Sygn. akt: KIO 1027/22

WYROK

z dnia 29 kwietnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie z udziałem stron w dniu 29 kwietnia 2022 r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 kwietnia 2022 r. przez wykonawcę: S. K. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy KOM BŁYSK S. K. z siedzibą w Kątach Wrocławskich

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Zakład Gospodarki Mieszkaniowej w Kątach Wrocławskich

orzeka:

1. umarza postępowanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy: W. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi ogrodniczo porządkowe WW-Serwis W. W. z siedzibą w Tyńcu nad Ślęzą, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, z powodu jego wycofania przez odwołującego;

2. oddala odwołanie;

3. kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego, i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr. (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

3.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 1027/22

Zakład Gospodarki Mieszkaniowej w Kątach Wrocławskich - dalej: „zamawiający", prowadzi postępowanie na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) - dalej „ustawa Pzp", o wartości szacunkowej poniżej progów unijnych, którego przedmiotem jest usługa polegająca na utrzymaniu zieleni w obrębie Miasta Kąty Wrocławskie; numer referencyjny sprawy: ZP 271.4.2022 (dalej: „postępowanie" lub „zamówienie").

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 8 marca 2022 r. pod numerem: 2022/BZP 00079438/01.

Zamawiający 8 kwietnia 2022 r. przekazał informację o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez wykonawcę: W. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi ogrodniczo porządkowe

WW-Serwis W.W. z siedzibą w Tyńcu nad Ślęzą (dalej „WW-Serwis").

W dniu 13 kwietnia 2022 r. przez wykonawcę: S. K. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy KOMBŁYSK S. K. z siedzibą w Kątach Wrocławskich (dalej „odwołujący") zostało wniesione odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego, polegających na dokonaniu wyboru oferty WW-Serwis, jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp, poprzez wybór oferty złożonej przez wykonawcę

WW-Serwis, jako oferty najkorzystniejszej pomimo, że wykonawca nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, a więc złożona przez niego oferta powinna zostać odrzucona;

2. art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy WW-Serwis z postępowania, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: unieważnienia wyboru oferty wykonawcy WW-Serwis, jako oferty najkorzystniejszej i jej odrzucenia.

Zamawiający, działając na podstawie art. 524 ustawy Pzp, poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania, wzywając uczestników postępowania do złożenia

przystąpienia. Do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden wykonawca.

Zamawiający, działając na podstawie art. 521 ust. 1 ustawy Pzp, złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości, jako bezzasadnego.

Odwołujący 28 kwietnia 2022 r. złożył do akt sprawy pismo procesowe, w którym oświadczył, że cofa odwołanie w części dotyczącej naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp. Izba w tym zakresie umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w pkt 1 sentencji. Ponadto, w piśmie złożonym do akt sprawy z 28 kwietnia 2022 r. wniósł o przeprowadzenie dowodów z dokumentów: wniosku odwołującego kierowanego do Zarządu Zieleni Miejskiej we Wrocławiu z 14 kwietnia 2022 r. z wnioskiem o udostępnienie informacji publicznej oraz odpowiedzi na ten wniosek wskazując, iż te mają istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania przesłaną przez zamawiającego do akt sprawy, po zapoznaniu się z odwołaniem, odpowiedzią na nie, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Ponadto Izba stwierdziła, że odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności.

Odwołujący ubiega się o udzielenie przedmiotowego zamówienia i złożył swoją ofertę w postępowaniu, której treść odpowiada treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej „SWZ"). Gdyby potwierdziły się zarzuty odwołania, oferta wykonawcy WW-Serwis zostałaby odrzucona a oferta odwołującego uznana za najkorzystniejszą, zgodnie z określonymi w SWZ kryteriami oceny ofert. Tym samym to odwołujący miałby szansę uzyskania zamówienia i osiągnięcia korzyści wynikających z jego realizacji.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy. Izba dopuściła i przeprowadziła dowody wnioskowane przez odwołującego, złożone do akt sprawy 28 kwietnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje

Izba ustaliła, że w Rozdziale V SWZ zamawiający wskazał, że przedmiotem niniejszego zamówienia jest utrzymanie zieleni w obrębie miasta Kąty Wrocławskie. Dalej sprecyzował, że wykonawca będzie zobowiązany do wykonywania czynności związanych z utrzymaniem w należytym stanie zieleni miejskiej w Kątach Wrocławskich, sprzętem i materiałem własnym, polegających na wykonywaniu prac porządkowych i pielęgnacyjnych, obejmujących: (1) w okresie od dnia podpisania umowy do dnia 31 października roku trwania umowy: koszenie i pielęgnację trawników, pielęgnację kwietników, krzewów, żywopłotów, nasadzeń przyulicznych (w tym usuwanie przyrostów na pniu), roślin w pojemnikach (przy latarniach), nasadzenia (po uzgodnieniu gatunków roślin z zamawiającym) do pojemników

(ziemię kwiatową i materiał do nasadzeń zapewnia wykonawca), nawożenie (materiał zapewnia wykonawca), podlewanie (wodę zapewnia wykonawca), koszenie (w tym uprzątnięcie pokosu z trawników oraz przyległych do nich ciągów komunikacyjnych), grabienie, przycinanie krzewów i gałęzi (za wyjątkiem typowych cięć pielęgnacyjnych na drzewostanie), zamiatanie alejek w obrębie terenu zielonego, porządkowanie i zamiatanie altan, zbieranie śmieci na terenach zielonych i placach i zabaw (codzienny obchód), a także wykonywanie czynności porządkowych powstałych w następstwie zdarzeń losowych (np. burze, wypadki drogowe i inne), opróżnianie na bieżąco koszy na odpady na placach zabaw i przy altanach z częstotliwością nie rzadziej niż 2 razy w tygodniu, nie dopuszczając do przepełnienia oraz utrzymanie w należytym stanie estetycznym i higienicznym koszy na odpady i ławek na placach zabaw, bez względu na wielokrotność powtarzanych prac; (2) w okresie od 1 listopada do 31 grudnia roku trwania umowy: pielęgnację trawników, kwietników, krzewów, żywopłotów, nasadzeń przyulicznych (w tym usuwanie przyrostów na pniu), roślin w pojemnikach (przy latarniach), grabienie, przycinanie krzewów i gałęzi (za wyjątkiem typowych cięć pielęgnacyjnych na drzewostanie), zamiatanie alejek w obrębie terenów zielonych, porządkowanie i zamiatanie altan, zbieranie śmieci na terenach zielonych i placach zabaw (codzienny obchód), a także wykonywanie czynności porządkowych powstałych w następstwie zdarzeń losowych (np. burze, wypadki drogowe i inne), opróżnianie na bieżąco koszy na odpady na placach zabaw i przy altanach z częstotliwością nie rzadziej niż 1 raz w tygodniu, nie dopuszczając do przepełnienia oraz utrzymanie w należytym stanie estetycznym i higienicznym koszy na odpady i ławek na placach zabaw, bez względu na wielokrotność powtarzanych prac. W okresie od dnia podpisania umowy do 30 kwietnia roku trwania umowy na terenach wskazanych w załączniku do niniejszej umowy prace polegające na koszeniu należy wykonać jeden raz. W okresie od 1 maja do 30 września roku trwania umowy na terenach wskazanych w załączniku do niniejszej umowy prace polegające na koszeniu należy wykonać dwa razy w miesiącu. W okresie od 1 października do 31 października roku trwania umowy na terenach wskazanych w załączniku do niniejszej umowy prace polegające na koszeniu należy wykonać jeden raz. Wykaz terenów objętych przedmiotem zamówienia zawiera załącznik nr 1 do umowy.

