Sygn. akt: KIO 710/23

WYROK

z dnia 28 marca 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Kuszel - Kowalczyk

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 marca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 marca 2023 r. przez wykonawcę S. K. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy KOM - BŁYSK S. K. z siedzibą w Gniechowicach postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Zakład Gospodarki Mieszkaniowej w Kątach Wrocławskich

przy udziale wykonawcy W. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi ogrodniczo porządkowe WW-Serwis W. W. z siedzibą w Tyńcu nad Ślężą zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 16 pkt 1) i 2) ustawy Prawo zamówień publicznych i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert w tym wezwanie wykonawcy W. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi ogrodniczo porządkowe WW-Serwis W. W. z siedzibą w Tyńcu nad Ślężą na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych do złożenia podmiotowych środków dowodowych wymaganych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale VII ust. 2 pkt 4 specyfikacji warunków zamówienia;

2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie

3. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego - S. K. prowadząca działalność

gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy KOM - BŁYSK S. K. z siedzibą w Gniechowicach w części 1/2 i Zamawiającego Zakład Gospodarki Mieszkaniowej w Kątach Wrocławskich w części 1/2 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, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez Odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę 486 zł 68 gr (słownie: czterysta osiemdziesiąt sześć złotych sześćdziesiąt osiem groszy) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez Odwołującego tytułem dojazdu oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

3.2. zasądza od Zamawiającego Zakład Gospodarki Mieszkaniowej w Kątach Wrocławskich na rzecz Odwołującego S. K. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy KOM - BŁYSK S. K. z siedzibą w Gniechowicach kwotę 3 993 zł 34 gr (słownie: trzy tysiące dziewięćset dziewięćdziesiąt trzy złote trzydzieści cztery groszy),

3.3. koszty wynagrodzenia pełnomocników znosi się wzajemnie.

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 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 710/23

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

Zamawiający Zakład Gospodarki Mieszkaniowej w Kątach Wrocławskich w trybie podstawowym prowadzi postepowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Utrzymanie zieleni w obrębie miasta Kąty Wrocławskie, nr postępowania: ZP 271.6.2023. Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczono w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2023/BZP 00103048 z dnia 2023-02-20. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm., dalej „ustawa Pzp”). Wartość

szacunkowa zamówienia nie przekracza progów unijnych, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 13 marca 2023 r. wykonawca S. K. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy KOM - BŁYSK S. K. z siedzibą w Gniechowicach (dalej jako „Odwołujący") wniósł odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności i zaniechaniu Zamawiającego polegających na:

1) wyborze jako oferty najkorzystniejszej, oferty Wykonawcy Usługi ogrodniczo-porządkowe WW-Serwis W. W. , Tyniec nad Ślęzą, ul. Cicha 1a, 55- 040 Kobierzyce, (dalej: WW Serwis W. W. ), pomimo tego, że Wykonawca nie został wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, a także nie wykazał, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu;

2) zaniechaniu wezwania wykonawcy WW Serwis W. W.do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych na podstawie art. 224 ust 2 pkt 1 ustawy Pzp pomimo tego, że cena jego oferty jest o ponad 30% niższa od średniej arytmetycznej cen złożonych ofert;

3) błędnej ocenie i analizie złożonych podmiotowych środków dowodowych tj. Wykazu Usług, co spowodowało, że został wybrany wykonawca, który, jak wynika z przedłożonych podmiotowych środków dowodowych, nie spełnia warunku udziału w postępowaniu dot. zdolności technicznej i zawodowej, określonej w SWZ.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, poprzez bezpodstawne zaniechanie wezwania wykonawcy WW Serwis W. W. do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny, pomimo tego, iż cena złożonej oferty jest o 30% niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu;

2) art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy WW Serwis W. W. do uzupełnienia dokumentów, które potwierdzałyby, że Wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej i zawodowej,

pomimo tego, że złożone przez Wykonawcę podmiotowe środki dowodowe nie dały podstaw do uznania, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu;

3) art. 226 ust 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp, poprzez wybór najkorzystniejszej oferty wykonawcy WW Serwis W. W. , pomimo tego, że Wykonawca nie wykazał, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej i zawodowej określone w SWZ;

4) art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także powodujący brak przejrzystości, co przejawiło się: wyborem jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy, który nie wykazał, iż spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej i zawodowej, a także zaoferował cenę rażąco niską.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienie czynności wyboru oferty Wykonawcy WW Serwis W. W. ;

2) powtórzenie czynności badania i oceny ofert w postępowaniu.

