzenianie się tych chorób, zamawiający zdecydował się postawić wysokie wymagania wykonawcom, którzy będą w stanie spełnić postawione warunki techniczne i kadrowe, gwarantujące przeprowadzenie w razie potrzeby zintegrowanej akcji na terenie wszystkich placówek objętych usługą.

Przygotowując Postępowanie Zamawiający szacował ok. 1000 wizyt – planowych i interwencyjnych. W 2018 r. było 169 wizyt interwencyjnych w placówkach (za które wykonawca nie pobierał dodatkowego wynagrodzenia) oraz zgodnie z umową 810 wizyt planowych (135 budynków x 6 wizyt) – razem 979 razy wykonawca wykonywał usługi dezynsekcji i/lub deratyzacji w jednostkach oświatowych. O skali zjawiska rozprzestrzeniania się szkodników w mieście świadczy dodatkowo fakt, że od początku bieżącego roku do chwili obecnej firma przyjęła już 114 zgłoszeń interwencyjnych, z czego można wnioskować, że do końca roku będzie ich zdecydowanie więcej niż w roku 2018. Stąd też, zabezpieczenie 20 osób i pojazdów do wykonania tej ilości usług przy 135 budynkach nie wydaje się zbyt wygórowane i nadmierne we wskazanych okolicznościach.

Zamawiający stwierdził następnie, że zarzut dotyczący błędnej interpretacji określenia „lub będzie dysponował” uważa za nieuzasadniony. Zastrzegając kluczowe części zamówienia, a co za tym idzie – wykluczając podwykonawstwo przy wykonywaniu zamówienia, Zamawiający umożliwił wykonawcom dysponowanie odpowiednim potencjałem technicznym i ludzkim na etapie realizacji zamówienia. Intencją Zamawiającego w takim sformułowaniu warunku udziału w Postępowaniu było umożliwienie uczestnictwa w nim wielu podmiotom gospodarczym, które wymaganym potencjałem mogłyby się wykazać na etapie realizacji zamówienia. Potwierdza to m.in. oświadczenie wykonawcy ABC Service sp. z o.o.,

że nie spełniał żadnego z warunków udziału w Postępowaniu, tj. m.in. „nie dysponowaliśmy 20 osobami posiadającymi wymagane uprawnienia, nie dysponowaliśmy 20 pojazdami posiadającymi zezwolenia na transport odpadów weterynaryjnych, ani platformą elektroniczną” w okresie grudzień 2017 – styczeń 2018r. Co nie znaczy, że wykonawca nie dysponowałby określonymi zasobami na etapie wykonywania umowy.

Nie sposób zgodzić się również z zarzutem, że warunek wykazania doświadczenia wykonania należycie co najmniej trzech usług w zakresie zwalczania szkodników wykonywanych dla jednostek, w których prowadzone były stołówki, np. jednostki oświatowe, szpitale itp., każda o wartości min. 30.000 zł netto rocznie, nie został określony na poziomie niezbędnym do prawidłowego wykonania zamówienia. Zasada proporcjonalności wyrażona w art. 22 ust. 1a Pzp oznacza, że określone przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu muszą być uzasadnione wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia. Twierdzenie, że postawienie warunku udziału w postępowaniu na poziomie 54% wartości zamówienia jest nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia wydaje się dalece dyskusyjne. Nieuzasadnione jest również twierdzenie, że wykonawca mający doświadczenie w realizacji mniejszej ilości usług od wymaganych trzech byłby w stanie wykonać przedmiotowe zamówienie. Stanowisko to nie zostało poparte jakąkolwiek argumentacją, jest jedynie arbitralnym poglądem i domniemaniem Kontrolującego. To zamawiający jest gospodarzem postępowania i ma prawo tak określić warunki udziału w postępowaniu, aby mieć pewność, że wykonawca realizujący zamówienie będzie legitymował się niezbędną wiedzą i odpowiednim doświadczeniem.

