

Sygn. akt: KIO 3490/24

WYROK

Warszawa, dnia 9 października 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Anna Osiecka-Baran

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 października 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 września 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego T. B. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowo-Produkcyjno-Usługowa „Lilak” T. B. z siedzibą w Porąbce Łukowskiej oraz J. K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą J. K. FHU „J.” z siedzibą w Krakowie w postępowaniu prowadzonym przez Akademię Muzyczną im. Krzysztofa Pendereckiego w Krakowie

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie w części i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawcy J. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą J. G. Zielony Interes z siedzibą w Krakowie do złożenia oświadczenia o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania wskazanych przez Zamawiającego, w tym podstawy wykluczenia, o której mowa w art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 13 kwietnia 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego (Dz.U. z 2024 r. poz.507).
2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.
3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Zamawiającego w części 1/2 i Odwołującego 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,
 - 3.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 5 622 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy sześćset dwadzieścia dwa złote zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony, poniesione z tytułu wpisu od odwołania,

wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na posiedzenie.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie -Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:

Sygn. akt KIO 3490/24

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

Akademia Muzyczna im. Krzysztofa Pendereckiego w Krakowie, dalej „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym z możliwością negocjacji na Wycinkę i przesadzenie drzew – Etap 1a Przygotowanie terenu do realizacji inwestycji kubaturowej, polegające na oczyszczeniu terenu, zgodne z decyzją Wydziału Kształtowania Środowiska UM Kraków, w ramach Inwestycji pn. Budowa budynku nauki Akademii Muzycznej z garażem podziemnym, parkingiem naziemnym, zagospodarowaniem terenu, z niezbędną infrastrukturą techniczną i drogową na dz. nr 173/21 i 173/17 obr. S-17 jednostka ewidencyjna Śródmieście przy ul. Skrzatów w Krakowie, nazwa skrócona zamówienia dla potrzeb publikacji ogłoszenia o zamówieniu: Wycinka i przesadzenie drzew w ramach Inwestycji Budowa budynku nauki AMKP przy ul. Skrzatów w Krakowie.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), dalej „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 30 lipca 2024 r. pod numerem 2024/BZP 00437715/01.

W dniu 23 września 2024 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego T. B. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowo-Produkcyjno-Usługowa „Lilak” T. B. z siedzibą w Porąbce Łukowskiej oraz J. K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą J. K. FHU „J.” z siedzibą w Krakowie, dalej „Odwołujący”, wnieśli odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 18 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 74 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z § 5 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 18 grudnia 2020 r. w sprawie protokołów postępowania oraz dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez zaniechanie

niezwłocznego udostępnienia Odwołującemu wnioskowanych przez niego dokumentów postępowania, stanowiących załączniki do protokołu postępowania, co ostatecznie nastąpiło ostatniego dnia, w którym Odwołujący mógł skorzystać z przysługujących mu środków ochrony prawnej, co z kolei znacząco ograniczyło możliwości weryfikacji prawidłowości działań Zamawiającego w postępowaniu, podczas gdy Zamawiający powinien udostępnić wykonawcy ww. dokumenty niezwłocznie w taki sposób, aby wykonawca miał realną możliwość ich analizy i powzięcia decyzji w zakresie skorzystania z przysługujących mu środków ochrony prawnej;

2. z ostrożności procesowej, na wypadek nieuwzględnienia przez Krajową Izbę Odwoławczą zarzutu wskazanego w punkcie 1, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 16 pkt

1 – 3 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt. 2) lit. b) i c) ustawy Pzp przez naruszenie zasady nakazującej prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz w sposób przejrzysty i proporcjonalny, a także przez bezzasadne zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy J. G. Zielony Interes, mimo, że oferta wykonawcy nie spełnia warunków udziału w postępowaniu lub który nie złożył w przewidzianym terminie wymaganych podmiotowych środków dowodowych, potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu (względnie naruszenie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp – w przypadku uznania, że możliwe jest wystosowanie wezwania do uzupełnienia lub naruszenie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania do wyjaśnień z powodów opisanych w treści uzasadnienia odwołania).

3. art. 239 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8, pkt 2) lit. b), c) ustawy Pzp przez wybór oferty wykonawcy J. G. Zielony Interes jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, pomimo iż wykonawca winien zostać wykluczony, a jego oferta zostać uznana za odrzuconą.

4. art. 239 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie dokonania czynności polegającej na wyborze oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu, pomimo że oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą i nie podlegającą odrzuceniu. oraz ewentualnie innych przepisów wskazanych w treści uzasadnienia odwołania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności badania i oceny ofert i czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy J. G. Zielony Interes oraz o nakazanie Zamawiającemu ponowienia badania i oceny ofert, odrzucenia oferty wykonawcy J. G. Zielony Interes (względnie wezwania do uzupełnienia/wyjaśnienia podmiotowych środków dowodowych) i wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie nie przystąpił żaden wykonawca.

Zamawiający pismem z dnia 2 października 2024 r. złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska

stron, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie podlega uwzględnieniu w części.

Izba uwzględniła przy rozpoznaniu odwołania dokumentację postępowania, w szczególności: specyfikację warunków zamówienia, ofertę wykonawcy J. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą J. G. Zielony Interes z siedzibą w Krakowie, korespondencję ww. wykonawcy z Zamawiającym, informację o wyborze oferty najkorzystniejszej. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, a także oświadczenia i stanowiska stron wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 4 października 2024 r.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest wycinka i przesadzenie drzew – Etap 1a -Przygotowanie terenu do realizacji inwestycji kubaturowej, polegające na oczyszczeniu terenu, zgodne z decyzją Wydziału Kształtowania Środowiska UM Kraków, w ramach Inwestycji pn. Budowa budynku nauki Akademii Muzycznej z garażem podziemnym, parkingiem naziemnym, zagospodarowaniem terenu, z niezbędną infrastrukturą techniczną i drogową na dz. nr 173/21 i 173/17 obr. S-17 jednostka ewidencyjna Śródmieście przy ul. Skrzatów w Krakowie.

