

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska
Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 marca 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 lutego 2024 r. przez odwołującego Legnickie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. w Legnicy w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Legnica przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego M.R. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M.R. Ogrody - Rączkiewicz w Legnicy

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu:

1.1. unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej,

1.2. powtórzenie badania i oceny ofert, w tym wezwanie na podstawie art. 128 ust. 4 p.z.p. i/lub art. 128 ust. 1 p.z.p. odwołującego Legnickie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. w Legnicy w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania odpowiedniej zdolności zawodowej w postaci doświadczenia w wykonaniu co najmniej jednego zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w rozdziale VI pn. Warunki udziału w postępowaniu, pkt 1.6.1 zdolności techniczne lub zawodowe, ppkt 1.6.1.1. SWZ,

1.3. w pozostałym zakresie odwołanie oddać,

2. kosztami postępowania odwoławczego w części 1/3 obciąża zamawiającego Gminę Legnica oraz w części 2/3 obciąża odwołującego Legnickie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. w Legnicy i:

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania kwotę 12 106,00 zł (dwanaście tysięcy sto sześć złotych) stanowiącą uiszczony wpis od odwołania i uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego,

2.2. zasądza od zamawiającego Gminy Legnica na rzecz odwołującego Legnickiego Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. w Legnicy kwotę 4035,00 zł (cztery tysiące trzydzieści pięć złotych) tytułem zwrotu części kosztów postępowania odwoławczego.

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.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Legnica, reprezentowana przez Prezydenta Miasta Legnica, z siedzibą Pl. Słowiański 8, 59-220 Legnica, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Utrzymanie terenów zieleni w centrum miasta”, o ogłoszeniu o zamówieniu opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 7 lutego 2024 r. pod numerem 2024/BZP 00095831/01, dalej zwane „postępowaniem”.

Postępowanie na usługę, o wartości poniżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2023 r. poz. 1605 ze zm.), dalej zwanej „p.z.p.”, jest prowadzone przez zamawiającego w trybie podstawowym.

W dniu 28 lutego 2024 r. odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego wniósł wykonawca Legnickie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. ul. Nowodworska 60, 59-220 Legnica, dalej zwany „odwołującym”. We wniesionym środku zaskarżenia odwołujący postawił zamawiającemu następujące zarzuty naruszenia (pisownia oryginalna):

1. art. 16 pkt 1 PrZamPubl poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, w szczególności wskutek wyboru wykonawcy, który zaoferował cenę wyższą narażając tym samym budżet Gminy Legnica,

2. art. 17 ust. 1 i 2 PrZamPubl poprzez dokonanie wyboru wykonawcy niezgodnie z przepisami PrZamPubl, w

szczegółności wskutek zaniechania uzyskania od LPGK Sp. z o.o. rzetelnych i kompleksowych wyjaśnień w sprawie przedstawionych referencji/oświadczeń,

3.art. 226 ust. 1 pkt 2b) ustawy PrZamPubl w zw. z art. 16 i 17 ust 1 i 2 ustawy PrZamPubl - polegające na odrzuceniu oferty Odwołującego z uwagi na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu, podczas gdy Odwołujący spełniał wszystkie warunki określone przez Zamawiającego wynikające z SWZ i przepisów prawa powszechnego,

4.art. 239 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 oraz 17 ust. 1 i 2 ustawy PrZamPubl polegające na wyborze najkorzystniejszej oferty OGRODY RĄCZKIEWICZ M.R., podczas gdy najkorzystniejszą ofertą była oferta Odwołującego;

5.art. 223 ust. 1 PrZamPubl poprzez zaniechanie uzyskania od OGRODY RĄCZKIEWICZ rzetelnych i kompleksowych wyjaśnień w sprawie złożonej oferty w zakresie ceny z pozycji VII pkt 2 Formularza cenowego cyt.: „Opróżnianie koszy o pojemności 120-140 litrów” celem porównania części składowych ofert konkurencyjnych;

6.art. 226 ust. 1 pkt 7 PrZamPubl poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, w szczególności poprzez utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy M.R. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M.R. Ogrody – Rączkiewicz (dalej zwanego także jako „wykonawca Ogrody Rączkiewicz”), unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego; powtórzenia czynności: ponownego przygotowania dokumentacji, badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej. Wniesiono także o nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Ogrody Rączkiewicz i wykluczenie tego wykonawcy. Ponadto wniesiono o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, zgodnie ze spisem kosztów z załącznikami, który złożono na rozprawie.

W uzasadnieniu środka zaskarżenia odwołujący wskazał co następuje. W dniu 23 lutego 2024 r. zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawcy Ogrody Rączkiewicz w przetargu pn. „Utrzymanie terenów zieleni w centrum miasta” oraz powiadomił o tej czynności wykonawców. Zaproponowana przez tego wykonawcę całkowita cena realizacji usługi wynosi 1.055.634,24 zł i była to najwyższa cena spośród wszystkich złożonych ofert. Zamawiający na sfinansowanie usługi przeznaczył kwotę 1.063.812,00 zł. Jednocześnie zamawiający odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b p.z.p., w ocenie odwołującego decyzja ta pozbawiona jest racji faktycznych, jak i prawnych.

Zamawiający odrzucając ofertę odwołującego wskazał, iż odwołujący nie spełnił warunku z rozdziału SWZ VI. pn. Warunki udziału w postępowaniu, pkt 1.6.1 zdolności techniczne lub zawodowe, ppkt 1.6.1.1., ponieważ w załączonych do oferty dokumentach brak wykazania jednego zadania potwierdzającego wymagane doświadczenie zawodowe wykonawcy tj. obejmującego łącznie: - bieżące utrzymanie terenów zieleni, - pielęgnacji roślin ozdobnych, bylin, traw, krzewów, drzew, - pielęgnacji drzew - całkowity brak, -zakładanie kwiatowych rabat bordiurowych - całkowity brak, - koszenie trawników i usuwanie skutków śliskości w okresie zimowym na terenach o łącznej powierzchni minimum 8ha.