Ponadto Odwołujący wnosił o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów zastępstwa procesowego przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Uzasadniając zarzuty Odwołujący wskazał co następuje:

Odwołujący podał, że Zakład Gospodarki Mieszkaniowej w Kątach Wrocławskich prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Utrzymanie zieleni na terenie Miasta Kąty Wrocławskie. W dniu 8 marca 2023 r. Zamawiający powiadomił o wyborze oferty firmy WW Serwis W. W. jako oferty najkorzystniejszej. W postępowaniu wzięło udział 3 wykonawców w tym;

1. PPHU M. R. z ceną ofertową 1 331 561.28 zł

2. Zakład Usługowy Kom BŁYSK S. K. z ceną ofertową 395 731.86 zł

3. WW Serwis W. W. z ceną ofertową 334 588.74 zł.

Średnia arytmetyczna cen złożonych ofert wynosi 1331561.28zł+395731.86+334588.74zł / 3oferty= 687 293.96 zł.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z dyspozycją art. 224 ust 2 pkt 1 ustawy 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 przesłanki odrzucenia oferty 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 Wskazany 4

wyżej przepis służy m.in. do zbadania czy zaoferowana cena nie jest cena rażąco niską. Rażąco niska cena to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w kontekście aktualnej sytuacji rynkowej. Istotne, aby była to cena taka, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby nieopłacalne. Odwołujący zwrócił uwagę, na tezy z uzasadnienia wyroku KIO z dnia 25 października 2021 r. (KIO 2847/21). Odwołujący wskazał, że zgodnie z dyspozycją art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, Zamawiający może odstąpić od obligatoryjnego wezwania jedynie w przypadku, gdy rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Z ostrożności procesowej, Odwołujący podał, że gdyby Zamawiający chciał powoływać się na przesłankę, że występują tu okoliczności oczywiste, ponieważ jedna z ofert jest znacząco wyższa, wskazać należy, że Zamawiający nie może uznać tej okoliczności za oczywistą, a to ze względu na następujące okoliczności; W postępowaniu prowadzonym rok temu i dwa lata temu, o takim samym zakresie, organizowanym przez tego samego Zamawiającego, również złożono podobną ofertę przez firmę PARK-M Poland, która zawierała podobne ceny jednostkowe do oferty PPHU M. R.. Odwołujący ocenił, że w tym przypadku Zamawiający nie powinien odbiegać od wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny i wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień i dowodów w zakresie wyliczenia ceny.

Ponadto Odwołujący wskazał, że Zakład Gospodarki mieszkaniowej jest jednostką organizacyjną Gminy Kąty Wrocławskie i podlega bezpośrednio pod Gminę Kąty Wrocławskie. Gmina Kąty Wrocławskie, w ostatnim postępowaniu pn. „Koszenie na terenie Gminy Kąty Wrocławskie", postępowanie NR Z174/7312, zastosowała art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp i wezwała wykonawcę do złożenia wyjaśnień i dowodów w zakresie wyliczenia ceny. Odwołujący podkreślił, że w postępowaniu tym również złożono oferty z cenami wysokimi, odbiegającymi od pozostałych. Wówczas Gmina Kąty Wrocławskie nie uznała tej okoliczności, jako oczywistej, która nie wymaga wyjaśnienia. Dodatkowo Odwołujący zaznaczył, że zaoferowane ceny przez firmę WW Serwis są tańsze od cen zaoferowanych w 2022 r. o prawie 30%, podczas gdy zgodnie z Informacjami GUS-U ceny w stosunku do poprzedniego roku wzrosły o ok 17%, a nie zmalały.

W opisanym wyżej wyliczeniu średniej arytmetycznej stwierdzić można, że oferta firmy WW Serwis W. W. jest o 48.68% niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu i w związku z tym Zamawiający zobowiązany był do wezwania w/w wykonawcy do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny oferty złożonej w postępowaniu pn.: Utrzymanie zieleni na terenie miasta Kąty Wrocławskie. Brak wezwania w/w wykonawcy do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny stanowi rażące naruszenie przepisów ustawy Pzp. Stanowi również jawne naruszenie art. 16 ust 1 i ust. 2 ustawy Pzp tj. zasady przejrzystości postępowania oraz zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Ponadto Odwołujący wskazał, że w Rozdziale VII.2 pkt 4 SWZ Zamawiający określił warunek dot. zdolności technicznej i zawodowej który brzmi "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, należycie wykonał lub wykonuje co najmniej 2 zadania o wartości każdego minimum 175.000,00 zł brutto lub jedno o wartości minimum 350.000,00 zł. brutto odpowiadające usługom stanowiącym przedmiot niniejszego zadania z podaniem ich przedmiotu i wartości, daty i podmiotu na rzecz którego zostały wykonane wraz z załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane". Odwołujący podał, że w toku postępowania zwrócił się do Zamawiającego z pytaniem o wyjaśnienie SWZ. Pytanie nr 6: „W związku z określonym warunkiem dotyczącym zdolności technicznej i zawodowej wykonawca by spełnić ten warunek mają się wykazać usługami na kwotę 350.000 zł obejmującymi przedmiot zamówienia. Zwracamy się z prośbą o wyjaśnienia czy oprócz usługi pielęgnacji trawników, krzewów wykonawca ma również się wykazać usługami jakimi są, podlewanie, nawożenie i pielęgnacja kwiatów i roślin oraz utrzymanie czystości na terenach zielonych". Odpowiedź na pytanie nr 6: „Wykonawca winien legitymować się spełnianiem warunków w zakresie opisanym w rozdziale VII SWZ.M.in. – w zakresie zdolności technicznej i zawodowej - winien legitymować się doświadczeniem w wykonaniu opisanych w rozdziale VII ust. 2 pkt 4 usług (usług) o określonej w tym rozdziale wartości brutto odpowiadające usługom stanowiącym przedmiot niniejszego zadania z podaniem ich przedmiotu i wartości, daty i podmiotu na rzecz którego zostały wykonane wraz z załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane". Przedmiot zamówienia (zadania) został opisany w rozdziale V SWZ oraz w projektowanych postanowieniach umowy (wzorze umowy) – załączniku nr 5 do SWZ. Odwołujący podał, że zgodnie z rozdziałem V SWZ; Opis przedmiotu zamówienia; Przedmiotem zamówienia jest Utrzymanie zieleni w obrębie miasta Kąty Wrocławskie. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia: „Wykonawca będzie zobowiązany do wykonywania czynności związanych z utrzymaniem w należytym stanie zieleni miejskiej w Kątach Wrocławskich, sprzętem i materiałem własnym, polegające na wykonywaniu prac porządkowych i pielęgnacyjnych, obejmujących: 1) w okresie od dnia podpisania umowy do dnia 31 października roku trwania umowy: pielęgnację trawników, kwietników, krzewów (formowanie, przycinanie), żywopłotów (formowanie, przycinanie), usuwanie liści, nasadzeń przyulicznych (w tym usuwanie przyrostów na pniu), roślin w pojemnikach, nasadzenia (po uzgodnieniu gatunków roślin z Zamawiającym) do pojemników i do gruntu(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 6