W rozdziale VII w pkt 4.1) specyfikacji warunków zamówienia, dalej „SWZ”, Zamawiający wymagał, aby wykonawca wykazał, że należycie wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonuje, w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej trzy usługi polegające na pielęgnacji zieleni, każda o wartości minimum 100 000,00 zł brutto. W przypadku wykazania się przez wykonawcę doświadczeniem w zakresie usługi wykonywanej (będącej w trakcie realizacji), Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli do upływu terminu składania ofert usługa została wykonana należycie na kwotę, co najmniej 100 000,00 zł brutto, przy spełnieniu wymogu odnośnie rodzaju i zakresu wykonywanych prac. Zamawiający zastrzegł, że poprzez „jedną usługę” rozumie jedną pisemną umowę odpłatną – a nie sumę pojedynczych ustnych bądź pisemnych zleceń realizowanych na rzecz tego samego podmiotu.

W pkt 4.3) Zamawiający wymagał, aby wykonawca wykazał, że dysponuje lub będzie dysponował co najmniej narzędziami i urządzeniami technicznymi w celu wykonania zamówienia: podnośnik koszowy o wysięgu minimum 20 m.,

koparko ładowarka o udźwigu minimum 1600 kg, dwa samochody-wywrotki o ładowności do 3,5 t., jeden rębak do gałęzi, jedna frezarka do pni, cztery pilarki łańcuchowe.

Zgodnie z Rozdziałem VIII pkt. 2.2 lit. a) SWZ Zamawiający wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona (w przypadku skorzystania z negocjacji, o których

mowa w Rozdz. XXII SWZ - po ocenie ofert dodatkowych), do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni od dnia wezwania, aktualnych na dzień złożenia następujących podmiotowych środków dowodowych: w odniesieniu do podstaw wykluczenia z postępowania (art. 108 ust. 1 ustawy Pzp i 109 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp): a) oświadczenia o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania wskazanych przez Zamawiającego, w tym podstawy wykluczenia, o której mowa w art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 13 kwietnia 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego (Dz.U. z 2024 r. poz.507). Wzór oświadczenia stanowi Załącznik nr 6 do Formularza oferty.

W postępowaniu złożono dwie oferty, których ceny mieszczą się w kwocie przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia.

Wykonawca J. G. Zielony Interes złożył ofertę, do której dołączył:

1) wykaz usług, w którym wskazał następujące usługi:

- prace związane z utrzymaniem i pielęgnacją zieleni fortecznej na „Forcie Sidzina 52

1/2" Kraków, ul Kozienicka 33 – na rzecz Firmy Konserwatorskiej P. B., Zabytki Malarstwa, Rzeźby, Architektury sp. z o.o.,

- kontynuacja prac konserwatorskich i rewitalizacyjnych w obrębie zabytkowej zieleni

fortecznej przy Forcie 52 1/2 "Skotniki" Sidzina przy ulicy Kozienickiej 33 - na rzecz Firmy Konserwatorskiej P. B., Zabytki Malarstwa, Rzeźby, Architektury sp. z o.o.,

- kontynuacja prac konserwatorskich i rewitalizacyjnych w obrębie zabytkowej zieleni

fortecznej przy Forcie 52 1/2 "Skotniki" Sidzina przy ulicy Kozienickiej 33 - na rzecz Firmy Konserwatorskiej P. B., Zabytki Malarstwa, Rzeźby, Architektury sp. z o.o.,

- pielęgnacja drzew rosnących na terenie zabytkowego Parku Miejskiego w Andrychowie

– na rzecz Gminy Andrychów,

- kontynuacja prac konserwatorskich i rewitalizacyjnych w obrębie zabytkowej zieleni

fortecznej przy Forcie 52 1/2 "Skotniki" Sidzina przy ulicy Kozienickiej 33 - na rzecz Firmy Konserwatorskiej P. B., Zabytki Malarstwa, Rzeźby, Architektury sp. z o.o.

2) wykaz narzędzi i urządzeń technicznych (bez frezarki i pilarek).

Pismem z dnia 19.09.2024 r. Zamawiający wezwał wykonawcę J. G. Zielony Interes, na podstawie 128 ust. 1 ustawy Pzp, do:

1) „złożenia (...) do poszczególnych pozycji wykazu usług (przetawionego

Zamawiającemu z inicjatywy Pana Firmy już wraz z ofertą, na okoliczność spełniania przez

Pana Firmę warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdz. VII.4.1 SWZ), brakujących jednoznacznych dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego 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;

Ponadto, w odniesieniu do trzech usług ujętych w wykazie, opisanych przez Pana jako „Kontynuacja prac konserwatorskich i rewitalizacyjnych Zamawiający zwraca uwagę, że w myśl postanowień SWZ w kontekście spełniania warunku udziału w postępowaniu, poprzez „jedną usługę” Zamawiający rozumie jedną pisemną umowę odpłatną.”