Zdaniem odwołującego, w pierwszej kolejności, wskazać należy, że wraz z ofertą przedstawił umowy w ramach, których wykonywał dla zamawiającego „Pielęgnacje eksponatów botanicznych na ogrodach tematycznych dbanie o stan kwiatów rabatowych , bylin, drzew i krzewów wysadzanych w ogrodach tematycznych poprzez nawożenie, usuwanie uszkodzonych, złamanych oraz drobnych pędów i gałęzi, formowanie i cięcie, sprawdzanie podpór i wiązań młodych drzewek i krzewów, zabezpieczenie przed wiatrem i mrozem” (dowód: specyfikacja techniczna - załącznik numer 1 do umowy nr IK.51.2021.V, - specyfikacja techniczna- załącznik numer 1 do umowy nr IK.47.2021.V, - specyfikacja techniczna - załącznik numer 1 do umowy nr IK.50.2021.V). Zatem zamawiający posiadał pełną wiedzę, że odwołujący spełniał w całości warunki dotyczące udziału w postępowaniu. Zarówno w zakresie pielęgnacji drzew, jak i zakładaniu kwiatowych rabat. Co więcej, odwołujący posiada kompetencje nie tylko w zakresie pielęgnacji drzew i krzewów ozdobnych, ale również drzew i kwiatów egzotycznych.

Ponadto według odwołującego zamawiający ograniczył dostęp do postępowania innym wykonawcom poprzez użycie sformułowania dotyczącego doświadczenia w zakresie „zakładania kwiatowych rabat bordiurowych”, które to pojęcie nie istnieje i zostało stworzone przez zamawiającego wyłącznie na potrzeby postępowania, bez jakiegokolwiek zdefiniowania pojęcia „rabat bordiurowych”. Natomiast jeśli zapisy SWZ są niejednoznaczne i dopuszczalna jest szersza interpretacja, to należy pamiętać, że wszelkie niejasności należy tłumaczyć na korzyść wykonawców.

Odwołujący dalej podniósł, że pismem z dnia 20 lutego 2024 r., działając na podstawie art. 224 ust 1 p.z.p., zamawiający wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień cyt.: „budzących wątpliwości zamawiającego”. Zastanawiającym jest fakt, że na dzień przesłania pisma jedyną kwestią budzącą wątpliwości były jedynie elementy składowe części zaoferowanej ceny, nie zaś posiadane kwalifikacje i doświadczenie odwołującego. W szczególności, że w SWZ i ogłoszeniu (sekcja V pkt 5.4) ppkt 1) brak było informacji, że usługi muszą być spełnione łącznie w jednym zamówieniu. Skoro zaś nie było takiego sformułowania w dokumentacji postępowania, to zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty odwołującego.

Zamawiający nie wezwał wykonawcy Ogrody Rączkiewicz do wyjaśnienia referencji w zakresie zakładania kwiatowych rabat bordiurowych. Wykonawca nie przedstawił referencji ściśle w tym zakresie. Wystawione przez zamawiającego w dniu 02.01.2024 r. referencje dla tego wykonawcy wskazują, że jedynie zakładał „kwiatowe dywany bordiurowe” (wiersz 24 rzeczonych referencji), a nie „kwiatowe rabaty bordiurowe”. Zamawiający, z niezrozumiałych przyczyn, nie wezwał wykonawcy do wyjaśnienia przedstawionych referencji w zakresie niejasnych zapisów dotyczących spełnienia warunku w zakresie prac przy cyt. „zakładaniu kwiatowych rabat bordiurowych”. Zachodzi zatem podejrzenie, że zamawiający na własne potrzeby wybiera i swobodnie interpretuje przedstawione przez wykonawców dokumenty, nie biorąc pod uwagę istotnego kryterium, na podstawie którego wybiera oferty. Kryterium tym powinna być umiejętność zakładania rabatów kwiatowych, czyli nasadzenia roślin, mający zazwyczaj formę pasa o szerokości zwykle od 0,5 do 1,5 metra (czasami szerzej), przy czym długość rabaty powinna przewyższać jej szerokość nie mniej niż trzy razy.

Odwołujący dodał, że jak wykazuje teza wyroku KIO z dnia 20 kwietnia 2023 r., sygn. akt: KIO 981/23 czynność wykluczenia (odrzućenia) oferty z postępowania wykonawcy jako niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, wymaga wcześniejszego wyczerpania procedury uzupełnienia lub poprawienia oświadczeń. Oferta odwołującego spełniała wszystkie warunki udziału w postępowaniu i powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Zamawiający ustalając kryterium oceny ofert tylko na podstawie ceny, powinien mieć również na względzie zapisy ustaw o finansach publicznych, a także dyscyplinie finansów publicznych, zaś niejasne zapisy warunków udziału w postępowaniu na korzyść wykonawcy, który przedstawił możliwie jak najniższą cenę. Należy poddać również w wątpliwość, że w zakresie warunków udziału w postępowaniu z sekcji V kwalifikacja wykonawców pkt 5.4) ppkt 1, na dzień przesyłania wyjaśnień, żadne z wymaganych referencji/oświadczeń nie budziły wątpliwości zamawiającego.

