Sygn. akt: KIO 2949/22

WYROK

z dnia 18 listopada 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolantka: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 listopada 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 listopada 2022 r. przez

wykonawcę M-Kompleks Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinku przy ul. Klasztornej 9 (78 - 400 Szczecinek) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Zakład Gospodarki Mieszkaniowej Towarzystwo Budownictwa Społecznego Sp. z o. o. z siedzibą w Szczecinku przy ul. Cieślaka 6b (78-400 Szczecinek)

przy udziale wykonawcy M. M. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Firma Usługowa Małgorzata Maciupa z siedzibą w Szczecinku przy ul. C. Skłodowskiej 18 (78-400 Szczecinek), zgłaszającego przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę M-Kompleks Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinku i zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez tego wykonawcę

tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710) 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 2949/22

Zakład Gospodarki Mieszkaniowej Towarzystwo Budownictwa Społecznego Sp. z o. o. z siedzibą w Szczecinku zwana dalej: „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1710), zwanej dalej: „Pzp”, w trybie podstawowym pn.: Jesienno-zimowe utrzymanie porządku i czystości terenów, chodników, nieruchomości stanowiących własność Spółki oraz własność Miasta, zarządzanych przez Zakład Gospodarki Mieszkaniowej Towarzystwo Budownictwo Społecznego Sp. z o.o., ul. Cieślaka 6b w Szczecinku, zwane dalej „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych

w dniu 12 października 2022 r., pod numerem 2022/BZP 00388809/01.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi, jest niższa od kwot wskazanych w aktach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

W dniu 7 listopada 2022 r. wykonawca M-Kompleks Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinku (zwany dalej: „odwołującym") wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego polegających na czynności oceny ofert i wyborze jako najkorzystniejszej i jednocześnie zaniechaniu odrzucenia oferty przedsiębiorcy działającego pod nazwą: Firma Usługowa M. M., pomimo że treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia określonymi w Specyfikacji Warunków Zamówienia (zwanej dalej jako: „SWZ").

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp przez zaniechanie odrzucenia i wybór oferty wykonawcy, który nie posiada zdolności technicznej lub zawodowej w postaci wykonania lub wykonywania w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert usług polegających na jesienno-zimowym utrzymaniu czystości i porządku, o łącznej wartości nie mniejszej niż 100.000,00 zł brutto;

2) art. 226 ust. 8 Pzp przez zaniechanie odrzucenia i wybór oferty wykonawcy, która zawiera rażąco niską cenę, tj. cenę aż o 52,26 % niższą od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10;

3) art. 224 ust. 2 pkt 1) Pzp w zw. z art. 224 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wyjaśnienia przez zamawiającego oferty wykonawcy, pomimo zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 224 ust. 2 pkt 1) Pzp, a w konsekwencji wybór oferty wykonawcy, która zawiera rażąco niską cenę, tj. cenę aż o 52,26 % niższą od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 Pzp.

Z uwagi na wskazane wyżej zarzuty odwołujący wniósł o:

- unieważnienie czynności wyboru „najkorzystniejszej oferty" i czynności oceny ofert, tj. oferty przedsiębiorcy działającego pod nazwą: Firma Usługowa M. M.;

- wykluczenia z udziału w postępowaniu w/w. oferenta;

- dokonanie ponownej oceny ofert i czynności wyboru oferty odwołującego;

- zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji wg przedstawionych na rozprawie rachunków.

Odwołujący wyjaśnił, że ma interes we wniesieniu odwołania, ponieważ jego oferta była najkorzystniejszą, jeśli zamawiający dokonałby wyboru oferty w warunkach określonych w SWZ. W konsekwencji uwzględnienia odwołania, oferta przedsiębiorcy działającego pod nazwą: Firma Usługowa M. M. zostanie odrzucona, zaś oferta odwołującego powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza, ewentualnie zamawiający powinien przystąpić do trybu negocjacji zgodnie z SWZ. W konsekwencji odwołujący uznał, że posiada interes we wniesieniu odwołania. Ponadto wskazał, że nieuwzględnienie odwołania i utrzymanie w mocy czynności wyboru przez zamawiającego jako najkorzystniejszej oferty przedsiębiorcy działającego pod nazwą: Firma Usługowa M. M. spowoduje poniesienie przez odwołującego szkody. Utrata możliwości uzyskania pozytywnego dla niego rozstrzygnięcia postępowania przez wybór jego oferty jako najkorzystniejszej, a tym samym osiągnięcia przychodu i zysku z realizacji zamówienia, stanowi szkodę odwołującego uzasadniającą złożenie odwołania.