2) „uzupełniania (...) treści wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń

technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami (przetawionego Zamawiającemu z inicjatywy Pana Firmy już wraz z ofertą, na okoliczność spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdz. VII.4.3) SWZ) rozszerzonego o

stosowne dane o narzędziach/ urządzeniach/ sprzęcie. Wykaz, który przedstawił Pan wraz z ofertą jest niekompletny i w takim kształcie nie pozwala na stwierdzenie czy będący w Pana dyspozycji potencjał techniczny odpowiada na postawiony przez Zamawiającego w Rozdz. VII. 4.3) SWZ warunek udziału w postępowaniu."

Zamawiający wyznaczył termin złożenia/uzupełnienia dokumentów do 22.08.2024 r., a następnie na wniosek ww. wykonawcy przedłużył go do 28.08.2024 r.

Pismem z dnia 21.08.2024 r. wykonawca J. G. Zielony Interes przedłożył nowy wykaz narzędzi uzupełniony o frezarkę i pilarkę oraz informacje dodatkowe dotyczące wskazanych (zarówno nowych, jak i „starych”) pojazdów.

Wykonawca dołączył też:

- umowę z dnia 05.07.2021 r. zawartą z Firmą Konserwatorską P. B., Zabytki Malarstwa,

Rzeźby, Architektury sp. z o.o.,

- umowę z dnia 21.07.2022 r. zawartą z Gminą Andrychów,
- umowę z 08.09.2023 r. zawartą z Firmą Konserwatorską P. B., Zabytki Malarstwa,

Rzeźby, Architektury sp. z o.o.

- potwierdzenia przelewów.

Następnie pismem z dnia 28.08.2024 r. ww. wykonawca przekazał nowy wykaz usług (wyjaśniając, że poprzedni zawierał omyłki pisarskie i „obrachunkowe”), w którym wskazał:

- kontynuację prac konserwatorskich i rewitalizacyjnych w obrębie zabytkowej zieleni

fortecznej przy Forcie 52 1/2 "Skotniki" Sidzina przy ulicy Kozienickiej 33 - na rzecz Firmy Konserwatorskiej P. B., Zabytki Malarstwa, Rzeźby, Architektury sp. z o.o.,

- pielęgnację drzew rosnących na terenie zabytkowego Parku Miejskiego w Andrychowie

– na rzecz Gminy Andrychów,

- kontynuację prac konserwatorskich i rewitalizacyjnych w obrębie zabytkowej zieleni

fortecznej przy Forcie 52 1/2 "Skotniki" Sidzina przy ulicy Kozienickiej 33 - na rzecz Firmy Konserwatorskiej P. B., Zabytki Malarstwa, Rzeźby, Architektury sp. z o.o.

Wykonawca wyjaśnił, że różnice między wysokością kwoty wynagrodzenia wymienionej w umowie, a kwotą faktycznie przelaną przez Zleceniodawcę, wynikały z końcowego rozliczenia prac kosztorysem powykonawczym.

Wykonawca dołączył też:

- referencje z dnia 23.08.2024 r. wystawione przez Firmę Konserwatorską P. B., Zabytki

Malarstwa, Rzeźby, Architektury sp. z o.o. dotyczące umowy z dnia 08.09.2023 r. o wartości 107.000 zł netto (pkt 3 nowego wykazu),

- referencje z dnia 23.08.2024 r. wystawione przez Firmę Konserwatorską P. B., Zabytki

Malarstwa, Rzeźby, Architektury sp. z o.o. dotyczące umowy z dnia 05.07.2021 r. o wartości 165.000 zł netto (pkt 1 nowego wykazu),

- protokół odbioru prac realizowanych w ramach ww. umowy z dnia 05.07.2021 r.

zawartej z Firmą Konserwatorską P. B., Zabytki Malarstwa, Rzeźby, Architektury sp. z o.o.,

- referencje Burmistrza Andrychowa z dnia 26.08.2024 r. dotyczące umowy z 21.07.2022

r. o wartości 102.168 zł brutto.

Ponadto ww. wykonawca złożył kolejny wykaz narzędzi uzupełniony o jeszcze kilka informacji dodatkowych dotyczących wskazanych już poprzednio pojazdów.

Pismem z dnia 09.09.2024 r. Zamawiający, na podstawie art. 128 ust. 5 ustawy Pzp, zwrócił się do Firmy Konserwatorskiej P. B., Zabytki Malarstwa, Rzeźby, Architektury sp. z o.o. o potwierdzenie, że umowy z dnia 05.07.2021 r. i z dnia 08.09.2023 r. zostały wykonane „zadowalająco, zgodnie z zawartymi umowami, terminowo, w sposób należyty”.

Pismem z dnia 11.09.2024 r. Firma Konserwatorska P. B., Zabytki Malarstwa, Rzeźby, Architektury sp. z o.o. potwierdziła

powyższe.

Pismem z dnia 18.09.2024 r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy J. G. Zielony Interes.

W dokumentacji postępowania znajduje się wniosek Odwołującego o udostępnienie dokumentów z dnia 19.09.2024 r. i odpowiedź Zamawiającego z dnia 23.09.2024 r. z godz. 11:25.

Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje.

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

W drugiej kolejności 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 zaskarżonych w odwołaniu czynności.

Dalej, Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 554 ust. 1 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie podlegało uwzględnieniu w części.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 18 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 74 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z § 5 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 18 grudnia 2020 r. w sprawie protokołów postępowania oraz dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez zaniechanie niezwłocznego udostępnienia Odwołującemu wnioskowanych przez niego dokumentów postępowania, stanowiących załączniki do protokołu postępowania, co ostatecznie nastąpiło ostatniego dnia, w którym Odwołujący mógł skorzystać z przysługujących mu środków ochrony prawnej, co z kolei znacząco ograniczyło możliwości weryfikacji prawidłowości działań Zamawiającego w postępowaniu, podczas gdy Zamawiający powinien udostępnić wykonawcy ww. dokumenty niezwłocznie w taki sposób, aby wykonawca miał realną możliwość ich analizy i powzięcia decyzji w zakresie skorzystania z przysługujących mu środków ochrony prawnej.