W ocenie odwołującego, w zakresie oferty wykonawcy Ogrody Rączkiewicz, zaniechano wezwania go do złożenia wyjaśnień ceny, tożsamy, jak w zakresie wezwania skierowanego odwołującego – pismo z dnia 20 lutego 2024 r., na podstawie art. 224 ust. 1 p.z.p. – celem porównania istotnych części składowych zaoferowanej ceny. Co istotne, na dzień przesłania pisma jedyną kwestią budzącą wątpliwości były jedynie elementy składowe części zaoferowanej ceny, kiedy zamawiający jest świadom specyfiki działalności odwołującego, będąc jego 100% udziałowcem, ma zatem wiedzę o sposobie działania i funkcjonowaniu spółki, też w zakresie posiadanych kwalifikacji oraz doświadczenia.

Jak wyjaśniono w złożonym na wezwanie zamawiającego piśmie, odwołujący posiada własną instalację przetwarzania odpadów, co powoduje dużo niższe koszty zagospodarowania odpadów. Natomiast wykonawca Ogrody Rączkiewicz w tym zakresie prawdopodobnie zawyżył koszty zagospodarowania odpadów, dostosowując ofertę cenową do planowanych przez zamawiającego środków na zrealizowanie tego zadania. Odwołujący w piśmie z dnia 21.02.2024 r., zawierającym wyjaśnienia, wskazywał na tą okoliczność. Pomimo powzięcia takich informacji oraz dostępnych cenników kosztów zagospodarowania odpadów zamawiający nie wezwał wykonawcy Ogrody Rączkiewicz do złożenia wyjaśnień w przedmiotowym zakresie - kosztów zagospodarowania odpadów.

Odwołujący dodał także, że zamawiający nie może swobodnie kształtować/szacować w postępowaniu w ramach zamówień publicznych kwot na sfinansowanie danego zadania. W dokumentacji brak jest jakiegokolwiek dokumentu wskazującego na podjęcie czynności ustalenia rynkowej wartości przedmiotowego zadania, czy też na jakiej podstawie ustalono kwotę przeznaczoną na sfinansowanie tego zadania. Wskazuje to na naruszenie zasad przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, zawartych w art. 16 p.z.p.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie ustnej do protokołu wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości.

Wobec spełnienia przesłanek art. 525 ust. 1-3 p.z.p. Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę M.R. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M.R. Ogrody – Rączkiewiczul. Gombrowicza 21/3; 59-220 Legnica (dalej zwanego „przystępującym”), który zgłosił przystąpienie po stronie zamawiającego. Przystępujący przedstawił swoje stanowisko procesowe w formie pisemnej – pismo z dnia 11 marca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, stanowiskiem przystępującego, konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk złożonych do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 p.z.p. i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 p.z.p., a odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z wymaganiami art. 505 ust. 1 p.z.p. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 p.z.p., których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy.

Izba ustaliła, że stan faktyczny nie był między stronami sporny i został w sposób prawidłowy, mający odzwierciedlenie w materiale procesowym, przedstawiony przez odwołującego. Strony różniły się natomiast oceną prawną zaistniałych okoliczności faktycznych w zakresie spełnienia przez odwołującego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego legitymowania się odpowiednią zdolnością określoną w rozdziale VI pn. warunki udziału w postępowaniu, pkt 1.6.1 zdolności techniczne lub zawodowe, ppkt 1.6.1.1. SWZ. Zamawiający w informacji o rozstrzygnięciu postępowania dokonał odrzucenia oferty odwołującego, jako oferty wykonawcy niespełniającego warunków udziału w postępowaniu (art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b p.z.p.), co zdaniem odwołującego było nieprawidłowe (zarzuty nr 2-3). W ocenie odwołującego zamawiający także wadliwie ocenił ofertę przystępującego, która nie jest ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu (zarzut nr 4 i nr 1). Ponadto przystępujący powinien zostać wezwany do złożenia wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny z pozycji VII pkt 2 formularza oferty (zarzut nr 5), zaś jego oferta powinna zostać odrzucona (zarzut nr 6).

Skład rozpoznający spór dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p., który stanowi, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Uwzględniając zgromadzony materiał procesowy przedłożony przez strony, po dokonaniu ustaleń na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności w oparciu o postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, SWZ, korespondencję prowadzoną w toku postępowania, mając na względzie zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu, Izba stwierdziła, że sformułowane przez odwołującego zarzuty znajdują częściowe potwierdzenie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, więc rozpoznawane odwołanie zasługuje na częściowe uwzględnienie.

W przedmiocie zarzutu nr 2 dotyczącego naruszenia art. 17 ust. 1-2 p.z.p. poprzez dokonanie wyboru wykonawcy niezgodnie z przepisami p.z.p., w szczególności wskutek zaniechania uzyskania od odwołującego rzetelnych i kompleksowych wyjaśnień w sprawie przedstawionych referencji/oświadczeń oraz zarzutu nr 3 dotyczącego naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 16 i 17 ust. 1-2 p.z.p. poprzez odrzucenie oferty odwołującego z uwagi na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu, podczas gdy odwołujący spełniał wszystkie warunki określone przez zamawiającego wynikające z SWZ i przepisów prawa powszechnego, skład orzekający stwierdził co następuje.

W dokumentacji postępowania zamawiający postawił wykonawcom warunek, aby: „1.6.1.1. Wykonawca wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonuje, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie co najmniej 1 zamówienie polegające na bieżącym utrzymaniu terenów zieleni wraz z pielęgnacją roślin ozdobnych, bylin, traw, krzewów, drzew, zakładaniu kwiatowych rabat bordiurowych, koszeniu trawników oraz usuwaniu skutków śliskości w okresie zimowym na terenach o łącznej powierzchni minimum 8 ha”.

Na wezwanie zamawiającego, wystosowane w dniu 16 lutego 2024 r., w trybie art. 274 ust. 1 p.z.p. dotyczącym wezwania do złożenia podmiotowych środków dowodowych, odwołujący przedłożył wykaz doświadczenia zawodowego wraz z poświadczeniami pochodzącymi od podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane/są wykonywane, tj. poświadczenia/referencje/umowy (zgodnie z wymogiem rozdziału VII lit. B pkt 2 SWZ). Zamawiający nie wzywał odwołującego do wyjaśnienia ani do uzupełnienia zdolności podmiotowych. W postępowaniu wzywano stronę wyłącznie do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny. W dniu 23 lutego 2024 r. zamawiający odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b p.z.p. jako ofertę wykonawcy, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, co zaskarżono.

W ramach natury ogólnej należy zaznaczyć, że Krajowa Izba Odwoławcza nie jest związana podstawą prawną podaną przez odwołującego przy dokonywaniu kwalifikacji naruszenia prawa przez zamawiającego. Sąd Najwyższy w swoich orzeczeniach wskazuje, że sąd nie jest związany wskazaną przez powoda podstawą prawną roszczenia, przeciwnie – jest zobowiązany rozpatrzyć sprawę wszechstronnie i wziąć pod rozwagę wszystkie przepisy prawne, które powinny znaleźć zastosowanie w rozważanym przypadku (np. wyroki SN: z 30.11.2016 r. sygn. akt: III CSK 351/15, z 28.03.2014 r. sygn. akt: III CSK 156/13, z 19.03.2012 r. sygn. akt: II PK 175/11, z 12.12.2008 r. sygn. akt: II CSK 367/08 z 29.10.2008 r. sygn. akt: IV CSK 260/08, z 27.03.2008 r. sygn. akt: II: CSK 524/07, z 02.12.2005 r. sygn. akt: II CK 277/05 z 13.07.2005 r. sygn. akt: I CK 132/05).

Przenosząc powyższy pogląd na grunt postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą – w myśl zasady *da mihi factum, dabo tibi ius* – Izba, w ramach dokonywanej subsumpcji, jest uprawniona do oceny odwołania w aspekcie tych norm prawnych, które powinny zostać zastosowane w danej sprawie. Izba nie jest natomiast związana podstawą prawną wskazaną przez odwołującego. Stanowisko to potwierdzają sądy powszechne, gdzie trafnie stwierdza się, że zakres zarzutów wyznaczają okoliczności faktyczne, w których odwołujący upatruje niezgodności z przepisami ustawy (tak wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z 29.06.2018 r. sygn. akt: XIII Ga 546/18, wyrok Sądu Okręgowego w Rzeszowie z 18.04.2012 r. sygn. akt: I Ca 117/12, wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29.06.2009 r. sygn. akt: X

Ga 110/09).

Izba jest związana zawartymi w odwołaniu zarzutami (art. 555 p.z.p.), ale nie jest związana przyjętą przez odwołującego kwalifikacją prawną okoliczności faktycznych wskazanych w zarzucie. Ustawodawca wymaga wskazania przez odwołującego czynności lub zaniechania zamawiającego, które doprowadziły do naruszenia ustawy, zwięzłego przedstawienia zarzutów, a także określenia żądania oraz okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie środka zaskarżenia (art. 516 ust. 1 pkt 7-10 p.z.p.). Natomiast art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p. stanowi, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia – niezależnie od tego, jak to naruszenie zostanie zakwalifikowane przez odwołującego. Innymi słowy, Izba nie jest związana podstawą prawną podaną przez odwołującego i ustalone okoliczności faktyczne – które mogą być kwalifikowane według różnych norm prawnych, uzasadniają rozważenie ich przez Izbę, nawet jeżeli są to odmienne normy niż te, które zostały wskazane w odwołaniu. Krajowa Izba Odwoławcza stwierdzając naruszenie prawa dokonuje kwalifikacji prawnej, zarówno tego naruszenia, jak i skutków, jakie to stwierdzenie ze sobą niesie, co znajdzie odzwierciedlenie w rozstrzygnięciu zawartym w sentencji orzeczenia.

Skład orzekający ustalił, że w postępowaniu zamawiający nie korzystał z trybu naprawczego uregulowanego w art. 128 ust. 1 p.z.p., zgodnie z którym, jeżeli podmiotowe środki dowodowe są niekompletne lub zawierają błędy zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia. Zastosowanie tego trybu jest obligatoryjne, ustawodawca nie pozostawił zamawiającemu żadnej dowolności, zezwalając na rezygnację z wezwania do uzupełnienia jedynie, gdy oferta podlega odrzuceniu, bez względu na jej uzupełnienie lub poprawienie (czyli w każdym innym wypadku, kiedy ewentualne uzupełnienie/poprawienie nie spowoduje, że potencjał hipotetycznie może zostać prawidłowo wykazany – przykładowo, kiedy dojdzie do wypełnienia hipotezy art. 226 ust. 1 pkt 10 p.z.p.), albo jeżeli zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania, i żadna z tych sytuacji nie wystąpiła w rozpoznawanym sporze. Zamawiający także nie podjął się podnoszenia, a tym bardziej udowodnienia, że art. 128 p.z.p. nie ma zastosowania w sprawie, i że powinien odstąpić od obligatoryjnego, ustawowego wezwania odwołującego przed odrzuceniem jego oferty.

Powyższe oznacza, że w ustalonym stanie rzeczy, przed eliminacją odwołującego z postępowania i uznaniem, że nie wykazał on w sposób odpowiedni posiadania wymaganych zdolności podmiotowych, zamawiający powinien wezwać go do uzupełnienia. Na gruncie uchylonych przepisów p.z.p. omawiana norma była uregulowana w art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) i dotychczasowe, ugruntowane orzecznictwo – wobec jedynie redakcyjnej zmiany brzmienia przepisu – pozostaje nadal aktualne. Jak trafnie zatem wskazał Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 25 czerwca 2019 r., sygn. akt: XXIII Ga 302/19, „W sytuacji, gdy wykonawca na wezwanie zamawiającego nie przedłoży wymaganych oświadczeń lub dokumentów lub nie będzie wynikało z nich, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu lub nie podlega wykluczeniu, wówczas zastosowanie znajdzie dyspozycja art. 26 ust. 3 pzp. (...) Procedura przewidziana w art. 26 ust. 3 pzp ma charakter jednorazowy. Dopiero jednak po zastosowaniu tej procedury, jeżeli dany wykonawca nadal nie potwierdzi, że spełnia warunki udziału w postępowaniu lub nie podlega wykluczeniu, zamawiający na podstawie art. 26 ust. 1 lub 2 pzp wezwie kolejnego wykonawcę, który złożył ofertę najwyższej ocenioną spośród pozostałych ofert do przedłożenia stosownych dokumentów. Wezwanie do uzupełnienia dokumentów nie jest zaś prawem zamawiającego, tylko jego obowiązkiem, którego nie może pominąć. (...) Zamawiający nie może zatem wykluczyć wykonawcy z postępowania z powodu niewykazania warunków udziału w postępowaniu lub niewykazania braku podstaw wykluczenia (art. 24 ust. 1 pkt 12 pzp), jeżeli nie zastosował wcześniej w tym zakresie art. 26 ust. 3 pzp. Ponadto obowiązek określony w art. 26 ust. 3 pzp nie jest uzależniony od przewidywań co do tego, w jaki sposób wykonawca zareaguje na wezwanie do uzupełnienia dokumentów oraz czy i jakie dokumenty uzupełni.” Zatem eliminacja odwołującego z postępowania, jako wykonawcy niespełniającego spornego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wymaganej zdolności zawodowej (art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b p.z.p.), bez wezwania go do uzupełnienia w trybie art. 128 ust. 1 p.z.p., jest przedwczesna i narusza ustawę p.z.p.

Izba stwierdziła dalej, że zamawiający nie korzystał w postępowaniu także z art. 128 ust. 4 p.z.p., na podstawie którego może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 p.z.p., lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów bądź oświadczeń składanych w postępowaniu (tu w zakresie doświadczenia w usłudze utrzymania terenów zielonych o charakterystyce wskazanej w rozdziale VI pkt 1.6.1, ppkt 1.6.1.1. SWZ), kiedy zgodnie z przedłożonymi umowami na utrzymanie palmiarni, w załącznikach nr 1 do umów – specyfikacja techniczna, w pkt 2 mamy odmładzanie drzewek cytrusowych, w pkt 27 dbanie o stan m.in. drzew (nawożenie, usuwanie uszkodzonych pędów i gałęzi, formowanie i cięcie, sprawdzanie podpór i wiązań młodych drzewek, zabezpieczenie przed wiatrem i mrozem), co może wpisywać się w wymóg pielęgnacji drzew, którego niespełnienie wskazano w informacji o rozstrzygnięciu, a w pkt 8 mamy nasadzanie nowych roślin i uzupełnianie ubytków w roślinach oraz wykonywanie nasadzeń roślin sezonowych w klombach Ogrodu Czerwieni

i Purpury, co może wpisywać się w wymóg zakładania rabat bordiurowych.

Zamawiający powinien wskazać okoliczność wyjaśnić podczas badania i oceny ofert – zastosować tryb określony w art. 128 ust. 4 p.z.p. i zapytać odwołującego o informacje potrzebne do właściwego zbadania zdolności podmiotowej, chyba że uzna, że pomimo wezwania do złożenia wyjaśnień dalej ta usługa nie spełnia warunku z SWZ (czego zamawiający nie wykazał w postępowaniu odwoławczym). Skład orzekający pozostawił w tym zakresie zamawiającemu dowolność (czy będzie to wezwanie do wyjaśnień, czy od razu wezwanie do uzupełnienia), ponieważ odwołujący także nie wykazał jednoznacznie, że spełnia warunek, skupiając się na spóźnionym zaskarżeniu jego brzmienia – o czym szerzej w dalszej części uzasadnienia. Ergo zamawiający może wezwać odwołującego do złożenia wyjaśnień albo mając na uwadze, że to na jego rzecz zostały zrealizowane ww. umowy, może od razu wezwać odwołującego do uzupełnienia. Izba miała na względzie wnioski odwołującego dotyczący zaniechania uzyskania rzetelnych i wyczerpujących wyjaśnień w zakresie warunku udziału w postępowaniu, ale stwierdziła, że w ustalonym stanie rzeczy ostateczną decyzję do skorzystania z tego nieobligatoryjnego instrumentu pozostawi zamawiającemu (stąd użyte w sentencji sformułowanie i/lub). Jeżeli bowiem zamawiający, wracając do etapu badania i oceny ofert, zweryfikuje, że odwołujący nie spełnia wymagań ustanowionych w warunku z rozdziału VI pkt 1.6.1, ppkt 1.6.1.1. SWZ czyli że potencjał podmiotowy nie został – w pierwszym wykazie i złożonych z nim dowodach – wykazany prawidłowo, to zastosowanie znajdzie art. 128 ust. 1 p.z.p. obligujący zamawiającego do wezwania odwołującego do uzupełnienia zdolności podmiotowej poprzez wskazanie innej usługi, niż zawarte w dotychczas przedstawionym wykazie doświadczenia.

Konkludując, Izba uwzględniła rozpoznawane odwołanie, ponieważ potwierdziło się, że na obecnym etapie zamawiający w sposób nieprawidłowy uznał, że odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania odpowiedniego doświadczenia, kiedy istnieją uzasadnione wątpliwości, które należało wyjaśnić i ewentualnie zastosować wezwanie w trybie naprawczym z art. 128 ust. 1 p.z.p., co zawsze poprzedza zastosowanie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b p.z.p. i odrzucenie oferty wykonawcy niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, co spowodowało uwzględnienie zarzutów nr 2 i nr 3 z *petitum* odwołania.

Skład orzekający wskazuje również, że na obecnym etapie podważanie przez odwołującego wymagania posiadania doświadczenia w zakładaniu kwiatowych rabat bordiurowych jest spóźnione. W szczególności, że w odwołaniu nie wskazano żadnych okoliczności, które mogłyby obiektywnie usprawiedliwiać działanie odwołującego, który dopiero po odrzuceniu jego oferty, kwestionuje prawidłowość ukształtowania dokumentacji przez zamawiającego. Odwołujący przed złożeniem oferty nie ujawniał nawet konieczności wyjaśnienia jak rozumieć wymóg SWZ, nie zaskarżył treści warunku udziału w postępowaniu i na podstawie rzekomo wadliwej dokumentacji postępowania złożył ofertę, a teraz oczekuje pozytywnych skutków swojej bierności.

Środki ochrony prawnej służą bieżącej, adekwatnej do etapu postępowania, korekty czynności zamawiającego i nie mogą być wnoszone w dowolnym, wybranym przez wykonawcę momencie. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest częścią profesjonalnego obrotu gospodarczego, więc od jego uczestników wymaga się zachowania odpowiadającego podwyższonemu miernikowi zawodowej działalności (art. 355 § 2 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 p.z.p.). Zachowanie należytej staranności w działaniu polega także na podejmowaniu właściwych działań zabezpieczających interes wykonawcy, w tym na terminowym wnoszeniu środków ochrony prawnej – tutaj termin na zaskarżenie treści ogłoszenia o zamówieniu/dokumentów zamówienia w zakresie warunku udziału w postępowaniu, zgodnie z art. 515 ust. 2 ppkt 2 p.z.p., skutecznie upłynął 12 lutego 2024 r.

Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, że warunek jest niejednoznaczny lub niejasny. Czym innym jest obiektywnie niejasna treść SWZ, którą należycie działający wykonawca mógłby rozumieć na więcej niż jeden sposób, a czym innym hasłowe podniesienie, że dokumentacja jest niejasna, ponieważ odwołujący nie przygotował się właściwie do złożenia oferty w postępowaniu, a teraz szuka jakichś niesprecyzowanych wątpliwości czy niejasności, które miałyby zostać rozstrzygane na jego korzyść. Taka wadliwa treść SWZ powinna być także odpowiednio wykazana. Odwołujący powinien udowodnić, że profesjonalnie działający wykonawca, w sposób obiektywnie uzasadniony, mógłby rozumieć wymagania dokumentacji postępowania na co najmniej dwa sposoby, a nie blankietowo zarzucać, że w sumie teraz to SWZ wydaje mu się niejasna.

Dodatkowo, co do podnoszonego braku legalnej definicji rabat bordiurowych, to koniecznym wydaje się przypomnienie, że dokumentacja postępowania skierowana jest do podmiotów zawodowo działających na rynku zamówień publicznych, do profesjonalistów wykonujących usługi utrzymania terenów zielonych i nie wymaga się uregulowania, ani nawet szczegółowego zdefiniowania, każdego detalu z wymogów SWZ. Jeżeli jakieś wyrażenie faktycznie było niejasne, należało zapytać zamawiającego o sposób rozumienia wymagania zakładania rabat bordiurowych na etapie przed złożeniem oferty, a nie następnie zarzucać zamawiającemu zaniechanie dotyczące zdefiniowania pojęcia, o które nikt nie pytał. Zamawiający, w sposób obiektywnie uzasadniony mógł założyć, że powyższe jest dla profesjonalisty jasne i jednoznaczne, inaczej należycie działający wykonawca poprosiłby o wyjaśnienie

treści SWZ.

Przechodząc do rekonstrukcji oświadczenia woli zamawiającego w postaci warunku zakładania rabat bordiurowych Izba stwierdziła, że użyte w treści warunku sformułowanie rabata oznacza – zgodnie z jego językowym znaczeniem – grządkę kwiatową, zaś bordiur to dekoracyjne obramowanie tkaniny, płaskorzeźby, kompozycji malarskiej lub graficznej. Bordiur jest obramowaniem, metodą służącą do wyróżnienia części z całości lub łączenia elementów w zbiorze, będąc powszechnie stosowany w sztuce ogrodniczej przy tworzeniu zieleni reprezentacyjnej. Biorąc zatem pod uwagę przedmiot zamówienia, dokonując wykładni SWZ z perspektywy punktu widzenia odbiorcy, który z należytą starannością wymaganą w obrocie, z uwzględnieniem zawodowego charakteru działalności, dokonuje odtworzenia oświadczenia zamawiającego (czyli jak wykonawca powinien zrozumieć wymóg warunku) warunek dotyczy zakładania grządek kwiatowych z dekoracyjną bordiurą (obramowaniem). Przykładem takich grządek mogą być rabaty znajdujące się na zdjęciach, które przedstawił zamawiający.

Skład orzekający zgadza się również z przystępującym i przyjmuje za własne stanowisko wyrażone na str. 5-6 jego pisma procesowego z dnia 11 marca 2024 r., iż zamawiający wymagał doświadczenia w wykonaniu jednego zamówienia zawierającego wszystkie czynności określone w rozdziale VI pkt 1.6.1, ppkt 1.6.1.1. SWZ. Tak jak zamawiający wskazał w warunku, wykonawca powinien legitymować się co najmniej jednym takim zamówieniem, wykonawca może więc posiadać doświadczenie w wykonaniu większej ilości usług o charakterystyce wskazanej w warunku, ale na wykazanie minimalnych zdolności ma pokazać co najmniej jedną usługę z kompleksowym doświadczeniem w zakresie wykonywania wszystkich opisanych w warunku czynności, w ramach jednego przedsięwzięcia. Mając również na uwadze specyfikę przedmiotu zamówienia wskazać należy, że umiejętność skoordynowania jednocześnie wszystkich rodzajów prac stanowi istotny element w zakresie rękopmi należytego wykonania kontraktu tego rodzaju. Wymóg posiadania doświadczenia w łącznym wykonaniu, w ramach jednego zamówienia, wskazanych w SWZ czynności, wynika wprost z dokumentów zamówienia. Nie ma tutaj także żadnych obiektywnych niejasności czy wątpliwości, dokumentacja postępowania nie została również zaskarżona we właściwym, zawiązanym terminie. Żaden z wykonawców nie zadał pytań w tym przedmiocie.

Izba wskazuje również, że nie podzieliła stanowiska odwołującego, że zamawiający powinien wezwać przystępującego do wyjaśnienia referencji dotyczących zakładania kwiatowych rabat bordiurowych. Mając na uwadze treść warunku, treść referencji oraz stanowisko zamawiającego i przystępującego wyrażone w postępowaniu odwoławczym, nie ma tutaj żadnych obiektywnych wątpliwości, które wymagałyby wyjaśnienia i dopytania wykonawcy. Kwiatowe dywany bordiurowe wprost wpisują się w wymaganie zamawiającego zawarte w SWZ.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający stwierdził, że zarzuty nr 1 i nr 4 z *petitum* odwołania, dotyczące naruszenia przez zamawiającego art. 16 pkt 1 p.z.p. i art. 239 ust. 1-2 w zw. z art. 16 i art. 17 ust. 1-2 p.z.p., są zarzutami przedwczesnymi. Zamawiający nie przeprowadził badania i oceny ofert w sposób zgodny z ustawą p.z.p. (co spowodowało uwzględnienie zarzutów nr 2-3), więc dopiero po właściwym zweryfikowaniu zdolności podmiotowych odwołującego, będzie wiadomym czy spełnia on warunki udziału w postępowaniu, a zatem czy jego oferta będzie oceniana w kryterium oceny ofert, a w konsekwencji czy oferta odwołującego powinna zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza, czego zaniechanie zarzucono zamawiającemu. Odwołujący ma rację, że wynik postępowania jest wadliwy, ale nie sposób na tym etapie stwierdzić, że to on powinien wygrać to postępowanie.

W przedmiocie zarzutu nr 5 – naruszenia art. 223 ust. 1 p.z.p. poprzez zaniechanie wezwania uzyskania od przystępującego rzetelnych i kompleksowych wyjaśnień dotyczących złożonej oferty w zakresie ceny z pozycji VII pkt 2 formularza cenowego „opróżnianie koszy o pojemności 120-140 litrów”, celem porównania części składowych ofert konkurencyjnych – Izba stwierdziła jak niżej.

Po pierwsze, odwołujący myli wezwanie z art. 223 ust. 1 p.z.p. dotyczące treści oferty z wezwaniem dotyczącym weryfikacji ceny (art. 224 ust. 1 p.z.p.). W ustawie p.z.p. mamy przepis szczególny w przedmiocie możliwości żądania od wykonawcy złożenia wyjaśnień odnoszących się do składników cenowych, a takim jest cena za opróżnianie koszy o pojemności 120-140 litrów. Niemniej, niezależnie na jaką podstawę prawną powołał się odwołujący, ciężar udowodnienia, że cena ta powinna budzić uzasadnione wątpliwości zamawiającego, a zatem, że istnieje obiektywna potrzeba wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień, spoczywa na odwołującym. Odwołanie w tym zakresie sprowadza się do zaznaczenia, że zamawiający wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 p.z.p., wskazania na warunki, w jakich odwołujący kalkulował swoją cenę wraz ze stwierdzeniem, że zamawiający powinien także wezwać przystępującego, aby ceny te porównać, ponieważ przystępujący mógł zawyżyć cenę. Przy tym nie było spornym, że w sprawie nie zachodzą podstawy do wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny zgodnie z 30% kryterium arytmetycznym, o którym mowa w art. 224 ust. 2 p.z.p.

W zakresie ceny oferty ustawa p.z.p. nakazuje odrzucić ofertę wykonawcy, który zaferował cenę rażąco niską, a nie cenę, którą przystępujący „prawdopodobnie zawyżył”. Takie sformułowanie zarzutu nie jest nawet wystarczające do wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień kalkulacji ceny, co jest czynnością obligatoryjną, poprzedzającą

ewentualne odrzucenie oferty w związku z wadliwą ceną. W szczególności, że wykazanie, iż zamawiający powinien rozpocząć procedurę wyjaśniającą kalkulację ceny obciąża wykonawcę, który żąda jej przeprowadzenia. Odwołujący powinien wywiązać się z obowiązku udowodnienia, że zaoferowana przez przystępującego cena lub jej istotna część składowa wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia lub powinna budzić wątpliwości zamawiającego dotyczące możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami SWZ lub wynikającymi z odrębnych przepisów (art. 224 ust. 1 p.z.p.). Tutaj zastosowanie znajduje art. 534 ust. 1 p.z.p., który stanowi, że strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Norma ta nakłada na odwołującego obowiązek dostarczenia liczbie wiarygodnych i przekonujących środków dowodowych, które poprzę jego stanowisko procesowe, a z drugiej strony wskazuje, że odwołujący poniesie negatywne konsekwencje w przypadku braku wywiązania się z nałożonego na niego ciężaru dowodowego – w postaci oddalenia niewykazanych zarzutów odwołania. Takim obowiązkowi odwołujący nie sprostał. Odwołanie jest w tym zakresie lapidarne i sprowadza się do twierdzenia, że – w oparciu o własne przekonanie – odwołujący wysokość ceny jednostkowej przystępującego oceniłby inaczej i dopytałby go o sposób jej wyliczenia.