zielonego, 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 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, grabienie, przycinanie krzewów i gałęzi (za wyjątkiem typowych cięć pielęgnacyjnych na drzewostanie), usuwanie liści, 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 oraz utrzymanie w należytym stanie estetycznym i higienicznym koszy na odpady i ławek na placach zabaw, bez względu na wielokrotność powtarzanych prac". Dalej Odwołujący podał, że w dniu 08.03.2023 r. wybrany Wykonawca tj. WW Serwis W. W. złożył podmiotowy środek dowodowy, jakim jest Wykaz Wykonanych Usług, z którego można stwierdzić że wskazane przez Wykonawcę usługi nie odpowiadają wymaganiom zamawiającego określonym w Specyfikacji Warunków Zamówienia, gdyż Zamawiający zgodnie z SWZ żądał wykazania się usługami utrzymania zieleni odpowiadające usługom stanowiącym przedmiot niniejszego zadania. Wykonawca WW Serwis wskazał dwie usługi na spełnienie warunku udziału tj.:

1. Utrzymanie terenów zielonych na terenie Miasta Kąty Wrocławskie, utrzymanie czystości placów zabaw dla ZGM Kąty Wrocławskie,

2. Świadczenie usług porządkowych polegających na sprzątaniu i stałej pielęgnacji boisk, placów zabaw dla Kobierzyckiego Ośrodka Sportu i Rekreacji.

Z wykazu wykonanych Usług, nie można wywnioskować, która z wskazanych usług to Usługa utrzymania zieleni odpowiadająca usługom stanowiącym przedmiot zamówienia opisany w rozdziale V SWZ oraz w projektowanych postanowieniach umowy (wzorze umowy) – załączniku nr 5 do SWZ. Odwołujący wskazał, że część informacji teoretycznie można byłoby wywnioskować z referencji, jednakże to Wykaz Wykonanych Usług jest podmiotowym środkiem dowodowym, który składa się na potwierdzenie spełnienia warunku udziału, a referencje są dokumentem potwierdzającym należyte wykonanie usługi. Ponadto Odwołujący podniósł, że wielokrotnie Krajowa Izba Odwoławcza podkreślała, że zapisy odnoszące się do warunków udziału zawarte w SWZ podlegają ścisłej wykładni literalnej. W związku z powyższym Izba wskazała, że „Powyższe stanowi gwarancję obiektywizmu zamawiającego w procesie weryfikacji zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia, jak również stanowi narzędzie realizujące zasadę równego traktowania wykonawców". Zgodnie 7