W tym miejscu należy przytoczyć właściwe przepisy:

Zgodnie z art. 16 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej

konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.

Stosownie do art. 18 ust. 1 – 3 ustawy Pzp:

1. Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.
2. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.
3. Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r. poz. 1233), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5.

Jak stanowi art. 74 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp załączniki do protokołu postępowania udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty albo unieważnieniu postępowania, z tym że oferty wraz z załącznikami udostępnia się niezwłocznie po otwarciu ofert, nie później jednak niż w terminie 3 dni od dnia otwarcia ofert, z uwzględnieniem art. 166 ust. 3 lub art. 291 ust. 2 zdanie drugie.

Zgodnie z § 5 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 18 grudnia 2020 r. w sprawie protokołów postępowania oraz dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego:

1. Protokół postępowania lub załączniki do protokołu postępowania udostępnia się w oryginale lub kopii.
2. Udostępnianie protokołu postępowania lub załączników do protokołu postępowania następuje przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.
3. Jeżeli udostępnienie protokołu postępowania lub załączników do protokołu postępowania albo ich części przy użyciu środków komunikacji elektronicznej byłoby utrudnione lub niemożliwe:
 - 1) z przyczyn o charakterze technicznym,
 - 2) z przyczyn wynikających z przepisów odrębnych,

3) w przypadku odstąpienia od wymagania użycia środków komunikacji elektronicznej z powodu zaistnienia jednej z sytuacji określonej w art. 65 ust. 1 ustawy,

4) w przypadku zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa

- zamawiający niezwłocznie informuje o tym wnioskodawcę, wskazując, że udostępnienie, zgodnie z wyborem zamawiającego, może nastąpić przez wgląd w miejscu wyznaczonym przez zamawiającego, przesłanie za pośrednictwem operatora pocztowego w rozumieniu

ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. - Prawo pocztowe (Dz.U. z 2020 r. poz. 1041 i 2320) lub za pośrednictwem pośtańca.

4. Zamawiający udostępnia wnioskodawcy protokół postępowania niezwłocznie.

Jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych jest zasada jawności postępowania. Jej przestrzeganie stanowi jeden z zasadniczych obowiązków zamawiającego jako gospodarza postępowania, nakazując zapewnienie powszechnego dostępu do informacji o zamówieniu od wszczęcia do zakończenia postępowania. Zgodnie z motywem 126 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.3.2014, str. 65, ze zm.) możliwość prześledzenia i przejrzystość procesu podejmowania decyzji w postępowaniach o udzielenie zamówienia są niezbędne do zapewnienia prawidłowości tych postępowań, w tym skutecznego zwalczania korupcji i oszustw.

Jak wskazała Izba w wyroku z dnia 9 października 2023 r., sygn. akt KIO 2803/23, jawność w postępowaniu pozwala na urzeczywistnienie pozostałych zasad, w tym uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, a także koresponduje z zasadą przejrzystości, nakazującej podejmowanie poszczególnych czynności w postępowaniu w odpowiednim porządku. Na gruncie ustawy Pzp zasada jawności jest realizowana poprzez nałożenie na zamawiającego szeregu obowiązków informacyjnych, w tym m.in. konieczność dokumentowania przebiegu postępowania oraz udostępniania na odpowiednim etapie protokołu postępowania i załączników do protokołu.

Z treści art. 74 ust. 2 ustawy Pzp wynika, że załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty, z tym że oferty wraz z załącznikami udostępnia się niezwłocznie po otwarciu ofert, nie później jednak niż w terminie 3 dni od dnia otwarcia ofert. Powyższa regulacja nie określa konkretnego terminu udostępnienia protokołu czy załączników. Niemniej art. 18 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, że poza przypadkami określonymi w ustawie zamawiający nie może ograniczyć dostępu do informacji. Wykładnia ww. przepisów prowadzi do wniosku, że zamawiający po dokonaniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty winien pozostawać w gotowości do umożliwienia zainteresowanym wykonawcom dostępu do jawnych dokumentów postępowania. Zamawiający winien zatem tak procedować, aby te dokumenty, które Zamawiający uznał za jawne w postępowaniu, były możliwe do udostępnienia po wyborze najkorzystniejszej oferty.

Co do terminu, kiedy udostępnienie powinno nastąpić Izba zwraca uwagę, że co prawda ustawa Pzp nie precyzuje wprost tego terminu, niemniej zwrot „udostępnia się” akcentuje niezwłoczność tej czynności dla tych dokumentów, co do których ustawa Pzp nie wprowadza ograniczenia jawności. Termin „niezwłocznie” w zakresie udostępniania protokołu

i załączników wynika również jednoznacznie z § 5 ust. 4 rozporządzenia w sprawie protokołu postępowania. Wprawdzie terminu „niezwłocznie” nie należy utożsamiać z terminem natychmiastowym. Jednak zgodnie z wyrokami Sądu Najwyższego z dnia 13 grudnia 2006 r., sygn. akt II CSK 293/06 oraz 30 czerwca 2011 r., sygn. akt III CSK 282/10, termin „niezwłocznie” oznacza termin realny, mający na względzie okoliczności miejsca i czasu, a także regulacje zawarte w art. 354 i art. 355 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (t. j. Dz. U. z 2024 r. poz. 1061 ze zm.).