W uzasadnieniu dla zarzutów z pkt 1 odwołujący w pierwszej kolejności zwrócił uwagę na treść warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, określonego w rozdziale VI pkt 3 SWZ.

W dalszej kolejności odwołujący wskazał, że z treści pierwszego listu referencyjnego (który nie posiada oznaczenia daty) złożonego wraz z ofertą wynikało, że od dnia 2 stycznia 2017 r. Firma Usługowa M. M. odpowiada za całoroczne utrzymanie czystości i porządku terenów chodników, parkingów firm zewnętrznych. Brak w tych referencjach było jednak wartości wykonanych usług. Pismem z dnia 25 października 2022 r., na podstawie art. 128 Pzp zamawiający wezwał oferenta, do uzupełnienia dokumentów oraz podmiotowych środków dowodowych, w tym w szczególności: podmiotu, na rzecz którego usługi zostały wykonane oraz w załączonych referencjach kwoty wykonywanych usług oraz daty ich wystawienia. W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, oferent złożył załącznik nr 7 do SWZ (Doświadczenie wykonawcy) oraz kolejny list referencyjny z dnia: 26 października 2022 r. z którego wynikało, że od dnia 2 stycznia 2017 r. Firma Usługowa M. M. odpowiada za

całoroczne utrzymanie czystości i porządku terenów, chodników, parkingów firm zewnętrznych, zaś usługi te są wykonywane za kwotę powyżej 100.000 zł.

W ocenie odwołującego:

- przedłożony przez oferenta i wypełniony załącznik nr 7 do SWZ (doświadczenie wykonawcy) nie potwierdza, że w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert oferent ma doświadczenia, o łącznej wartości nie mniejszej niż 100.000,00 zł brutto w zakresie jesienno-zimowego utrzymaniu czystości i porządku (oferent wskazał bowiem okres od 2 stycznia 2017 r. i odpowiadającą mu kwotę 100.000 zł);

- przedłożony przez oferenta list referencyjny z dnia: 26 października 2022 r. również nie potwierdza, że w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert oferent ma doświadczenia, o łącznej wartości nie mniejszej niż 100.000,00 zł brutto w zakresie jesienno-zimowego utrzymaniu czystości i porządku (oferent wskazał bowiem okres od 2 stycznia 2017 r. i odpowiadającą mu kwotę 100.000 zł);

oba przedstawione przez oferenta dokumenty wskazują okres 5 lat i 10 miesięcy nie zaś ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, co uniemożliwia zweryfikowania czy oferent: Firma Usługowa M. M. może, zgodnie z rozdziałem VI pkt 3 SWZ (zdolność techniczna lub zawodowa), posiada odpowiednią zdolność techniczną i zawodową, a w konsekwencji może ubiegać się o udzielenie zamówienia.

W zakresie pozostałych zarzutów odwołujący wyjaśnił, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej powszechnie przyjmuje się, że za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej. O cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, iż przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne (m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 maja 2022 r. KIO 936/22). Jednocześnie, zgodnie z dyspozycją art. 537 pkt 1 i 2 Pzp w postępowaniu odwoławczym ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego albo na zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Jak zauważył odwołujący w przedmiotowej sprawie:

- średnia arytmetyczna cen wszystkich złożonych ofert wynosi: 364.818,65 zł;

- cena wybranej oferty wynosi: 174.148,80 zł;

- różnica między średnią a ceną oferty wynosi aż: 52,26 %.

Ponadto odwołujący wskazał, że w okresie jesienno-zimowym 2021/2022, tożsama usługa była wykonywana za kwotę 289.900,00 zł (w okresie 6,5 miesiąca).

Wobec powyższego w opinii odwołującego:

- Firma Usługowa M. M. - nie posiada zdolności technicznej i zawodowej umożliwiającej jej realizację zamówienia;

- złożona przez Firmę Usługową M. M. oferta, zawiera rażąco niską cenę, która nie wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia, aktualna sytuacja rynkowa wskazuje znaczny wzrost inflacji, wzrost wynagrodzeń (w tym minimalnego), a w konsekwencji znaczny wzrost cen towarów i usług.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca M. M. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Firma Usługowa M. M. z siedzibą w Szczecinku. Ww. wykonawca już piśmie zawierającym zgłoszenie przystąpienia przedstawił stanowisko procesowe dla wniosku o oddalenie odwołania jako bezzasadnego.

W dniu 16 listopada 2022 r. zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której przestawił argumentację dla wniosku o oddalenie odwołania.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, złożonych dowodów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 ust. 1-3 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia przez wykonawcę M. M. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Firma Usługowa M. M. z siedzibą w Szczecinku (zwanego dalej: „przystępującym"), do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego. W związku z tym ww. wykonawca stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Izba uznała, że odwołujący wykazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Tym samym skład orzekający uznał za bezzasadne stanowiska zamawiającego oraz przystępującego odnoszące się do braku interesu odwołującego lub ograniczenia tego interesu w związku z niespełnieniem warunku udziału w postepowaniu oraz przekroczeniem ceny oferty odwołującego ponad kwotę przeznaczoną przez zamawiającego na realizację zamówienia. Jak wynikało z okoliczności faktycznych sprawy oferta odwołującego nie została odrzucona w związku z tym stanowisko zamawiającego w kwestii niespełnienia przez odwołującego warunku udziału w postępowaniu, podniesione podczas przebiegu postępowania odwoławczego nie mogło zostać wzięte pod uwagę przez skład orzekający, gdyż nie znalazło potwierdzenia w czynności podjętej w ramach prowadzonego postępowania przetargowego.

Wpływu na zakwestionowanie interesu w uzyskaniu zamówienia nie miało także stanowisko przystępującego koncentrujące się na okoliczności przekroczenia kwoty przeznaczonej przez zamawiającego na sfinansowanie zamówienia przez cenę wynikającą z oferty odwołującego. Przystępujący w tym zakresie złożył także oświadczenie zamawiającego z dnia 10 listopada 2022 r. Przedmiotowa okoliczność, w ocenie Izby, nie mogła spowodować rozstrzygnięcia o braku interesu odwołującego w uzyskaniu zamówienia ponieważ nie wiadomo jak ostatecznie zachowałby się zamawiający po ewentualnym uwzględnieniu odwołania. Szczególnie mając na uwadze fakt, że oferta odwołującego została sklasyfikowana w rankingu ofert na drugiej pozycji. Tym samym oświadczenie z dnia 10 listopada 2022 r. złożone przez zamawiającego skład orzekający potraktował jako przygotowane wyłącznie na potrzeby toczącego się postępowania przed Izbą.

Izba doszła do przekonania, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała odwołanie na rozprawę.

Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego:

1) dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, zapisaną na płycie CD, przesłaną do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 16 listopada 2022 r., w tym w szczególności:

- specyfikację warunków zamówienia (zwaną dalej nadal jako: „SWZ") wraz z załącznikami;

- ofertę złożoną przez przystępującego oraz dokumenty złożone przez tego wykonawcę wraz z ofertą, w tym przede wszystkim wypełniony załącznik nr 7 do SWZ (Doświadczenie wykonawcy) oraz list referencyjny;

- wezwanie do uzupełnienia dokumentów oraz podmiotowych środków dowodowych z dnia 25 października 2022 r. skierowane do przystępującego;

- dokumenty złożone przez przystępującego w dniu 26 października 2022 r. w odpowiedzi na powyższe wezwanie;

- zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 2 listopada 2022 r.

2) dokumenty załączone do pisma przystępującego zawierającego zgłoszenie przystąpienia:

- oświadczenie zamawiającego z 10 listopada 2022 r.;

- formularz ofertowy odwołującego z dnia 12 września 2022 r.;

- zaświadczenie Zakładu Obsługi Nieruchomości;

- dwa zaświadczenia Spółdzielni Przyjezierze.

Izba nie zaliczyła na poczet materiału dowodowego załączników do odpowiedzi na odwołanie tj. wcześniej zawartych umów na realizacji analogicznych usług, zestawień wpłat

oraz materiałów ze wcześniejszego przetargu.

Zamawiający na posiedzeniu niejawnym wyjaśnił, że przedłożone umowy miały potwierdzić doświadczenie przystępującego, w kontekście spełnienia warunku udziału w postępowaniu, w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej. Podobne znaczenie miały zestawienia załączone do odpowiedzi na odwołanie, tzn. miały wskazywać, że rozliczenia prowadzone z przystępującym na potrzeby wcześniejszych umów przekraczały 100 tys. zł. Natomiast wyciąg z wcześniejszej dokumentacji miał potwierdzać działania odwołującego, polegające na rozmyślnym podwyższeniu ceny w stosunku do pierwszego zamówienia, które zostało unieważnione.