Ad 2

Zamawiający powołał się na cel w jakim składane są oświadczenia i dokumenty w postępowaniu o zamówienie publiczne.

Przepis art. 22 Pzp określa m. in., że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu; spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania. Z kolei art. 25 ust. 1 Pzp określa, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, brak podstaw wykluczenia zamawiający wskazuje w ogłoszeniu

o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert. Wydane na podstawie art. 25 ust. 2 Pzp Rozporządzenie określa m. in., że zamawiający może żądać określonych dokumentów i oświadczeń w celu potwierdzenia spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji.

Powyższe przepisy uprawniają zamawiającego do określenia niezbędnych warunków jakie mają spełniać wykonawcy oraz narzędzia do ich weryfikacji. Celem przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest natomiast wybór takiego wykonawcy, który daje gwarancję wykonania określonego zamówienia według możliwie najkorzystniejszych kryteriów, zgodnie z zasadami udzielania zamówień. W tym sensie określone w powyższych artykułach przepisy stanowią narzędzia służące zamawiającym do realizacji tego celu, natomiast wykonawcom mają zagwarantować możliwość wzięcia udziału w postępowaniu w celu uzyskania zamówienia.

W związku z powyższym, odnosząc się wprost do sformułowanego zarzutu zaniechania wezwania Wykonawcy V do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w Postępowaniu i wykazanie braku podstaw do wykluczenia z Postępowania Zamawiający wskazał, że w pełni podziela przedstawioną przez Prezesa UZP interpretację użytego w art. 26 ust. 2 Pzp zwrotu „zamawiający może wezwać”. Biorąc pod uwagę cel jakemu służy złożenie oświadczeń lub dokumentów, zdaniem Zamawiającego, co do zasady zobowiązany jest on wezwać wykonawcę, którego oferta została oceniona najwyżej, do ich złożenia. Najmniejszych wątpliwości nie budzi sytuacja, w której wykonawca złożył w terminie składania ofert jedynie formularz oferty i wymagane w art. 25a Pzp oświadczenia.

W przedmiotowej sprawie Wykonawca V, oprócz formularza oferty i oświadczeń z art. 25 a ust. 1 Pzp, złożył wraz z nimi oświadczenia i dokumenty, z których treści wynikało, że miały potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw wykluczenia. W omawianym przypadku konstatacją Zamawiającego było, że skoro już zapoznał się z treścią wszystkich złożonych z ofertą dokumentów przy jednoczesnym stwierdzeniu, że część z nich nie potwierdza spełniania warunków udziału w Postępowaniu, należy zwrócić się do wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp, co też uczynił. Na decyzję Zamawiającego miał dodatkowo wpływ fakt, że część ze złożonych z ofertą dokumentów, których wykonawca nie był zobowiązany składać na tym etapie Postępowania, zawierała oznaczenia w postaci znaku postępowania jednoznacznie identyfikujące je z tym postępowaniem, potwierdzając jednocześnie spełnianie warunków udziału w postępowaniu (wykaz osób, wykaz narzędzi) bądź też potwierdzając brak podstaw wykluczenia z Postępowania (odpis z Krajowego Rejestru Sądowego). Można założyć, że złożenie tak

oznaczonych dokumentów było wyrazem zamiaru Wykonawcy V, dokonanego celem legitymizacji swojego udziału w Postępowaniu.

Ponadto Zamawiający zasygnalizował kwestię konieczności odróżnienia zwrotu „wezwanie do złożenia dokumentów” od sformułowania „żądanie dokumentów”. O ile ten drugi nie budzi wątpliwości, to już przepis art. 26 ust. 2 Pzp mógł nie wydawać się tak jednoznaczny po nowelizacji Pzp. Zamawiający nie zaniechał żądania oświadczeń i dokumentów, których katalog określił wcześniej w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SIWZ. Wezwanie wykonawcy do uzupełnień/wyjaśnień dokumentów zamiast wezwania z art. 26 ust. 2 Pzp nie miało wpływu na przebieg Postępowania i wybór najkorzystniejszej oferty. Wykonawca V w odpowiedzi uzupełnił bowiem wymagane oświadczenia i dokumenty potwierdzając spełnianie warunków udziału w Postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia. Brak zastosowania wezwania do złożenia dokumentów z art. 26 ust. 2 Pzp nie stanowił o brakach merytorycznych, oferta Wykonawcy V pozostaje wciąż ofertą prawidłową i ważną.

Pismem z dnia 1 lipca 2019 r. Kontrolujący poinformował Zamawiającego, że podtrzymuje stanowisko wyrażone w informacji o wyniku kontroli (dalej „Informacja”), w konsekwencji czego – na podstawie art. 167 ust. 2 Pzp – przekazał zastrzeżenia Zamawiającego do zaopiniowania przez Izbę.

Izba zważyła, co następuje – zastrzeżenia Zamawiającego są częściowo uzasadnione.

W zakresie pierwszego z zarzuconych Zamawiającemu naruszeń przepisów Pzp Kontrolujący podniósł następujące aspekty mające świadczyć o braku proporcjonalności warunków udziału w Postępowaniu dotyczących zdolności technicznej i zawodowej: (1) wymaganie od wykonawcy dysponowania w trakcie realizacji umowy co najmniej 20 pracownikami zatrudnionymi na podstawie umowy o pracę, (2) wymaganie dysponowania flotą co najmniej 20 pojazdów oraz (3) konieczność uprzedniego wykonania co najmniej 3 usług w zakresie zwalczania szkodników. Spór o interpretację użytego w treści warunku sformułowania „lub będzie dysponował” skład orzekający uznał za irrelevantny w kontekście przypisanego Zamawiającemu w Informacji naruszenia.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała, że stanowisko Kontrolującego odnośnie dwóch pierwszych aspektów braku proporcjonalności spornych warunków do przedmiotu zamówienia jest trafne.

Tytułem przypomnienia, jako że kwestia proporcjonalności warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego doczekała się kompleksowej analizy w doktrynie i judykaturze KIO i ETS (obecnie – TSUE), skład orzekający ogólnie wskazuje,

że określenie „proporcjonalny” oznacza tyle co „zachowujący właściwą proporcję”. Miarą tej właściwej proporcji jest zachowanie niezbędnej równowagi między interesem zamawiającego, polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia, a interesem potencjalnych wykonawców, którzy nie mogą być z góry eliminowani przez wprowadzanie nadmiernych wymagań podmiotowych. Innymi słowy – warunek proporcjonalny to warunek, który nie jest nadmierny, czego stwierdzenie wymaga przeprowadzenia tzw. testu proporcjonalności, polegającego na wykazaniu, że podjęte działania są adekwatne i konieczne do osiągnięcia wybranego celu (zob. przykładowo wyrok z dnia 16 września 1999 r. w sprawie C-414/97 Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Hiszpanii, czy z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie C-376/08 Serrantoni Srl i Consorzio stabile edili Scrl v. Comune di Milano).

Biorąc pod uwagę powyższe skład orzekający uznał, że Zamawiający nie przedstawił w zgłoszonych zastrzeżeniach wystarczających powodów uzasadniających zawarte w treści warunku wymagania dotyczące liczebności zaplecza kadrowego i sprzętowego wykonawcy. W szczególności Zamawiający nie zestawił swoich oczekiwań z przedmiotem zamówienia, jak tego wymaga przepis art. 22 ust. 1a Pzp, tłumacząc zakwestionowane wymagania przede wszystkim przez odwołanie do panującej na terenie gminy sytuacji sanitarnej oraz wskazanie na zagrożenia i straty, jakie niosą ze sobą zwalczane szkodniki. Wobec tego podkreślić należy, że stawiane wykonawcom wymagania podmiotowe powinny znajdować umocowanie przede wszystkim w opisie przedmiotu zamówienia, co wprost wynika z przywołanego powyżej przepisu. W tym kontekście wskazane przez Zamawiającego dane liczbowe charakteryzujące usługi stanowiące przedmiot zamówienia (liczba placówek, czy częstotliwość podejmowanych w nich działań) zostały skutecznie, zdaniem składu orzekającego, zakwestionowane przez Kontrolującego, jako zasadniczo nie odnoszące się do przyczyn sformułowania warunków udziału w Postępowaniu w zakwestionowany w Informacji sposób.

W konsekwencji Izba uznała, że wymóg dysponowania przez wykonawcę zapleczem kadrowo-sprzętowym w liczbie 20 osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę i 20 pojazdów jest nadmierną i nieuzasadnioną barierą w dostępie do realizacji zamówienia innym podmiotom niż Wykonawca V, *ergo* – warunek nie spełnia wymogu proporcjonalności. Taką tezę potwierdza również przeprowadzone przez Prezesa UZP rozeznanie rynku, wykonane pośród wskazanych przez Zamawiającego firm mogących spełniać postawione w Postępowaniu wymagania, które nie zakończyło się znalezieniem innego niż Wykonawca V podmiotu spełniającego łącznie wspomniane powyżej warunki.

Skład orzekający nie zgadza się natomiast z tezą Kontrolującego, jakoby o braku proporcjonalności omawianych warunków do przedmiotu zamówienia świadczyć miała liczba

usług, których wykonaniem powinien legitymować się wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia. W tym zakresie Izba zauważa, że Prezes Urzędu zasadniczo nie kwestionuje nabywania doświadczenia przez powtarzające się (a więc więcej niż jedno) wykonywanie określonych czynności, a prezentowane w Informacji stanowisko, tu cytat: „Nie można bowiem wykluczyć, że wykonawca mający doświadczenie w realizacji mniejszej ilości usług, byłby również w stanie wykonać przedmiotowe zamówienie” nie zostało przezeń uzasadnione. W konsekwencji, w tym zakresie zastrzeżenia Zamawiającego Izba uznała za zasadne.

Podobnie, uzasadnione – w ocenie składu orzekającego – były zastrzeżenia Zamawiającego w odniesieniu do drugiego ze wskazanych w Informacji naruszeń przepisów Pzp.

Izba podkreśla, że celem przepisu art. 26 ust. 2b Pzp jest umożliwienie zamawiającemu dokonania weryfikacji spełnienia przez wykonawców stawianych im warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Nadrzędnym celem jest jednak sama ocena sytuacji podmiotowej wykonawców, ponieważ wyraża ona sens stawiania warunków, nie zaś sposób uzyskania dokumentów stanowiących podstawę tej oceny. Pogląd ten koresponduje ze wskazaną przez Zamawiającego, w powołaniu na orzecznictwo Izby, możliwością samodzielnego składania/uzupełniania dokumentów, a ponadto przyczynia się do zachowania sprawności i ekonomiki procedury udzielenia zamówienia. *Ad casum* Wykonawca V niewątpliwie (jak stwierdził w Informacji sam Kontrolujący) złożył wszystkie wymagane dokumenty podmiotowe, a Zamawiający bezspornie dokonał ich oceny, czego wyrazem było wystosowanie do wykonawcy wezwania do uzupełnienia i wyjaśnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp, zatem doszło do realizacji opisanego powyżej celu żądania określonych dokumentów. W konsekwencji, w tak zarysowanym stanie faktycznym Izba uznała, że zachowanie Zamawiającego, który zaniechał żądania złożonych już w jego posiadaniu dokumentów, a jednocześnie dokonał ich oceny i usunął związane z nimi wątpliwości, było prawidłowe i racjonalne. Pogląd o konieczności wystosowania w takich okolicznościach wezwania w trybie art. 26 ust. 2 Pzp stanowi przejaw formalizmu, który nie jest istotą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Wobec powyższego, Izba, działając na podstawie art. 167 ust. 3 Pzp, wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....