Niezależnie od powyższego należy także zwrócić uwagę na wymogi dotyczące wniesienia odwołania wynikające z art. 516 ust. 1 pkt 7 – 10 ustawy Pzp. Aby wykonawca mógł złożyć odwołanie, musi wskazać w nim m.in. czynności lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca niezgodność z przepisami ustawy Pzp, zwięzłe przedstawienie zarzutów, żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania oraz okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania wraz z dowodami na ich poparcie. Oczywiście jest, że aby wykonawca mógł wnieść odwołanie odpowiadające ww. wymogom, musi mieć dostęp do informacji, które pozwolą mu sformułować m.in. zarzuty oraz okoliczności faktyczne będące ich podstawą. Informacje te natomiast co do zasady muszą być wywiedzione ze stosownych dokumentów. W przypadku zamiaru zakwestionowania wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawca musi mieć więc zazwyczaj dostęp do tej oferty, aby być w stanie skonstruować zarzuty, ich uzasadnienie i związane z tym żądania. Brak takiego dostępu powoduje, że możliwość skorzystania ze środków ochrony prawnej staje się iluzoryczna, gdyż w praktyce wykonawca nie może wnieść odwołania w sposób spełniający wymogi z art. 516 ust. 1 pkt 7-10 ustawy Pzp i dający mu jakiegokolwiek szanse na uzyskanie korzystnego dla niego rozstrzygnięcia Izby.

Również Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w swoim orzecznictwie dotyczącym korzystania ze środków ochrony prawnej, wielokrotnie podkreślał znaczenie tzw. zasady skuteczności. Jej przestrzeganie ma na celu to, by w praktyce korzystanie z uprawnień wynikających z prawa unijnego nie stało się niemożliwe lub nadmiernie utrudnione. Trybunał w orzeczeniu z dnia 28.01.2010 r. w sprawie C-456/08, dotyczącej przede wszystkim sposobu określania terminu na wniesienie odwołania, wskazał m.in., że krajowe terminy zawite, wraz ze sposobami ich stosowania, nie powinny same z siebie móc praktycznie uniemożliwić lub nadmiernie utrudniać zainteresowanemu skorzystania z praw przysługujących mu w danym przypadku na mocy prawa wspólnotowego (ww. wyrok w sprawie Lämmerzahl, pkt 52). Trybunał podnosił, że Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału stosowanie terminu zawitego w oparciu o prawo krajowe nie może prowadzić do pozbawienia w konkretnym przypadku skuteczności prawa zaskarżenia decyzji o udzieleniu zamówienia publicznego (zob. podobnie wyroki z dnia: 12 grudnia 2002 r. w sprawie C-470/99 *Universale-Bau* i in., Rec. s. I-

11617, pkt 72; z dnia 27 lutego 2003 r. w sprawie C-327/00 Santex, Rec. s. I-1877, pkt 51 i 57, oraz ww. wyrok w sprawie Lämmerzahl, pkt 52).

Zatem, obowiązkiem zamawiającego, wynikającym zarówno z przytoczonych wyżej przepisów ustawy Pzp przewidujących podstawowe zasady udzielania zamówień, jak i wynikającym z orzecznictwa TSUE, jest zapewnienie wykonawcy możliwości realnego skorzystania z prawa wniesienia odwołania.

Przenosząc powyższe rozważania na stan faktyczny niniejszej sprawy, należy podkreślić, że o ile zrozumiałe jest nieudostępnienie przez zamawiającego dokumentów skutecznie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, o tyle za kuriozalną należy uznać sytuację, w której dokumenty zostały udostępnione przez zamawiającego w dniu upływu terminu na wniesienie odwołania. Tym samym Zamawiający uniemożliwił Odwołującemu skuteczne skorzystanie z prawa wniesienia odwołania. W efekcie udostępniając Odwołującemu dokumenty w ostatnim dniu na wniesienie odwołania, Zamawiający złamał zasady, o których mowa w art. 16 i art. 18 ust. 1 - 3 ustawy Pzp.

Zamawiający jest zobowiązany przestrzegać podstawowych zasad udzielania zamówień, co potwierdza ww. orzeczenie TSUE, w którym w pkt 62 Trybunał stwierdził: Postulat szybkości postępowania nie pozwala państwom członkowskim na odbieganie od zasady skuteczności, zgodnie z którą sposoby stosowania terminów zawitych w prawie krajowym nie mogą uniemożliwiać lub nadmiernie utrudniać wykonywania praw, jakie przysługują zainteresowanym na podstawie prawa wspólnotowego, i która leży u podstaw postulatu skutecznej drogi zaskarżenia, wyrażonego w art. 1 ust. 1 tej dyrektywy.

Nie ulega więc wątpliwości, że w okolicznościach przedmiotowej sprawy, przeszkoda w niezwłocznym udostępnieniu wnioskowanych przez Odwołującego dokumentów została wywołana nie przyczyną obiektywną, niezależną od zamawiającego, taką która wystąpiła pomimo zachowania przez Zamawiającego należytej staranności, a wyłącznie sposobem procedowania Zamawiającego naruszającym jednocześnie zasadę przejrzystości. Sposób procedowania Zamawiającego nie może wpływać na ograniczenie wykonawcy dostępu do informacji, które wykonawca ma prawo zweryfikować i wobec których również może podnieść w odpowiednim czasie konkretne zarzuty w odwołaniu.