W ocenie składu orzekającego tak postawiony zarzut, przy całkowitej bierności dowodowej odwołującego, nie mógł odnieść skutku. Odwołujący zakwestionował ocenę zamawiającego, że nie było podstaw do rozpoczęcia postępowania weryfikującego cenę przystępującego, i w istocie nic konkretnego jej nie zarzucał, oprócz wskazania na swoje przekonanie. Formułując zarzuty odwołujący nie może ograniczyć się do spekulacji – musi wskazać, mając na względzie ustawowe uregulowania postępowania odwoławczego, że zaistniał konkretny stan faktyczny, który powoduje naruszenie prawa przez zamawiającego i przywołać dowody na poparcie tych okoliczności, czego w postępowaniu zabrakło.

Po wtóre, odwołujący podnosił, że posiada własną instalację przetwarzania odpadów, co powoduje dużo niższe koszty zagospodarowania odpadów (co wskazywano także zamawiającemu przy wyjaśnieniu rażąco niskiej ceny), zaś przystępujący zaoferował cenę wyższą. Umknęło przy tym uwadze odwołującego, że wyższa cena przystępującego może właśnie wynikać z faktu, że nie posiada tożsamy, korzystnych warunków jak odwołujący. Okolicznością notoryjną, a więc niewymagającą żadnego dowodu jest fakt, że na cenę oferty ma wpływ cały szereg okoliczności i czynników indywidualnie dotyczących każdego przedsiębiorcy. Różne podmioty, o odmiennej historii na rynku, różnej wiarygodności finansowej, różnych relacjach handlowych, właściwym dla siebie potencjale technicznym i zawodowym oraz własnym *know-how*, są w stanie zaoferować różne ceny ofertowe. Cena odwołującego może być niższa niż standardowa, rynkowa, właśnie dlatego, że posiada własną instalację. I nie świadczy to o tym, że przystępujący, który jej nie posiada zawyżył swoją cenę, a o prawidłowym działaniu konkurencyjnej gospodarki – skoro odwołujący posiada szczególne, indywidualnie dostępne warunki dotyczące czynników wpływających na zaoferowaną cenę, to podmioty, które ich nie mają nie będą w stanie zaoferować tożsamej ceny.

Izba oddaliła również zarzut nr 6 dotyczący naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 7 p.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, w szczególności poprzez utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, ponieważ odwołujący nie wskazał żadnych okoliczności faktycznych, które skład orzekający mógłby poddać subsumpcji pod właściwe normy ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji ((t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1233) dalej zwaną „z.n.k.”). Odwołanie w tym zakresie jest merytorycznie puste i sprowadza się do postawienia zarzutu bez właściwego uzasadnienia i udowodnienia. Zatem krótko wskazać należy, że obarczony ciężarem dowodu odwołujący nie wykazał, aby oferta przystępującego została złożona w ramach czynu nieuczciwej konkurencji.

Ponadto, co do stwierdzenia odwołującego, że brak jest w dokumentacji postępowania dokumentu wskazującego na podjęcie czynności związanych z ustaleniem rynkowej wartości zamówienia, czy podstawy określania kwoty na sfinansowanie zadania, co miałyby naruszać art. 16 p.z.p., skład orzekający wskazuje, że zgodnie z protokołem postępowania (pkt 3, str. 1 protokołu) wartość zamówienia została ustalona w dniu 4 grudnia 2023 r. na podstawie zamówienia z poprzedniego roku oraz zamówień z bieżącego roku, zgodnie z analizą cenową, więc hipoteza odwołującego nie znajduje odzwierciedlenia w dokumentacji postępowania. Natomiast kwota na sfinansowanie zamówienia to środki zamawiającego zabezpieczone w budżecie gminy na realizację tego zadania, nie wiadomo jakiego dokumentu odwołujący wymaga i w jakim celu. Warto także dodać, że uwzględnienie odwołania może nastąpić wyłącznie w przypadku stwierdzenia przez Izbę naruszenia prawa, które ma wpływ na wynik postępowania (na rozstrzygnięcie przetargu) i takie zarzuty są formułowane w postępowaniu odwoławczym, nie zaś „zarzuty” dotyczące jakichkolwiek zastrzeżeń, uwag czy wątpliwości strony.

Krajowa Izba Odwoławcza częściowo uwzględniła odwołanie – dokonując subsumpcji pod normy, które powinny zostać zastosowane w ustalonym stanie faktycznym – gdyż wykazano, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p. Stwierdzone naruszenia przepisów ustawy miały istotny wpływ na wadliwy wynik postępowania o udzielenie zamówienia, tj. przedwczesny wybór oferty przystępującego jako oferty

najkorzystniejszej.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania wydano na podstawie art. 575 p.z.p. obciążając strony kosztami zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego, z uwzględnieniem § 7 ust. 2 pkt 2 i ust. 3 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. a, b i d rozporządzenia 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). Zgodnie z proporcją zarzutów uwzględnionych do zarzutów oddalonych, odwołujący i zamawiający odpowiadają za koszty postępowania w stosunku 2/3 do 1/3. Na koszty złożył się uiszczony przez odwołującego wpis (7 500,00 zł), koszty wynagrodzenia (3 600,00 zł) i koszty dojazdu (989,00 zł) pełnomocnika odwołującego oraz koszt opłaty skarbowej od udzielonego pełnomocnikowi odwołującemu pełnomocnictwa (17,00 zł), zgodnie ze złożonym spisem kosztów z załącznikami. W części, gdzie odwołujący wygrał powinien otrzymać od zamawiającego zwrot 1/3 części kosztów, tj. w zaokrągleniu do pełnych złotych 4035,00 zł i taką kwotę zasądzono na rzecz tej strony, natomiast tam, gdzie odwołujący przegrał ponosi koszty procesu we własnym zakresie.

Przewodniczący:

.....