z odpowiedzią Zamawiającego na pytania dotyczące warunku, zgodnie z rozdziałem V SWZ zamawiający wprost określił, że wykonawca winien legitymować się doświadczeniem w wykonaniu opisanych w rozdziale VII ust. 2 pkt 4 usług o określonej w tej rozdziale wartości brutto odpowiadające usługom stanowiącym przedmiot niniejszego zadania. Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia są to usługi Utrzymania zieleni „pielęgnację trawników, kwietników, krzewów, żywopłotów, nasadzeń przyulicznych, roślin w pojemnikach, grabienie, przycinanie krzewów i gałęzi, usuwanie liści, zamiatanie alejek w obrębie terenów zielonych, porządkowanie i zamiatanie zbieranie śmieci na terenach zielonych i placach zabaw, wykonywanie czynności porządkowych powstałych w następstwie zdarzeń losowych (np. opróżnianie na bieżąco koszy na odpady na placach zabaw oraz utrzymanie w należytym stanie estetycznym i higienicznym koszy na odpady i ławek. Zgodnie z wymaganiami i odpowiedziami na pytania, Zamawiający w sposób sprzeczny z wymogami ustawy Pzp dokonał badania i oceny oferty firmy WW Serwis, gdyż w tym przypadku zgodnie z podmiotowym środkiem dowodowym, jakim jest wykaz wykonanych usług, można stwierdzić, że Wykonawca nie spełnia warunku dot. zdolności technicznej i zawodowej, gdyż wskazał kilka usług, które to usługi po pierwsze nie odpowiadają Usłudze Utrzymania zieleni odpowiadającej przedmiotowi niniejszego zamówienia, po drugie zaś nie sposób na podstawie wykazu usług i załączonych referencji określić na podstawie ilu umów/zamówień usługi te były realizowane. Ponadto Odwołujący wskazał, że usługa wykonywana dla KOSiR nie jest usługą Utrzymania zieleni odpowiadającą usługom stanowiącym przedmiot zamówienia tylko usługą porządkową polegającą na sprzątaniu i stałej pielęgnacji boisk, placów zabaw. Jednocześnie należy wskazać, że wskazane w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu wykonanie usługi dla Kobierzyckiego Ośrodka Sportu i Rekreacji budzą wątpliwości. Wykonawca w celu spełnienia miał się wykazać dwoma usługami na min 175 000 zł każda, odpowiadające usługom stanowiącym przedmiot niniejszego zadania. Jedną z tych usług firma WW Serwis W. W.wykazała usługi dla KOSIR, które należy wskazać były wykonywane w podziale na 5 części, nie wiadomo natomiast, która z tych części była wykonana na min 175 000 zł? Wykonawca wpisał ogólną kwotę 668 300 zł. Co znamienne w niniejszym postępowaniu, Zamawiający nie dopuścił łączenia kilku umów/usług w celu uzyskania wymaganego progu kwotowego określonego w warunku udziału w postępowaniu. W tym przypadku, podobnie jak w postępowaniu prowadzonym w poprzednim roku, prowadzonym przez ZGM w Kątach Wrocławskich, Zamawiający powinien wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień czy zadanie było wykonywane w ramach jednej umowy, czy kilku, gdyż w roku 2022 w postępowaniu na utrzymanie zieleni wybrany wykonawca również wskazał te usługi na spełnienie warunku i ten sam zamawiający czyli Zakład Gospodarki Mieszkaniowej wezwał do złożenia wyjaśnień gdyż dokument budził wątpliwości.

Niestety wykonawca nie udzielił wyjaśnień i wskazał inne usługi w celu wykazania, iż spełnia warunek udziału w postępowaniu.

W świetle powyższego, Odwołujący wskazał, że mając na uwadze literalne brzmienie warunku udziału w postępowaniu i odpowiedzi na zadane pytanie opisu sposobu dokonywania oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu nie budzi wątpliwości, że Zamawiający powinien żądać wykazania, iż Wykonawca wykonał usługi utrzymania zieleni odpowiadające usługom stanowiącym przedmiot niniejszego zadania. Zamawiający nie ma podstaw do dokonywania oceny malejącej w stosunku do postanowień SWZ. Odwołujący przywołał wyrok KIO 1027/22 oraz wyrok z 10 marca 2020 r., sygn. akt KIO 377/20.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Wykonawca W. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi ogrodniczo porządkowe WW-Serwis W. W. z siedzibą w Tyńcu nad Ślężą, złożył do akt sprawy pisemne stanowisko.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawcę W. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi ogrodniczo porządkowe WW-Serwis W. W. z siedzibą w Tyńcu nad Ślężą (dalej również „Przystępujacy").

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Izba uznała, iż Odwołujący, którego oferta mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania i nakazania

Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenia oferty Przystępującego, wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki 9

dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, iż dane dotyczące: wykonawców, cen ofert, ich liczby, średniej arytmetycznej cen złożonych ofert, a także treści SWZ istotnej dla sprawy przedstawione zostały w odwołaniu w sposób odpowiadający prawdzie.

Uzupełniająco Izba ustaliła, w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, że wartość szacunkowa zamówienia ustalona przez Zamawiającego wynosiła 370 370, 37 zł. Ponadto Izba ustaliła, że

Przystępujący w Wykazie wykonanych usług wskazał dwie usługi: jedną na rzecz Zamawiającego (niekwestionowaną w odwołaniu) oraz pod poz. 2 wykazu usługę na rzecz Kobierzyckiego Ośrodka Sportu i Rekreacji w Kobierzycach, pn. Świadczenie usług porządkowych polegających na sprzątaniu i stałej pielęgnacji boisk, placów zabaw. Jako wartość wykonanej usługi w poz. 2 wskazano 668 300 zł brutto. Ponadto Przystępujący złożył Zamawiającemu referencje z dn. 30.01.2023 r. wystawione przez Kobierzycki Ośrodek Sportu i Rekreacji o następującej treści:

„Kobierzycki Ośrodek Sportu i Rekreacji zaświadcza iż, W. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi ogrodniczo - porządkowe WW - Serwis W. W. z siedzibą w Tyńcu nad Ślęzą, ul. Cicha 1a. 55 - 040 Kobierzyce, NIP: 896 139 87 98 realizuje w okresie od dnia 01.04.2022 r. do dnia 30.11.2023 r. umowę na zadanie pn.: Świadczenie usług porządkowych polegających na sprzątaniu i stałej pielęgnacji boisk, terenów rekreacyjnych i placów zabaw na terenie Gminy Kobierzyce, w podziale na części:

Cześć 1 - Sprzątanie terenu oraz koszenie terenów zielonych wraz z wywozem trawy oraz pielęgnacja nasadzeń wraz z wywozem odpadów BIO

Okres realizacji: od 01.04.2022 r.. do 30.11.2022 r„ oraz od 01.03. 2023 r. do 30.11.2023 r.

Część 2 - Sprzątanie terenu oraz koszenie terenów zielonych wraz z wywozem trawy Okres realizacji: od 01 04.2022 r., do 30.11.2022 r„ oraz od 01.04. 2023 r. do 30.11.2023 r.

Cześć 3 - Sprzątanie terenu oraz koszenie terenów zielonych wraz z wywozem trawy Okres realizacji: od 01.04.2022 r., do 30.11.2022 r., oraz od 01.04. 2023 r. do 30.11.2023 r.

Część 4 - Sprzątanie terenu oraz pielęgnacja nasadzeń wraz z wywozem odpadów BIO Okres realizacji: od 01.04.2022 r.. do 30.11.2022 r„ oraz od 01.03. 2023 r. do 30.11.2023 r.

Cześć 5 - Sprzątanie terenu oraz pielęgnacja nasadzeń wraz z wywozem odpadów BIO Okres realizacji: od 01.04.2022 r„ do 30.11.2022 r„ oraz od 01.03. 2023 r. do 30.11.2023 r. - łączna powierzchnia objęta przedmiotem zamówienia wynosi ok. 590 621 m2 - całkowita wartość brutto umowy wynosi 668 300.00 zł.

W roku 2022 roku Firma Usługi Ogrodniczo - Porządkowe WW- Serwis W. W. skosiła trawniki mechanicznie oraz ręcznie w łącznej ilości ok. 4,36 mln m2. Firma posiada 10

wykwalifikowaną kadrę oraz dysponuje specjalistycznym sprzętem niezbędnym do wykonywania koszenia i zbierania traw oraz wywozu odpadów BIO. Prace zostały wykonane zgodnie z umową, należycie bez żadnych zastrzeżeń pod względem jakościowym oraz BHP."

Zamawiający w dniu 7 marca 2023 r. wybrał jako ofertę najkorzystniejszą ofertę Przystępującego.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie podlega częściowemu uwzględnieniu.

Co do rozstrzygnięcia zarzutu dot. naruszenia art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp i braku przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego cenę oferty Przystępującego, Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego. W tym zakresie Izba podzieliła argumentację Zamawiającego uznając, iż w niniejszym postępowaniu mamy do czynienia z rozbieżnością cen złożonych ofert wynikającą z okoliczności oczywistych, nie wymagających wyjaśnienia, a tym samym uzasadniającą odstąpienie od procedury wyjaśniania ceny. Stosownie do art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp 2 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. W związku z powyższym, aby uznać iż ziściła się przesłanka odstąpienia od procedury wyjaśniającej cenę konieczne jest stwierdzenie zdarzeń i faktów dostrzeganych natychmiast, bez konieczności dokonywania analizy podobnych sytuacji (okoliczność oczywista).

Izba zważyła, że w postępowaniu złożone zostały trzy oferty, dwie z nich zawierają ceny zbliżone do siebie, a tylko jedna - oferta PPHU M. R. (1 331 561,28 zł), prawie czterokrotnie przewyższa ofertę Przystępującego (334 588,74 zł) i 3,5 krotnie ofertę Odwołującego (395 731,86 zł). Ponadto, zarówno oferta Odwołującego, jak i oferta Przystępującego, są zbliżone do kwoty szacunkowej zamówienia, ustalonej przez Zamawiającego na 370.370,37 zł. W tym miejscu należy wskazać, że szacunkowa wartość zamówienia ustalona przez Zamawiającego nie była kwestionowana ani na właściwym do tego etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ani pomocniczo – jako 11

część argumentacji służącej poparciu podniesionego w odwołaniu zarzutu – w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym.

W przypadku ofert Przystępującego i Odwołującego nie występuje też okoliczność opisana w art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, iż 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. Dopiero wyliczenie przeprowadzone z uwzględnieniem oferty PPHU M. R., czyli średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, prowadzi do wyniku, w którym zarówno oferta Przystępującego, jak też oferta Odwołującego spełniają warunek, iż cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu. Zamawiający słusznie podniósł, iż wysokość średniej arytmetycznej jest wynikiem znaczącego jej zawyżenia przez bardzo wysoką cenę oferty złożonej przez Odwołującego. Zamawiający wskazywał, że powyższe może wskazywać na brak właściwego rozeznania rynku przez PPHU M. R., oraz brak posiadania doświadczenia w realizacji takich usług, nie tylko jako zamówienie publiczne (na co z kolei wskazuje brak wpisu do rejestru BDO, co jest elementem niezbędnym dla realizacji usługi). Zamawiający podnosił również, że ceny ofert Przystępującego i Odwołującego są zbliżone do cen uzyskiwanych w innych postępowaniach o podobnym przedmiocie zamówienia.