W postępowaniu doszło niewątpliwie do zaburzenia równego traktowania wykonawców. Zamawiający podejmując czynności w postępowaniu powinien bowiem mieć na względzie treść art. 18 ust. 2 ustawy Pzp, aby nie doprowadzić własnym procedowaniem do istotnego i realnego ograniczenia wykonawcom dostępu do jawnych dokumentów, gdyż takie ograniczenie może wyłącznie wynikać z przepisu rangi ustawowej. W ocenie Izby irrelevantna jest okoliczność, że Odwołujący otrzymał wnioskowane dokumenty w dniu, w którym upływał termin na wniesienie odwołania, a także kwestie skutecznego podniesienia zarzutów, gdyż do naruszenia zasady jawności może dojść również w przypadku czasowego ograniczenia

dostępu do załączników do protokołu – Zamawiający pozostawał bowiem w nieuzasadnionej obiektywnymi względami zwłoce w udostępnieniu dokumentów, o które wnioskował Odwołujący. Izba zauważa, że Odwołujący dochował należytej staranności wnioskując o dokumenty w godzinach porannych pierwszego dnia roboczego po dokonaniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Zamawiający pozostawał w zwłoce z udostępnieniem dokumentów postępowania, czym ograniczył w sposób nieuzasadniony czas na zapoznanie się z nimi i ich weryfikację przez Odwołującego.

Reasumując, dokonując wyboru oferty w dniu 18.09.2024 r. oraz udostępniając Odwołującemu (na wniosek złożony w dniu 19.09.2024 r.) dokumenty dopiero w dniu 23.09.2024 r. o godz. 11:25, tj. ostatniego dnia, w którym Odwołujący mógł skorzystać z przysługujących mu środków ochrony prawnej, Zamawiający uniemożliwił Odwołującemu realne skorzystanie z prawa wniesienia odwołania i w konsekwencji naruszył podstawowe zasady udzielania zamówień, o których mowa w art. 16 i art. 18 ust. 1 - 3 ustawy Pzp. Dlatego odwołanie w tym zakresie zostało uwzględnione.

Skład orzekający uwzględnił również zarzut Odwołującego, który nie został wskazany w petitum odwołania, jednak pojawił się w treści uzasadnienia na stronie 9 odwołania, tj. zaniechania wezwania wykonawcy J. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą J. G. Zielony Interes z siedzibą w Krakowie do złożenia oświadczenia o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania wskazanych przez Zamawiającego, w tym podstawy wykluczenia, o której mowa w art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 13 kwietnia 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego (Dz.U. z 2024 r. poz.507).

Zgodnie z Rozdziałem VIII pkt. 2.2 lit. a) SWZ Zamawiający wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona (w przypadku skorzystania z negocjacji, o których mowa w Rozdz. XXII SWZ - po ocenie ofert dodatkowych), do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni od dnia wezwania, aktualnych na dzień złożenia następujących podmiotowych środków dowodowych: w odniesieniu do podstaw wykluczenia z postępowania (art. 108 ust. 1 ustawy Pzp i 109 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp): a) oświadczenia o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania wskazanych przez Zamawiającego, w tym podstawy wykluczenia, o której mowa w art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 13 kwietnia 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego (Dz.U. z 2024 r. poz.507). Wzór oświadczenia stanowi Załącznik nr 6 do Formularza oferty.

Izba ustaliła, że wykonawca J. G. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą J. G. Zielony Interes z siedzibą w Krakowie złożył załącznik nr 6 do Formularza oferty wraz z samą ofertą, a Zamawiający nie wzywał ww. wykonawcy do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni od dnia wezwania, oświadczenia, aktualnego na dzień złożenia, stanowiącego Załącznik nr 6 do Formularza oferty.

Zgodnie z art. 274 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do

złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni od dnia wezwania, podmiotowych środków dowodowych, jeżeli wymagał ich złożenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych.

Stosownie do art. 274 ust. 1 ustawy Pzp minimalny termin, jaki zamawiający jest obowiązany wyznaczyć wykonawcy na złożenie podmiotowych środków dowodowych, wynosi 5 dni od dnia wezwania. Złożone przez wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z art. 274 ust. 1 ustawy Pzp podmiotowe środki dowodowe powinny być aktualne na dzień ich złożenia.

Dodatkowo, sam Zamawiający w dokumentach zamówienia przewidział takie wezwanie, zatem nieuprawnione było zaniechanie powyższego. Należy podkreślić, że specyfikacja warunków zamówienia jest podstawowym dokumentem kształtującym reguły obowiązujące w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Jej postanowienia są wiążące w równym stopniu, zarówno dla wykonawców biorących udział w postępowaniu, jak i dla zamawiającego, zarówno na etapie składania ofert, jak i na etapie ich oceny. Zamawiający nie jest więc uprawniony w toku badania ofert dokonywać swobodnej oceny, które z wymogów zawartych przez niego uprzednio w specyfikacji warunków zamówienia są mu potrzebne, a które nie.

W związku z powyższym Izba uwzględniła zarzut odwołania i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawcy J. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą J. G. Zielony Interes z siedzibą w Krakowie do złożenia oświadczenia o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania wskazanych przez Zamawiającego, w tym podstawy wykluczenia, o której mowa w art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 13 kwietnia 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego (Dz.U. z 2024 r. poz.507).

Izba oddaliła zaś odwołanie w zakresie naruszenia art. 16 pkt. 1 – 3 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt. 2) lit. b) i c) ustawy Pzp przez naruszenie zasady nakazującej prowadzenie

postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz w sposób przejrzysty i proporcjonalny, a także poprzez bezzasadne zaniechanie czynności odrzucenia oferty Wykonawcy J. G. Zielony Interes, mimo że oferta wykonawcy nie spełnia warunków udziału w postępowaniu lub który nie złożył w przewidzianym terminie wymaganych podmiotowych środków dowodowych, potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz naruszenia art. 239 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8, pkt 2) lit. b), c) ustawy Pzp przez wybór oferty wykonawcy J. G. Zielony Interes jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, pomimo iż wykonawca winien zostać wykluczony, a jego oferta zostać uznana za odrzuconą.