W ocenie składu orzekającego powyżej wskazane dokumenty załączone do odpowiedzi na odwołanie należało uznać za nieprzydatne dla rozstrzygnięcia przez co zostały przywołane jedynie dla zwłoki. Jeśli chodzi o umowy oraz zestawienia wpłat, Izba doszła do przekonania, że były one niezwiązane z okolicznościami podniesionymi w odwołaniu, ponieważ przystępujący w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu wskazał na inne usługi niż te, które świadczył do tej pory na rzecz zamawiającego. W przypadku materiałów z pierwszego przetargu skład orzekający uznał, że odnosiły się do treści oferty odwołującego. Przy czym odwołanie odnosiło się wyłącznie do oferty przystępującego i okoliczności dotyczące oferty odwołującego pozostawały irrelewantne w kontekście rozstrzygnięcia. W związku z tym Izba mając na uwadze dyspozycję zawartą w art. 541 Pzp odmówiła zaliczenia ww. dokumentów na poczet materiału dowodowego uznając, że przeprowadzenie dowodów w tym zakresie doprowadziłoby wyłącznie do nieuzasadnionego wydłużenia postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła co następuje

W rozdziale VI pkt 3 SWZ zamawiający opisał warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej. Treść tego warunku była następująca: Wykonanie lub wykonywanie w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert usług polegających na jesienno-zimowym utrzymaniu czystości i porządku, o łącznej wartości nie mniejszej niż 100.000,00 zł brutto, poświadczonych, że usługi te zostały wykonane lub są wykonywane w sposób należyty.

W celu spełnienia przedmiotowego warunku przystępujący wraz ofertą złożył wypełniony załącznik nr 7 do SWZ (Doświadczenie wykonawcy) oraz list referencyjny.

Zamawiający pismem z dnia 25 października 2022 r. wezwał przystępującego na podstawie art. 128 Pzp do uzupełnienia dokumentów oraz podmiotowych środków

dowodowych. Wezwanie dotyczyło załącznika nr 7 do SWZ. Zamawiający w treści wezwania wskazał m. in., że Wykonawca nie wskazał w załączniku nr 7 do SWZ ”podmiotu na rzecz którego usługi zostały wykonane” oraz w załączonych referencjach brak jest kwoty wykonywanych usług oraz daty ich wystawienia.

W dniu 26 października 2022 r. przystępujący uzupełnił dokumenty zgodnie z wezwaniem od zamawiającego. W tym dniu przystępujący złożył załącznik nr 7 do SWZ, w którym została wypełniona pozycja dotycząca podmiotu na rzecz którego usługi zostały wykonane (przystępujący wskazał w tym miejscu podmiot Firma Usługowa HYDRO M. S.) oraz list referencyjny wystawiony przez podmiot wskazany w wypełnionym załączniku nr 7 do SWZ, który zawierał m. in. datę wystawienia (26 listopada 2022 r.) oraz kwotę wykonywanych usług (powyżej 100 tys. zł).

Zamawiający nie wzywał przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

W dniu 2 listopada 2022 r. zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu. Jako najkorzystniejsza została wybrana oferta przystępującego. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugiej pozycji w rankingu.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp - Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu;

- art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp - Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;

- art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp - W przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;

- art. 224 ust. 1 Pzp - Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.;

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

W zakresie zarzutu podniesionego w pkt 1 petitum odwołania Izba w znacznej mierze przyjęła i uznała za własną argumentację przystępującego stwierdzając, że zamawiający w treści warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej nie dookreślał ani ilości umów, w ramach których należało wykazać spełnienie przedmiotowego warunku, ani nie

uszczegóławiał zwrotu odnoszącego się do jesienno-zimowego porządku i czystości, czy to w zakresie przedmiotowym, czy czasowym. Podmiotowym środkiem dowodowym w tym zakresie był wymagany wykaz usług wraz z podaniem ich przedmiotu, wartości, terminów realizacji i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane lub są wykonywane wraz z załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie. W ocenie zamawiającego pierwotnie złożone przez przystępującego dokumenty, na potwierdzenie spełnienia ww. warunku, zawierały braki (wykaz usług nie zawierał nazwy podmiotu, na rzecz którego wykonuje usługi, a referencje były pozbawione daty oraz potwierdzenia kwoty). Po wezwaniu zamawiającego z dnia 25 października 2022 r. braki te zostały uzupełnione.

W ocenie składu orzekającego przedłożone przez przystępującego dokumenty w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego (wykaz usług oraz list referencyjny) potwierdziły spełnianie przez tego wykonawcę wymogu w zakresie doświadczenia. Przede wszystkim należy wskazać, że w zakresie wymogu wykazania usług świadczonych w okresie ostatnich 3 lat przed terminem składania ofert - dla oceny spełniania wymogu czasowego - decydujące znaczenie ma data zakończenia wykonywania usług, która faktycznie nie może być oddalona bardziej od terminu składania ofert, aniżeli trzy lata. Nie jest zatem decydująca data rozpoczęcia świadczenia usług, która może wybiegać poza okres trzyletni. Tym samym argument odwołującego polegający na twierdzeniu, że usługi wskazane w wykazie nie spełniają wymogu ponieważ ich rozpoczęcie miało miejsce ponad 5 lat temu - okazał się chybiony. W istocie po uzupełnieniu wykaz zawierał wszystkie niezbędne elementy wymagane przez zamawiającego: przedmiot zamówienia, wskazanie wartości zamówienia, termin rozpoczęcia i zakończenia zamówienia oraz nazwę podmiotu na rzecz którego usługi zostały wykonane. Rola z kolei tzw. referencji została określona w SWZ i jest zgodna z definicją wskazaną w Rozporządzeniu Ministra Rozwoju, pracy i technologii w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy. Rolą tego dokumentu jest potwierdzenie, że usługi wykazane w wykazie zostały wykonane należycie. To zatem wykonawca oświadcza, że wykazywane usługi odpowiadają wymogowi usług określonych w SWZ, a załączone dowody, którymi mogą być tzw. referencje mają odnosić się do wskazanych usług i potwierdzać, że zostały wykonane należycie. Tym samym w ocenie Izby wykaz wraz z referencjami ma stanowić wynikową całość i oba te dokumenty należy analizować łącznie w kontekście oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Izba uznała, że w przypadku złożonych przez przystępującego dokumentów tak właśnie się stało - tj. list referencyjny odnosił się do usług wskazanych w wykazie i potwierdzał należyte ich wykonanie oraz potwierdzał minimalną kwotę usług tj. 100.000 zł. Oceniając zatem kompleksowo oba złożone przez przystępującego dokumenty (wykaz usług oraz referencje) oraz mając na uwadze argumentację odwołującego, Izba nie miała żadnych podstaw do uwzględnienia przedmiotowego zarzutu. Odwołujący nie wykazał jaki element oświadczenia zawartego w wykazie usług po jego uzupełnieniu miałby decydować o braku potwierdzenia spełnienia tego warunku. Stanowisko odwołującego zawarte w odwołaniu zawierało ogólnikowe i nieudowodnione twierdzenia i dopiero na rozprawie odwołujący próbował konkretyzować wątpliwości co do spełnienia przedmiotowego warunku przez przystępującego. Izba nie wzięła pod uwagę argumentacji odwołującego w tym zakresie ponieważ należało ją uznać za

spóźnioną, a ponadto w dalszym ściągu pozostała ona gołosłowna, gdyż odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu, który mógłby potwierdzić jego stanowisko lub chociażby wzbudzić wątpliwości co spełnienia warunku przez przystępującego. Tym samym Izba stwierdziła, że odwołujący nie udźwignął ciężaru dowodu jaki na nim spoczywał.

W związku z powyższym Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp.

Nie mógł znaleźć potwierdzenia także zarzut wskazany w pkt 2 petitum odwołania. Zgodnie z art. 224 ust. 6 Pzp odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Z przedmiotowego przepisu wynika, że nie jest możliwe odrzucenie oferty tylko i wyłącznie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp, gdyż odrzucenie oferty z powodu rażąco niskiej ceny lub kosztu może nastąpić wyłącznie po uprzednim przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego. W okolicznościach przedmiotowej sprawy przystępujący nie był wzywany do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, stąd też zarzut odnoszący się do zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy jako zawierającej rażąco niską cenę musiał zostać został oddalony.

W przypadku ostatniego z podnoszonych w odwołaniu zarzutów Izba doszła do przekonania, że odwołujący - podobnie jak w zakresie pierwszego zarzutu - nie sprostał ciężarowi dowodowemu w celu wykazania słuszności stawianego zarzutu. Odwołujący niezasadnie uznał, że w przedmiotowym stanie faktycznym ciężar dowodowy w zakresie postawionego zarzut spoczywał na przystępującym. Jak wynika z ugruntowanego orzecznictwa Izby w przypadku podnoszenia zarzutu zaniechania do wzywania wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny - ciężar dowodu spoczywa na odwołującym (zob. wyrok z dnia 16 września 2021 r. sygn. akt KIO 2202/21 lub wyrok z dnia 17 marca 2022 r. sygn. akt KIO 551/22, KIO 578/22).

Jak słusznie zauważył przystępujący w odwołaniu próżno szukać odniesienia się do opisu przedmiotu zamówienia, zakresu zamówienia, wskazania elementów kosztotwórczych zamówienia, czy chociażby próby wykazania, że cena zaproponowana przez

przystępującego była ceną nierynkową, nierealną z uwagi na poziom kosztów tego konkretnie zamówienia. Jedynym argumentem odwołującego podanym w odwołaniu jest rozbieżność ceny oferty przystępującego w stosunku do ofert pozostałych wykonawców. Ponadto odwołujący hasłowo i bardzo ogólnikowo powołał się aktualną sytuację rynkową wskazując znaczny wzrost inflacji oraz wzrost wynagrodzeń (w tym minimalnego), bez jakiegokolwiek odniesienia się do tego konkretnego przedmiotu zamówienia.

Odwołujący dopiero na rozprawie próbował formułować i precyzować postulaty w zakresie konieczności wezwania przystępującego do wyjaśnień rażąco niskiej ceny wskazując na to, że przystępujący nie jest w stanie wykonać zamówienia przy użyciu sprzętu, który deklarował w piśmie procesowym oraz podkreślał błąd w wyliczeniach minimalnego wynagrodzenia o pracę. Jednakże stanowisko odwołującego w dalszym ciągu pozostawało mało konkretne i nie zostało poparte żadnymi wyliczeniami czy też innymi dowodami. Z tych względów Izba, podobnie jak w przypadku zrzutu pierwszego, stanowisko odwołującego podniesione na rozprawie uznała za spóźnione i gołosłowne.

Ponadto odwołujący na rozprawie w celu poparcia swojego stanowiska przywołał treść wyroku Sądu Okręgowego z dnia 18 maja 2021 r. o sygn. akt XXIII Zs 17/21. W ocenie Izby

powyżej wskazane orzeczenie w żaden sposób nie potwierdzało stanowiska odwołującego. Przedmiotowy wyrok był efektem skargi złożonej przez odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 3127/22. W wyroku zapadłym w niniejszej sprawie Izba oddaliła odwołanie, w tym także zarzut odnoszący się do zaniechania wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Sąd podtrzymał de facto wyrok Izby ponieważ oddalił skargę, a w uzasadnieniu orzeczenia stwierdził m. in., że Warto podkreślić, ze wskaźnik 30-procentowej różnicy o którym mowa w art. 90 ust. 1 Pzp ma charakter pomocniczy, ale również nie jest decydujący i odnosi się jedynie do porównywania całkowitej ceny oferty. (...) Nawet bowiem wtedy, gdy obowiązek taki wynika z uwagi na powstanie ponad 30-procentowej rozbieżności pomiędzy ceną całkowitą oferty a wartością zamówienia lub średnią arytmetyczną cen wszystkich ofert, to zamawiający może odstąpić od żądania wyjaśnień wykonawcy, gdy rozbieżność wnika z okoliczności, które nie wymagają wyjaśnienia.

Tym samym Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 224 ust. 2 pkt 1) Pzp w zw. z art. 224 ust. 1 Pzp.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie podlegało oddaleniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 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 od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez odwołującego.

Ponadto Izba nie zasądziła na rzecz zamawiającego kosztów reprezentacji, ponieważ pełnomocnik zamawiającego składając wniosek dotyczący tych kosztów odwołał się tylko do norm przepisanych i nie złożył rachunku czy też spisu kosztów w tym zakresie. Zgodnie natomiast z treścią § 5 pkt 2 ww. rozporządzenia koniecznym jest złożenie do akt sprawy rachunków lub spisu kosztów.

Przewodniczący: .....