Tym samym w ocenie Izby Zamawiający słusznie uznał, że rozbieżność, która wystąpiła pomiędzy średnią arytmetyczną cen złożonych ofert, a ceną oferty złożonej przez Przystępującego i Odwołującego wynika z oczywistych okoliczności, niewymagających wyjaśniania – tj. ze znaczącego zawyżenia ceny oferty złożonej przez PPHU M. R.. Zatem zaistniała przesłanka do odstąpienia od obowiązku wzywania Przystępującego do udzielenia wyjaśnień, o których mowa wustawy Pzp. Jednocześnie za niemające znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy Izba uznała dowody przedstawione przez Odwołującego w postaci informacji z otwarcia oferta oraz wezwania wystosowanego przez zamawiającego Gminę Kąty Wrocławskie do wykonawcy w postępowaniu przetargowym w lutym 2023. Każdy z Zamawiających podejmuje czynności niezależnie, w oparciu o stan faktyczny i prawny zaistniały w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia, nie można więc wnioskować z czynności innego zamawiającego podjętych w innym postępowaniu o obowiązkach czy też zaniechaniach Zamawiającego w zupełnie odrębnym postępowaniu. Odnośnie spełniania warunku udziału w postępowaniu przez Przystępującego, Odwołujący porusza kilka aspektów – rozumienia „zadania", wartości wykazywanej usługi czy też odpowiedniości doświadczenia do przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby przedmiotowo doświadczenie nabyte w realizacji usług na rzecz KOSiR, wykazane przez Przystępującego odpowiadało przedmiotowi zamówienia i jako takie mogłoby zostać uwzględnione w ocenie spełniania warunku. Ze złożonego przez Zamawiającego ogłoszenia wynika, iż opis 12

przedmiotu dla poszczególnych części obejmował szereg czynności związanych z utrzymaniem i pielęgnacją zieleni, a nie jak starał się to przedstawić Odwołujący tylko usługi porządkowe. Wobec powyższego Izba doszła do przekonania iż doświadczenie to przedmiotowo było odpowiednie. Przekonanie to wynika, z brzmienia warunku udziału "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, należycie wykonał lub wykonuje co najmniej 2 zadania o wartości każdego minimum 175.000,00 zł brutto lub jedno o wartości minimum 350.000,00 zł. brutto odpowiadające usługom stanowiącym przedmiot niniejszego zadania z podaniem ich przedmiotu i wartości, daty i podmiotu na rzecz którego zostały wykonane wraz z załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane". Ponadto Zamawiający w toku postępowania na pytanie wykonawcy – pytanie nr 6: „W związku z określonym warunkiem dotyczącym zdolności technicznej i zawodowej wykonawca by spełnić ten warunek mają się wykazać usługami na kwotę 350.000 zł obejmującymi przedmiot zamówienia. Zwracamy się z prośbą o wyjaśnienia czy oprócz usługi pielęgnacji trawników, krzewów wykonawca ma również się wykazać usługami jakimi są, podlewanie, nawożenie i pielęgnacja kwiatów i roślin oraz utrzymanie czystości na terenach zielonych", udzielił następującej odpowiedzi: „Wykonawca winien legitymować się spełnianiem warunków w zakresie opisanym w rozdziale VII SWZ.M.in. – w zakresie zdolności technicznej i zawodowej - winien legitymować się doświadczeniem w wykonaniu opisanych w rozdziale VII ust. 2 pkt 4 usług (usług) o określonej w tym rozdziale wartości brutto odpowiadające usługom stanowiącym przedmiot niniejszego zadania z podaniem ich przedmiotu i wartości, daty i podmiotu na rzecz którego zostały wykonane wraz z załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane". W związku z powyższym zauważyć, należy, iż Zamawiający odwołuje się do usług odpowiadających usługom stanowiącym przedmiot zamówienia. W ocenie Izby, w sformułowania „usługi odpowiadające"

są pojęciem szerszym niż „usługi tożsame". Zamawiający nie posiada uprawnienia do żądania wykazania się doświadczeniem w realizacji usług tożsamych zakresowo, w szczególności przy złożonym i niejednorodnym przedmiocie zamówienia. Skład orzekający, biorąc pod uwagę, że w opisie poszczególnych części zamówienia dla KOSiR uwzględniono oprócz sprzątania elementy utrzymania zieleni w postaci np.: koszenia, pielęgnacji trawników lub/i drzew, krzewów i sadzonek, pielenia krzewów, odchwaszczania, uzupełnienie ubytków poprzez dosiew nasion, przycięcie krzewów, wygrabienie liści itp., uznał, iż usługi te przedmiotowo odpowiadają wymaganiom Zamawiającego, a więc zarzut niespełnienia warunku w tym zakresie podlegał oddaleniu.