Odwołujący podnosił, iż wykonawca nie potwierdził spełnienia warunków udziału w postępowaniu, względnie uzupełnione przez wykonawcę referencje oraz inne dokumenty (protokół odbioru, dowody wypłaty wynagrodzenia) nie potwierdzają faktu należytego wykonania zamówienia (pomimo wyraźnego w tym zakresie wezwania przez Zamawiającego) oraz ze względu na to, że wskazane w wykazie usługi wraz z referencjami i pozostałymi załączonymi dokumentami nie potwierdzają spełnienia warunku postawionego w SWZ.

Z powyższym nie sposób się zgodzić.

Pismem z dnia 28.08.2024 r. wykonawca J. G. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą J. G. Zielony Interes z siedzibą w Krakowie przekazał wykaz usług, w którym wskazał:

- kontynuację prac konserwatorskich i rewitalizacyjnych w obrębie zabytkowej zieleni fortecznej przy Forcie 52 1/2 "Skotniki" Sidzina przy ulicy Kozienickiej 33 - na rzecz Firmy Konserwatorskiej P. B., Zabytki Malarstwa, Rzeźby, Architektury sp. z o.o.,
- pielęgnację drzew rosnących na terenie zabytkowego Parku Miejskiego w Andrychowie – na rzecz Gminy Andrychów,
- kontynuację prac konserwatorskich i rewitalizacyjnych w obrębie zabytkowej zieleni fortecznej przy Forcie 52 1/2 "Skotniki" Sidzina przy ulicy Kozienickiej 33 - na rzecz Firmy Konserwatorskiej P. B., Zabytki Malarstwa, Rzeźby, Architektury sp. z o.o.

Wykonawca dołączył też:

- referencje z dnia 23.08.2024 r. wystawione przez Firmę Konserwatorską P. B., Zabytki Malarstwa, Rzeźby, Architektury sp. z o.o. dotyczące umowy z dnia 08.09.2023 r. o wartości 107.000 zł netto (pkt 3 nowego wykazu),
- referencje z dnia 23.08.2024 r. wystawione przez Firmę Konserwatorską P. B., Zabytki Malarstwa, Rzeźby, Architektury sp. z o.o. dotyczące umowy z dnia 05.07.2021 r. o wartości 165.000 zł netto (pkt 1 nowego wykazu),
- protokół odbioru prac realizowanych w ramach ww. umowy z dnia 05.07.2021 r. zawartej z Firmą Konserwatorską P. B., Zabytki Malarstwa, Rzeźby, Architektury sp. z o.o.,

referencje Burmistrza Andrychowa z dnia 26.08.2024 r. dotyczące umowy z

21.07.2022 r. o wartości 102.168 zł brutto.

Zgodnie z § 9 ust. 1 pkt 1) i 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, zamawiający na potwierdzenie spełniania warunku doświadczenia może żądać od wykonawców nie tylko wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, lub wykazu 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 lub są wykonywane, ale także odpowiednio: – dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane lub – 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.

Zatem, ww. przepis nie ogranicza katalogu dowodów, które mogą zostać złożone przez wykonawcę. Przepis wskazuje referencje jako dokument podstawowy, jednak na równych zasadach traktuje każdy inny dokument, z którego będzie wynikać należyte wykonanie usług.

Dokument referencji nie musi też wprost zawierać stwierdzenia, że określona dostawa lub usługa została wykonana należycie, bowiem istotne jest, aby z treści dokumentu wynikała prawidłowość wykonania dostawy lub usług. Zauważyć należy, że przez należyte wykonanie zamówienia należy rozumieć zgodnie z art. 355 § 1 kodeksu cywilnego staranność ogólnie wymaganą w stosunkach danego rodzaju, przy czym ocena należytej staranności powinna uwzględniać całokształt zachowań dłużnika, a nie tylko prawidłowe techniczne wykonanie czynności. Dokument referencyjny musi posiadać treść, niezależnie czy w postaci stwierdzenia wprost czy też opisowy, ale pozwalający na wyciągnięcie wniosku wynikającego z przepisu § 9 ust. 1 pkt 2 ww. rozporządzenia o należytych wykonaniu lub wykonywaniu dostawy lub usługi. (vide wyrok KIO z dnia 7 grudnia 2021 r., sygn. akt KIO 3423/21).

Dlatego też przedłożone przez wykonawcę dokumenty potwierdzają należyte wykonanie usług, bowiem zarówno dokument z dnia 23.08.2024 r. wystawiony przez Firmę Konserwatorską P. B., Zabytki Malarstwa, Rzeźby, Architektury sp. z o.o. dotyczący umowy z dnia 08.09.2023 r. o wartości 107.000 zł netto (pkt 3 nowego wykazu), jak również dokument

z dnia 23.08.2024 r. wystawiony przez Firmę Konserwatorską P. B., Zabytki Malarstwa, Rzeźby, Architektury sp. z o.o. dotyczący umowy z dnia 05.07.2021 r. o wartości 165.000 zł netto (pkt 1 nowego wykazu), stanowi dokument referencyjny, zgodnie z tytułem. W języku polskim „referencje” to dokument polecający kogoś, a sama okoliczność, że w złożonych przez wykonawcę dokumentach nie znalazły się „elementy ocenne” - brak sformułowania „wykonane należycie” czy znaczeniowo tożsamy nie dyskwalifikuje dokumentu jako potwierdzającego należyte wykonanie usług. Jeżeli zaś chodzi o referencje Burmistrza Andrychowa z dnia 26.08.2024 r. dotyczące umowy z 21.07.2022 r. o wartości 102.168 zł brutto, to prócz tego, że dokument ten został zatytułowany „referencje”, znalazło się także sformułowanie „usługi wykonane zostały zgodnie z zapisami umowy”. Taki sposób wykazania należytego wykonania należy uznać za prawidłowy.