Z kolei w Rozdziale VI SWZ zamawiający opisał warunki, jakie spełniać muszą wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia wraz ze sposobem dokonywania oceny tych warunków, w tym między innymi wskazał, że w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, wykonał należycie: co najmniej jedną usługę polegającą na utrzymaniu zieleni w zakresie określonym jako przedmiot zamówienia o wartości nie mniejszej niż 200 000 zł. brutto. Wykonawca musi udokumentować doświadczenie w zakresie wykonania prac. W Rozdziale XIII - Wykaz oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia, zamawiający przewidział, że na potwierdzenie spełnienia powyższego warunku wykonawca zobowiązany będzie złożyć: wykaz dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane w okresie 3 miesięcy.

Ponadto Izba ustaliła, że w postępowaniu zostały złożone trzy oferty, w tym oferta odwołującego i WW-Serwis. Ten ostatni, został wezwany pismem z 21 marca 2022 r. na podstawie art. 274 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia podmiotowych środków dowodowych składanych w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postepowaniu tj. wykazu wykonanych usług lub dostaw. W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wykonawca złożył wykaz wykonanych usług, w którym wskazał, że wykonał usługę dla Kobierzyckiego Ośrodka Sportu i Rekreacji polegającą na „Świadczeniu usług porządkowych polegających na sprzątaniu oraz koszeniu terenów zielonych wraz z wywozem trawy na kwotę 566 600 zł. brutto. Do wykazu wykonawca dołączył referencję, jako dokument potwierdzający należyte wykonanie usługi.

Zamawiający uznał, iż przedmiotowy wykaz oraz złożona referencja nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu i 29 marca 2022 r. wezwał wykonawcę WW-Serwis do złożenia wyjaśnień w następującym zakresie: „Z załączonych referencji wynika, że wykonawca wykonał tylko usługę sprzątania terenu, koszenia trawy wraz z jej wywozem a w jednym zadaniu pielęgnacji nasadzeń, gdy warunek postawiony przez zamawiającego był szerszy i obejmował: pielęgnację kwietników, pielęgnację krzewów,

pielęgnację żywopłotów, pielęgnację nasadzeń przyulicznych (w tym usuwanie przyrostów na pniu), pielęgnację roślin w pojemnikach (przy latarniach), nasadzenia (po uzgodnieniu gatunków roślin z zamawiającym) do pojemników, nawożenie (materiał zapewnia wykonawca), podlewanie (wodę zapewnia wykonawca), grabienie, przycinanie krzewów i gałęzi (za wyjątkiem typowych cięć pielęgnacyjnych na drzewostanie), wykonywanie czynności porządkowych powstałych w następstwie zdarzeń losowych (np. burze, wypadki drogowe i inne), opróżnianie na bieżąco koszy na odpady na placach zabaw i przy altanach, utrzymanie w należytym stanie estetycznym i higienicznym koszy na odpady i ławek na placach zabaw. W odpowiedzi na powyższe wezwanie wykonawca WW-Serwis złożył 8 kwietnia 2022 r. referencje wystawione przez Usługi Zieleni „CIS" Hanna Gonciarz ul. Wędkarzy 10 Wrocław (dalej „Usługi Zieleni CIS"), w której opisano zakres usług wykonanych przez WW-Serwis na rzecz firmy Usługi Zieleni CIS. Zamawiający w dniu 5 kwietnia 2022 r. ponownie wezwał wykonawcę WW-Serwis do złożenia nowego wykazu wykonanych usług. Wykonawca przesłał nowy wykaz wykonanych usług, w którym wymienił dwa zamówienia: (1) zrealizowane na rzecz Kobierzyckiego Ośrodka Sportu i Rekreacji, przedmiot zamówienia: Świadczenie usług porządkowych polegających na sprzątaniu oraz koszeniu terenów zielonych wraz z wywozem trawy, wartość zadania: 566 600 zł. brutto; (2) wykonane na rzecz Usługi Zieleni CIS, przedmiot zamówienia: Świadczenie usług utrzymania zieleni oraz utrzymanie czystości, koszenie trawników, pielęgnacja drzew, sadzenie krzewów, cebul kwiatowych i podlewanie, wartość zamówienia: 759 369 zł. brutto.

Zamawiający dokonał wyboru wykonawcy WW-Serwis, informując o tym odwołującego pismem z 8 kwietnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje

Izba uznała, że w niniejszym postępowaniu nie doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, które miało lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym na podstawie art. 554 ust. 1 ustawy Pzp rozpoznawane odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

W ocenie Izby brak jest podstaw do uznania, iż zamawiający naruszył przepisy art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp, dokonując wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez wykonawcę WW-Serwis pomimo, że wykonawca ten nie wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, a w konsekwencji złożona przez niego oferta powinna zostać odrzucona.

Odwołujący podnosił, że ani z treści złożonego wykazu, ani też referencji, wystawionych przez Usługi Zieleni CIS nie wynika, że wykonawca WW-Serwis spełnia ten warunek, gdyż jak wskazał, w wystawionym przez ten podmiot dokumencie brakuje potwierdzenia wykonania usług: (1) Nawożenia roślin; (2) Pielęgnacji trawników (widnieje tylko koszenie trawników); (3) Pielęgnacji krzewów; (4) Pielęgnacji nasadzeń przyulicznych; (5) Wykonywania nasadzeń do pojemników. Twierdził w odwołaniu, że zamawiający opisując warunek tj. wykonanie usługi polegającej na utrzymaniu zieleni w zakresie określonym, jako przedmiot zamówienia o wartości nie mniejszej niż 200 000 zł. brutto, powinien dopilnować, aby wszystkie czynności znajdujące się w opisie przedmiotu zamówienia znajdowały się w usłudze, którą wykonawca musiał wykazać w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Z kolei ze złożonych środków dowodowych i referencji można wywnioskować, że oferta wybrana, jako najkorzystniejsza nie spełnia całego warunku określonego przez zamawiającego, gdyż wykonawca nie wykazał wszystkich czynności z zakresu utrzymania zieleni, określonych jako przedmiot zamówienia.

Na wstępie Izba przypomina, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2b ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie spełnił warunków udziału w postępowaniu. Jak wielokrotnie podkreślano w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych, określenie przez zamawiającego warunków udziału w danym postępowaniu przetargowym ma na celu cenę zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia, tak aby zminimalizować ryzyko nienależytego jego wykonania. Stąd, określając warunki udziału w postępowaniu zamawiający zawsze zobowiązany jest przestrzegać zasad wynikających z regulacji art. 112 ust. 1 ustawy Pzp tj. warunki udziału w postępowaniu muszą być proporcjonalne do przedmiotu zamówienia i być sformułowane w taki sposób, aby zamawiający mógł dokonać właściwej oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Tylko w taki sposób sformułowane warunki udziału w postępowaniu umożliwiają otwarcie rynku dla tych wykonawców, którzy swoimi doświadczeniem gwarantują pewność, co do rzetelnego i prawidłowego wykonania zamówienia.

Podkreślić przy tym należy, że ustawodawca nie nałożył na zamawiających obowiązku formułowania warunków w taki sposób, który w pełni odzwierciedla przedmiot zamówienia, lecz pozostawił zamawiającym swobodę w tym zakresie, stwierdzając jedynie,

że warunki udziału w postępowaniu muszą być proporcjonalne do przedmiotu zamówienia, a zatem opisane w taki sposób, aby niezasadnie nie ograniczały dostępu wykonawcom do rynku zamówień publicznych.

Należy też zaznaczyć, że niezależnie od powyższych zasad, odnoszących się do sposobu formułowania warunków, jeśli te znalazły się w treści SWZ to podlegają one w pierwszej kolejności wykładni literalnej. Powyższe stanowi gwarancję obiektywizmu

zamawiającego w procesie weryfikacji zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia, jak również stanowi narzędzie realizujące zasadę równego traktowania wykonawców. Tym

samym wszelkie nieujawnione w dokumentach zamówienia oczekiwania, intencje czy interpretacje zamawiającego nie mogą decydować o treści warunku. Na etapie badania i oceny ofert zamawiający nie może interpretować wymagań SWZ w sposób bardziej rygorystyczny, niż to wynika z literalnego jej brzmienia, albowiem prowadziłoby to do nieuprawnionej zmiany albo co najmniej istotnej modyfikacji warunku, co powodowałoby w konsekwencji naruszenie naczelnych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych, a zatem równego traktowania i uczciwej konkurencji.

Tym samym zamawiający, formułując treść SWZ, w tym opisując warunki udziału w postępowaniu winien to czynić w taki sposób, aby brzmienie SWZ nie rodziło żadnych wątpliwości interpretacyjnych na dalszym etapie postępowania, w tym przede wszystkim podczas oceny spełniania danego warunku przez wykonawcę. Co istotne w niniejszej sprawie, zamawiający nie może także na etapie oceny ofert dokonywać dowolnej interpretacji treści warunków, dopowiadać treści nie ujętych w dokumentach zamówienia, jak też oczekiwać od wykonawcy, że dostosuje się do owych zwiększonych, nie wynikających z treści SWZ, wymagań.

W kontekście powyższego, należy przypomnieć, że zamawiający opisując

w Rozdziale VI SWZ warunki, jakie spełniać muszą wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia wraz ze sposobem dokonywania oceny tych warunków wskazał, że w zakresie posiadanego doświadczenia wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, wykonał należycie: co najmniej jedną usługę polegającą na utrzymaniu zieleni w zakresie określonym jako przedmiot zamówienia o wartości nie mniejszej niż 200 000 zł. brutto. Tym samym wymagania zamawiającego należy odczytywać w ten sposób, że: wykonawca miał wylegitymować się doświadczeniem w realizacji usług polegających na utrzymaniu zieleni w zakresie określonym jako przedmiot zamówienia; usługa miała zostać wykonana w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert; wartość zamówienia miała być nie mniejsza niż 200 000,00 zł. brutto. Co zatem istotne zamieszczony w treści SWZ warunek, odnoszący się do posiadanego przez wykonawcę doświadczenia, jest w swojej treści bardzo ogólny, w szczególności oprócz stwierdzenia, że wykonawca musi wylegitymować się doświadczeniem „w zakresie określonym jako przedmiot zamówienia" nie precyzuje on jakiego rodzaju czynności mają być wykazane w ramach referencyjnego zamówienia. W świetle wyżej poczynionych wywodów, jeśli brak jest takiego jednoznacznego wskazania, że w zakres wykonanych usług muszą wchodzić określone elementy, to na etapie oceny ofert, zamawiający nie ma możliwości rozszerzenia swoich wymagań, czy też dokonywania interpretacji treści warunku w sposób, który nie został wyartykułowany wprost w treści SWZ.

Izba dostrzegła wprawdzie, że zamawiający wzywał wykonawcę WW-Serwis zarówno do złożenia wyjaśnień, jak też do uzupełnienia treści wykazu usług i referencji, gdyż jego zdaniem złożony wykaz i referencja nie potwierdzały zrealizowania w ramach zamówienia szeregu czynności, które wynikały z opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający słusznie jednak przyznał w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie, że powyższe wezwanie było nieuprawnione w tym znaczeniu, że wykraczało poza wymagania określone w treści warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający przytoczył wykonawcy WW-Serwis w treści pisma które usługi nie zostały wykazane w celu spełnienia warunków udziału w postepowaniu, a które to jego zdaniem treść warunku obejmowała. Izba podziela ocenę zamawiającego, że swoim wezwaniem naruszył on przepisy ustawy Pzp, dokonując interpretacji treści SWZ wbrew literalnemu jej brzmieniu, jedynym wprost określonych w SWZ wymaganiem było wykazanie się usługami polegającymi na utrzymaniu zieleni w zakresie określonym jako przedmiot zamówienia a z kolei przedmiotem zamówienia były usługi utrzymania zieleni.

Odnosząc powyższe do treści wykazu usług, złożonego przez WW-Serwis, jak też złożonych referencji, na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, należy dojść do przekonania, że druga z wymienionych usług, zrealizowana na rzecz wykonawcy: Usługi Zieleni CIS spełnia warunek postawiony przez zamawiającego. Zgodnie z treścią wykazu usługa ta polegała na utrzymaniu zieleni oraz utrzymaniu czystości, usługa była wykonana w okresie ostatnich 3 lat, a wartość umowy wyniosła 759 369,00 zł. Tym samym

wszystkie elementy, wymienione w treści warunku, a wymagane przez zamawiającego - zostały spełnione.

Odnosząc się z kolei do dowodów przedłożonych przez odwołującego w piśmie z 28 kwietnia 2022 r. w postaci wniosku odwołującego, skierowanego do Zarządu Zieleni Miejskiej we Wrocławiu z 14 kwietnia 2022 r. z wnioskiem o udostępnienie informacji publicznej oraz odpowiedzi na ten wniosek z treści których wynikać ma, że WW-Serwis nie świadczył usług na rzecz wykonawcy Usługi Zieleni CIS, jako jego podwykonawca, realizując zamówienie dla Zarządu Zieleni Miejskiej we Wrocławiu należy zaznaczyć, że argumentacja odwołującego, podnoszona na rozprawie nie może zostać wzięta pod uwagę przy orzekaniu, gdyż wykracza poza treść zarzutów sformułowanych w treści złożonego odwołania.

Takie działanie jest niedopuszczalne w świetle przepisu art. 555 ustawy Pzp, zgodnie z którym Izba może orzekać wyłącznie co do zarzutów zawartych w odwołaniu. Przy tym należy zaznaczyć, że zarzut odwołania stanowi wskazanie czynności lub zaniechanej czynności zamawiającego oraz okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających jego wniesienie. Zakaz orzekania ponad zarzuty sformułowane w odwołaniu związany jest z koniecznością takiego skonkretyzowania zarzutów w treści wniesionego odwołania, aby zarówno zamawiający wiedział jakie czynności wykonał niezgodnie z przepisami, lub też jakich czynności zaniechał i w związku z tym jakie przepisy naruszył. Treść i zakres zarzutu wyznaczają okoliczności faktyczne, w których odwołujący upatruje niezgodność działania zamawiającego z ustawą (tak np. w wyroku z 4 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 500/20).

Wykonawca w odwołaniu musi zatem wskazać treść przepisu, który został przez zamawiającego naruszony, a ponadto powinien w uzasadnieniu faktycznym podać wszystkie okoliczności, celem potwierdzenia zasadności swoich twierdzeń. Jeśli tego nie zrobi, to taki błąd nie da się naprawić poprzez uzupełnienie argumentacji w tym zakresie, zawartej w piśmie procesowym czy też na rozprawie. Gdyby bowiem dopuścić taką możliwość zamawiający nie mógłby przygotować się na odparcie zarzutów, czy też ewentualne uwzględnienie odwołania, z kolei przystępujący po jego stronie wykonawcy zostaliby pozbawieni szansy obrony swoich praw (często ich interes w przystąpieniu polega na tym, że bronią zasadności dokonania wyboru ich oferty, jako najkorzystniejszej w postępowaniu). Nie można też pomijać kwestii, że ustawodawca przewidział określone terminy graniczne, w których możliwe jest wniesienie odwołania, tym samym dopuszczenie możliwości rozszerzania zarzutów odwołania na rozprawie powodowałoby, że termin na złożenie odwołania zostałby wydłużony.

Tym samym, jeśli w treści samego odwołania wykonawca wyraźnie i wprost nie podniósł określonych okoliczności, jak w tym przypadku dotyczących tego, że WW-Serwis nie był w rzeczywistości podwykonawcą firmy Usługi Zieleni CIS - ich późniejsze wskazywanie nie może być brane pod uwagę przez Izbę przy orzekaniu, choćby okoliczności te mieściły się w ramach ogólnie wskazanej podstawy faktycznej zarzutu (tak też w wyroku z 16 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO 433/18; wyroku z 13 marca 2020 r., sygn. akt KIO 431/20).

Tym samym, sformułowany przez odwołującego zarzut należało oddalić, gdyż w zakresie argumentacji podnoszonej w treści odwołania, zarzuty naruszenia wskazywanych przepisów ustawy Pzp nie potwierdziły się.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz §8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodniczący: .....