Izba wskazuje, że rozstrzygnięcie niniejszej sprawy wymagało nie tylko interpretacji postawionego warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej, lecz 13

właściwego rozumienia przepisów prawa i fundamentalnych zasad Prawa zamówień publicznych dotyczących sposobu wykazywania warunku udziału w postępowaniu, zwłaszcza w przypadku gdy usługa, którą legitymuje się wykonawca celem potwierdzenia wymaganego doświadczenia jest nadal wykonywana (nie została zakończona przed upływem terminu składania ofert).

Wykazywana przez Przystępującego wartość 668 300 zł brutto stanowiła całą wartość wszystkich umów zawartych przez KOSIR z Przystępującym na cały okres wykonywania zamówienia, tak więc obejmowała również usługi jeszcze niewykonane. W tym miejscu wymaga podkreślenia, że Przystępujący nie twierdził, że na moment składania ofert wartość wykonanej usługi referencyjnej wynosiła 668 300 zł. Brak było również deklaracji co do wartości faktycznie wykonanych umów. Bezsporna była również okoliczność, że Zamawiający nie wezwał Przystępującego w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia wykazu wykonanych usług wraz z referencjami lub do przedstawienia nowej usługi. Izba wskazuje, że okolicznością bezsporną między Stronami postępowania odwoławczego było to, że Przystępujący w celu wykazania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale VII ust. 2 pkt 4 SWZ legitymował się usługą wykonaną na rzez Zamawiającego oraz drugą wykonywaną na rzecz KOSIR postaci kilku umów na usługi porządkowe boisk. Jednocześnie Przystępujący wraz z wykazem usług złożył pismo KOSIR z dnia 30 stycznia 2023 r., z którego wynika, że okres realizacji umowy jeszcze nie upłynął, umowa jest realizowana. Z dowodu przedstawionego przez Odwołującego, w postaci korespondencji e-mail z KOSiR wynika, iż Przystępujący zawarł z KOSIR 5 umów, które są częściowo zrealizowane, a częściowo będą realizowane do 30 listopada 2023 r. Z powyższego wynika bezsprzecznie, że na moment składania ofert w niniejszym postępowaniu wykazywana usługa referencyjna była przez Odwołującego wykonywana, a koniec jej realizacji przypada w listopadzie 2023 r. Jednocześnie kwota 668 300 brutto stanowiła wartość wszystkich zawartych umów na okres wykonywania zamówienia.

Wobec niespornych między Stronami postępowania ustaleń faktycznych nie sposób stwierdzić, że Przystępujący w stosunku do umów z KOSIR nabył pełne doświadczenie z tytułu realizacji tych umów. Wskazać należy, że warunki udziału w postępowaniu muszą być spełnione na dzień złożenia oferty, a stan ich spełnienia musi trwać przez całe postępowanie. Jednocześnie zgodnie z § 9 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. z 2020 r. poz. 2415 ze zm.), w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, zamawiający może, w zależności od charakteru, znaczenia, przeznaczenia lub zakresu robót budowlanych, dostaw lub usług, żądać wykazu dostaw lub 14

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 lub są wykonywane, 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 zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego 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 wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy. Jednocześnie, zgodnie § 9 ust. 2 ww.

rozporządzenia, okresy wyrażone w latach lub miesiącach, o których mowa w ust. 1 pkt 1, 2 i 9, liczy się wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Powyższe przepisy znalazły odzwierciedlenie w treści sformułowanego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale VII ust. 2 pkt 4 SWZ, w którym Zamawiający podał, że wykonawca ma legitymować się stosownym doświadczeniem w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie oraz w regulacji dot. środków podmiotowych rozdział XIII ust. 2 pkt 1. Wyjaśnić należy, iż wskazany przepis jakkolwiek umożliwia wykonawcom powoływanie się na doświadczenie wynikające z realizacji świadczeń powtarzających się lub ciągłych, których wykonywanie nie zostało zakończone do terminu składania ofert, to nie ulega wątpliwości, że musi być to doświadczenie faktycznie nabyte, nie zaś „doświadczenie potencjalne", w zakresie niezrealizowanej jeszcze umowy. Inaczej rzecz ujmując, wykonawca może powołać się na doświadczenie wynikające z umów będących w trakcie realizacji, ale tylko co do zakresu, w jakim umowę już wykonał, tylko w takim zakresie nabył bowiem realne doświadczenie. Przyjęcie odmiennej interpretacji – forsowanej przez Zamawiającego i Przystępującego, prowadziłoby do udzielenia zamówienia wykonawcy, który nie posiada wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia w dacie składania ofert i który realizując referencyjne usługi po terminie składania ofert dopiero uzyskałby dalsze doświadczenie. Powyższa koncepcja godziłaby także w naczelne zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyrażone w art. 16 ustawy Pzp, w szczególności zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Trudno uznać, że z naruszeniem powyższych zasad nie mielibyśmy do czynienia w sytuacji,

gdyby Zamawiający równo potraktował wykonawców, którzy przed upływem terminu składania ofert wykonali określone zamówienia na żądaną w SWZ kwotę oraz wykonawców, którzy zawarliby umowy na określoną warunkiem kwotę, 15

których jednak faktyczna realizacja była na niższym poziomie niż wymagany. Dostrzec należy, iż sam fakt zawarcia umowy na określoną kwotę i z określonym zakresem przedmiotowym nie oznacza, że wykonawca z chwilą jej zawarcia nabywa pełne doświadczenie objęte umową. Tym samym, Przystępujący nie wykazał prawidłowej wartości usług przywoływanych na potwierdzenie doświadczenia, a tym samym nie wykazał spełnienia warunku udziału, który zakreślał ich minimalną wartość.

Rozpoznając kolejny element zarzutu dot. spełniania warunku udziału przez Przystępującego należy wskazać, że Zamawiający wymagał, aby wykonawca wykazał, że „wykonał lub wykonuje co najmniej 2 zadania o wartości każdego minimum 175.000,00 zł brutto lub jedno o wartości minimum 350.000,00 zł. brutto". Ponadto Zamawiający udzielając odpowiedni na pytanie nr 6 przywoływanej powyżej wskazał, że wykonawca „winien legitymować się doświadczeniem w wykonaniu opisanych w rozdziale VII ust. 2 pkt 4 usługi (usług) o określonej w tej rozdziale wartości „brutto odpowiadające usługom stanowiącym przedmiot niniejszego zadania z podaniem ich przedmiotu i wartości, daty i podmiotu na rzecz którego zostały wykonane wraz z załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane". Przedmiot zamówienia (zadania) został opisany w rozdziale V SWZ"". Co do rozumienia „zadania" Izba stoi na stanowisku, że przez zadanie należy rozumieć pewną samodzielną całość obejmującą w tym przypadku realizację usług objętych daną umową. Wykazywane przez Przystępującego doświadczenie w realizacji usług na rzecz KOSIR, ujęte zbiorowo, w ocenie Izby, de facto stanowiło realizację pięciu odrębnych zadań. KOSiR uznał, że każda z części może funkcjonować jako pewna samodzielna całość, realizacja każdej z części zamówienia objęta jest odrębną umową i stanowi samodzielną wyodrębnioną całość o określonej wartości. Wskazać przy tym należy, iż Zamawiający udzielając odpowiedzi na pytanie nr 6 wskazał na własny sposób rozumienia „zadania" odwołując się do opisu przedmiotu zamówienia, a skoro tak to zwrócić należy, iż w ogłoszeniu o zamówieniu udzielanym przez KOSiR zawarto pięć odrębnych opisów przedmiotu zamówienia, a przez „zamówienie" należy rozumieć umowę odpłatną (…) (art. 7 pkt 32 ustawy Pzp) - w wyniku postępowania zawarto pięć umów. Izba nie podziela stanowiska Przystępującego, iż kwestia liczby umów jest tylko kwestią techniczną. Każda z tych zawartych umów jest odrębna od pozostałych i jej realizacja jest niezależna od realizacji pozostałych. Przykładowo nienależyte wykonanie/wykonywanie jednej z nich nie wpływa na pozostałe. Rodzi po stronie wykonawcy odpowiedzialność wyłącznie w zakresie wadliwie realizowanej tej konkretnej umowy. Za takim rozumieniem „zadania" przemawia również sformułowanie warunku przez Zamawiającego, który odwołuje się do własnego zadania w rozumieniu pewnej całości poprzez odniesienie się do opisu przedmiotu zamówienia. Ponadto Zamawiający formułując warunek udziału w postępowaniu nie zezwolił na sumowanie wartości wielu zadań w celu jego wykazania. Zamawiający wprost wskazuje, że za doświadczenie dające rękojmię 16

należytego wykonania zamówienia uznaje realizację 2 zadań o wartości każdego minimum 175.000,00 zł brutto lub jednego o wartości minimum 350.000,00 zł. brutto. Zatem istotna dla Zamawiającego była skala realizowanego zadania i ilość zadań w ramach których wykonawca nabywa doświadczenie. Okoliczność ta nie była kwestionowana w toku postępowania. W związku z powyższym, w ocenie Izby, zadaniami którymi mógłby legitymować się Przystępujący jest realizacja poszczególnych części zarówno przedmiotowo jak i wartościowo.

Tym samym, potwierdził się zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 16 pkt 1) i 2) ustawy Pzp i konieczne stało się nakazanie Zamawiającemu unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert w tym wezwania wykonawcy W. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi ogrodniczo porządkowe WW-Serwis W. W. z siedzibą w Tyńcu nad Ślężą na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych do złożenia podmiotowych środków dowodowych wymaganych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale VII ust. 2 pkt 4 specyfikacji warunków zamówienia.

Jednocześnie zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b) ustawy Pzp, w związku z niewyczerpaniem procedury uzupełnienia, należało oddalić jako przedwczesny.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 7 ust. 3 pkt 1 i 2 w zw. § 5 pkt 1 i 2 lit. b) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów 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), zasądzając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty postępowania w części.

Przewodniczący: ……..……