Również za chybiony należy uznać argument Odwołującego o posłużeniu się przez wykonawcę J. G. Zielony Interes wartością netto w wykazie usług. Jak słusznie zauważył Zamawiający, parametr usługi jest mierzony na potrzeby spełniania warunku od poziomu minimalnego 100 000 zł brutto – zatem wykazanie umowy o wartości netto 107 000 zł, a tym bardziej – powiększonej jeszcze o podatek vat zgodny z obowiązującymi na tamten moment przepisami prawa podatkowego, w żaden sposób nie uchybia minimalnemu poziomowi zdolności wyrażonemu w warunku dostępowym w kwocie 100 000, 00 zł (uwzględniającej daninę publiczną).

Odwołujący podnosił także, że z załączonych przez wykonawcę J. G. Zielony Interes umów (z Firmą Konserwatorską P. B., Zabytki Malarstwa, Rzeźby, Architektury Sp. z o. o. oraz z Gminą Andrychów) wynika, iż przedmiotem prac były oprócz wymaganej w SWZ pielęgnacji zieleni również inne roboty, takie jak prace ziemne obejmujące perzowanie skarp oraz plantowanie terenu. W rezultacie, zdaniem Odwołującego, z załączonej przez wykonawcę J. G. dokumentacji nie wynika, czy wykonawca zrealizował wymagane w SWZ trzy usługi obejmujące pielęgnację zieleni na kwotę 100.000 zł każda.

Zamawiający wyjaśnił zaś, że działania związane z perzowaniem i plantowaniem są typowymi, stosowanymi co najmniej od XIX wieku na skarpach i stokach, zabiegiem w celu ograniczenia erozji i zarastania skarp, wymagającym pielęgnacji i utrzymania sadzonek perzu do czasu ich intensywnego rozrostu. Stosowano je przede wszystkim na budowach ziemnych, zwłaszcza na wałach, nasypach, czy innych podobnych. Zabiegi takie obecnie są głównie stosowane w terenach zabytkowych zwłaszcza na obiektach fortecznych, a są to zabiegi trudne, czaso- i kosztochłonne, wymagające fachowej wiedzy i umiejętności.

Zamawiający powołał się również na literaturę przedmiotu, podnosząc, że jak podaje w 1981 roku, Michał Rożek w książce, Kopiec Kościuszki w Krakowie: „Według przedstawionego przez Komitet Budowy Pomnika Tadeusza Kościuszki zestawienia finansowego za okres od 1818 do 1 czerwca 1825 r. zebrano 178 151 zł 4 gr. Największe

wpływy odnotowano w 1821 r., a z racji wysokości darowanej sumy w gotówce – nazwisko hrabiego Artura Potockiego. Wydatkowano natomiast 169 000 zł 8 gr. Największa część sumy przypadła na „sypanie ziemi, ubijanie, perzowanie i plantowanie” (108 733 zł 18 gr), następnie łamanie kamienia i zwózka, zapłata dla rzemieślników – cieśli, murarzy i

kowali, narzędzia i sprzęty, materiał – drewno, cegła, woda (...)."

Zatem stosowanie tej metody pielęgnacji zieleni jest powszechnie uznane w branży i mające zastosowanie w ramach zabiegów pielęgnacji zieleni, co więcej jest również historycznie utrwalone, co potwierdza powyższy opis. Dlatego też Izba uznała, że Zamawiający nie miał obowiązku wzywania wykonawcy do złożenia stosownych wyjaśnień, gdyż wykazywane usługi potwierdzały warunek udziału w postępowaniu.

Izba oddaliła również zarzut nr 4 odwołania, tj. naruszenie art. 239 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie dokonania czynności polegającej na wyborze oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Zgodnie z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Izba stwierdziła, że w żadnej części odwołania nie było przedstawionej argumentacji odnoszącej się do naruszenia postanowień dokumentów zamówienia w zakresie kryteriów oceny ofert, ich zastosowania lub nie, czy też stosowania kryteriów niewyartykułowanych w dokumentach zamówienia. Odwołujący nie poczynił żadnego uzasadnienia faktycznego naruszenia powyższej podstawy prawnej odnoszącego się do nieprawidłowej czynności Zamawiającego w zakresie oceny ofert w ramach ukształtowanych kryteriów oceny ofert. Argumentacja jaka została zawarta w odwołaniu stanowi wynikową innych podnoszonych zarzutów i w żaden sposób nie jest powiązana z czynnością oceny oferty w ramach kryteriów, tj. na podstawie i w granicach tychże kryteriów oceny ofert jakie przyjął Zamawiający w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. (por. wyrok KIO z dnia 16 stycznia 2023 r. sygn. akt KIO 22/23).

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy 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 (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Izba uwzględniła dwa, spośród czterech zasadniczych zarzutów sformułowanych w treści złożonego odwołania. Z uwagi na powyższe, obciążyła kosztami postępowania

odwołującego i zamawiającego w części 1/2. W poczet kosztów postępowania odwoławczego zaliczono uiszczony wpis i zasądzono od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 5622,00 zł, stanowiącą uzasadnione koszty strony, zasądzając połowę wpisu od odwołania i połowę wynagrodzenia pełnomocnika oraz połowę kwoty biletu kolejowego, tj. w takiej części, w jakiej zasadne okazały się zarzuty odwołania.

Przewodnicząca: