

WYROK

Warszawa, dnia 25 marca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Adriana Urbanik

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 lutego 2024 r. przez wykonawcę Zbigniewa Fuchsa, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zbigniew Fuchs "EKO-OGRÓD" Z.F. Konserwacja Terenów Zielonych z siedzibą w Tychach w postępowaniu prowadzonym przez Tyski Zakład Usług Komunalnych

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego wykonawcy W.B., prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą BERYLBOLA Borkiewicz Wioleta z siedzibą w Imielinie

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Z.F., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zbigniew Fuchs "EKO-OGRÓD" Z.F. Konserwacja Terenów Zielonych z siedzibą w Tychach, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Z.F., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zbigniew Fuchs "EKO-OGRÓD" Z.F. Konserwacja Terenów Zielonych z siedzibą w Tychach tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od odwołującego wykonawcy Z.F., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Z.F. "EKO-OGRÓD" Z.F. Konserwacja Terenów Zielonych (ul. Katowicka 36b, 43-100 Tychy) na rzecz zamawiającego Tyskiego Zakładu Usług Komunalnych (ul. Budowlanych 43, 43-100 Tychy) kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00 groszy) obejmującą kwotę wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga

za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie

- Sąd Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:

Sygn. akt: KIO 595/24

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Utrzymanie zieleni niskiej na terenie miasta Tychy – Zadania nr 1-6”, nr referencyjny: DO.261.15.2023, zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 11.12.2023 r. pod nr 2023/S 238-00749090 przez **Tyski Zakład Usług Komunalnych, ul. Budowlanych 43, 43-100 Tychy**, zwany dalej „Zamawiającym”.

Do wyżej wymienionego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zastosowanie mają przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, z późn. zm.), dalej „ustawy Pzp”.

Dnia 23.02.2024 r. (wpływ w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP odwołanie złożył wykonawca **Z.F., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Z.F. "EKO-OGRÓD" Z.F. Konserwacja Terenów Zielonych, ul. Katowicka 36b, 43-100 Tychy**, zwany dalej „Odwołującym”, na czynności i zaniechania Zamawiającego podjęte w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego określonego powyżej w odniesieniu do zadania 2 i 3, polegające na czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy – Berylbola W.B., zwana dalej także „Berylbola” oraz zaniechaniu odrzucenia oferty Berylbola i zaniechaniu wezwania do wyjaśnień.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1) naruszenie art. 226 ust.1 pkt 2 lit. a w związku z art. 109 ust.1 pkt 8 lub 10 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Berylbola, który podlega wykluczeniu

z postępowania w związku z przedstawieniem nieprawdziwych informacji, iż zrealizował zadania z postępowania oznaczonego numerem DO.261.8.2023, podczas, gdy zadania te zrealizował podwykonawca Larix zgodnie z

oświadczeniem ofertowym Berylbola

- w zakresie zadania 3;

- 2) naruszenie art. 226 ust.1 pkt 2 lit. a w związku z art. 109 ust.1 pkt 8 lub 10 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Berylbola, który podlega wykluczeniu z postępowania w związku z przedstawieniem nieprawdziwych informacji, iż zrealizował zadania z postępowania oznaczonego numerem DO.261.8.2023, podczas, gdy zadania te zrealizował podwykonawca Larix zgodnie z oświadczeniem ofertowym Berylbola, a także wobec faktu, iż w zakresie zamówienia DO.261.8.2023 nigdy nie wykonywania koszenia trawników miejskich w ilości 100 000 m², a mimo tego Berylbola oświadczyła w wykazie usług, iż takie wykonywała - w zakresie zadania 2.
- 3) naruszenie art. 252 ustawy Pzp poprzez wybór oferty najkorzystniejszej, która nie jest ofertą najkorzystniejszą i nie powinna być wybrana.

Gdyby Izba jednakże uznała, iż nie ma do czynienia z nieprawdziwymi informacjami Odwołujący postawił zarzut ewentualny:

- 1) naruszenie art. 226 ust.1 pkt 2 lit. b w związku z art. 128 ust.1 i 4 ustawy Pzp w zakresie zaniechania wezwania wykonawcy Berylbola do uzupełnienia dokumentów (względnie wyjaśnienia) dotyczących spełnienia warunków udziału w postępowaniu, gdyż wykonawca Berylbola nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, bowiem zgodnie z swoim formularzem ofertowym wskazał, że powierza wykonanie prac Larix, zatem sam nie posiada doświadczenia i tym samym nie spełnia warunków udziału w postępowaniu – w zakresie zadania 3;
- 2) naruszenie art. 226 ust.1 pkt 2 lit. b w związku z art. 128 ust.1 i 4 ustawy Pzp w zakresie zaniechania wezwania wykonawcy Berylbola do uzupełnienia dokumentów (względnie wyjaśnienia) dotyczących spełnienia warunków udziału w postępowaniu, gdyż wykonawca Berylbola nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, bowiem zgodnie z swoim formularzem ofertowym wskazał, że powierza wykonanie prac Larix, zatem sam nie posiada doświadczenia i tym samym nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, a także wobec tego, iż wskazał, iż uzyskał doświadczenie w zakresie koszenia trawy na terenach miejskich podczas realizacji zadania DO.261.8.2023, które takiego zakresu nie przewidywało – w zakresie zadania 2.

Odwołujący podkreślił, iż w jego ocenie doszło do przedstawienia nieprawdziwych informacji i jest to zarzut jego zdaniem wiodący.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej – oferty wykonawcy Berylbola w zakresie zadania 2 i 3;
- 2) odrzucenia oferty wykonawcy Berylbola z uwagi na przedstawienie nieprawdziwych informacji w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a tym samym podlegania wykluczeniu z postępowania w zakresie zadania 2 i 3 oraz z uwagi na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu;
- 3) żądanie, co do zarzutu ewentualnego - wezwanie do uzupełnienia dokumentów (względnie wyjaśnień) w zakresie niespełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający w dniu 26.02.2024 r. (przy użyciu środków komunikacji elektronicznej za pomocą Platformy Przetargowej) wezwał wraz kopią odwołania, uczestników postępowania do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił przystąpienie (wpływ w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP w dniu 28.02.2024 r. **wykonawca W.B., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą BERYLBOLA Borkiewicz Wioleta, ul. Orła 1A 41-407 Imielin**, zwany dalej „Przystępującym”. Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia Przystępującego.

W dniu 07.03.2024 r. odpowiedź na odwołanie złożył środkami komunikacji elektronicznej Zamawiający, w której w szczególności wniósł o oddalenie odwołania w całości, przeprowadzenie dowodów wskazanych w treści odpowiedzi na odwołanie, zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania poniesionych przez Zamawiającego, w tym kosztów dojazdu i wynagrodzenia pełnomocnika.

W dniu 08.03.2024 r. pismo procesowe złożył środkami komunikacji elektronicznej Przystępujący, w którym przedstawił stanowisko w odniesieniu do treści odwołania i wskazał, że jest ono całkowicie bezzasadne. Jednocześnie wniósł o dopuszczenie oraz przeprowadzenie dowodu z

dokumentów wskazanych w uzasadnieniu pisma procesowego, na okoliczności w nim wskazane. Do pisma załączył dowody:

- Umowę nr 261.8.2023 (DO.262.16.2023),
- Protokół odbioru prac z dnia 6 lipca 2023 r.,
- Protokół odbioru prac z dnia 11 lipca 2023 r.,
- Umowę o podwykonawstwo zawartą z M.Z.,
- Umowę o podwykonawstwo zawartą z M.J.,
- Pismo z dnia 28 czerwca 2023 r.,
- Pismo z dnia 13 lipca 2023 r.,
- Pismo z dnia 26 czerwca 2023 r.,
- Notę księgową,
- Umowę z dnia 28 września 2023 r. nr DO.261.13.2023 (DO.262.23.2023).

W dniu 10.03.2024 r. dokumentację fotograficzną (8 zdjęć) złożył środkami komunikacji elektronicznej Odwołujący (bez sformułowania wniosku dowodowego).

W dniu 11.03.2024 r. wniosek dowodowy wraz z dowodami złożył środkami komunikacji elektronicznej Przystępujący. Przystępujący złożył dokumenty:

- Umowę o pracę z S.B. wraz z aneksem,
- Umowę o pracę z Ł.S. wraz z aneksem,
- Umowę o pracę z D.P. wraz z aneksem,
- Umowę o pracę z P.T.,
- Fakturę VAT 30/2023, wystawioną przez AGRO-MAT M.J. na Przystępującego na kwotę 29 610,50 zł,
- Potwierdzenie przelewu z rachunku na konto AGRO-MAT M.J. na kwotę 29 610,50 zł,
- Fakturę VAT 16/07/2023, wystawioną przez Larix Forest Sp. z o.o. na Przystępującego na kwotę 70 024,50 zł,
- Potwierdzenie przelewu z rachunku na konto Larix Forest Sp. z o.o. na kwotę 70 024,50 zł.

W dniu 11.03.2024 r. Oświadczenie G.F. z dnia 10.03.2024 r. złożył środkami komunikacji elektronicznej Odwołujący (bez sformułowania wniosku dowodowego).

W dniu 18.03.2024 r. pismo procesowe wraz z wnioskiem dowodowym i dowodami złożył środkami komunikacji elektronicznej Przystępujący. Przystępujący złożył dowody:

- Umowę o pracę D.C. z dnia 25.05.2023 r.,
- Fakturę VAT nr FV 8/06/2023 wystawioną przez MMHC Sp. z o.o. za sprzedaż kosiarki profesjonalnej,
- Oświadczenia D.C., S.B., Ł.S. oraz D.P.,
- Mapę miasta Tychy – obszar objęty terenem koszenia trawników w pasach drogowych dróg publicznych – Rejon I zgodnie z załącznikiem 1 B, od Al. Bielskiej w kierunku Dworca PKP, centrum zachodniej części Tychów,
- Wiadomości sms wymienianych pomiędzy Danielem Chmura a Wiolettą Borkiewicz wraz z oświadczeniem,
- Wiadomości sms wymienianych pomiędzy Danielem Papciak a Wiolettą Borkiewicz wraz z oświadczeniem,
- Wiadomości sms Ł.S. wraz z oświadczeniem,
- Dokumentację mailową prowadzonej przez wykonawcę Berylboła z Zamawiającym (37 str.),
- Poświadczenie nr 18/2024 o wykonaniu zamówienia po wykonaniu umowy nr DO.262.23.2023.

W dniu 19.03.2024 r. pismo procesowe wraz ze stanowiskiem w odniesieniu do złożonych oświadczeń i dowodów Przystępującego złożył środkami komunikacji elektronicznej Odwołujący.

W dniu 19.03.2024 r. Przystępujący złożył dowody (bez sformułowania wniosku dowodowego):

- Fakturę VAT nr FV/293/05/2023/BBHAN wystawioną przez „ARMAX” Sp. z o.o. na Przystępującego z tytułu sprzedaży kosiarki bijakowej Kubota Koala 1200 na kwotę 30 750,00 zł,
- Zestawienie środków trwałych.

W dniu 19.03.2024 r. pismo procesowe wraz z dowodami (Oświadczenia Odwołującego co do przeprowadzonych rozmów z M.Z. i M.K.) złożył środkami komunikacji elektronicznej Odwołujący.

W dniu 19.03.2024 r. pismo dotyczące udostępnienia informacji publicznej z 18.03.2024 r. złożył środkami komunikacji elektronicznej Odwołujący (bez sformułowania wniosku dowodowego).

W dniu 11 i 19.03.2024 r. odpowiednio podczas posiedzenia niejawnego z udziałem stron i rozprawy, w szczególności:

1)Odwołujący podtrzymał stanowisko jak w odwołaniu, złożył wniosek o dopuszczenie

- i przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka Z.F. oraz o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego wraz z fakturą z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika. Izba nie dopuściła dowodu z zeznań świadka Z.F., który jest Odwołującym (na podstawie art. 540 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp). Z.F. wypowiedział się na rozprawie jako Odwołujący;
- 2) Zamawiający podtrzymał stanowisko jak w odpowiedzi na odwołanie, wniósł o oddalenie odwołania, złożył wniosek kosztowy wraz z fakturą tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) Przystępujący poparł stanowisko Zamawiającego, wniósł o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka M.Z. Izba dopuściła i przeprowadziła dowód z zeznań świadka M.Z.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi w postępowaniu odwoławczym dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron, Przystępującego, złożonych ustnie do protokołu w toku posiedzenia i rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy Pzp, zaś wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniający do jego złożenia.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 542 ust. 1 ustawy Pzp, dopuścił w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadstanej przez Zamawiającego, a także zawnioskowane w odwołaniu (przy czym co do dokumentacji zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki Izba nie zobowiązała Zamawiającego do przedstawienia tej dokumentacji – w szczególności co do oświadczenia Przystępującego w zakresie podwykonawcy, bowiem sama treść literalna oświadczenia nie była sporna i nie wymagała dowodzenia, ponadto Odwołujący dysponował dowodami, które otrzymał w odpowiedzi na wniosek o udostępnienie informacji publicznej, a także z uwagi na to, że nie jest rolą Izby poszukiwanie materiału dowodowego na potwierdzenie zarzutów odwołania), odpowiedzi na odwołanie, pismach procesowych złożonych w toku postępowania odwoławczego i rozprawie.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowisko wynikające ze złożonych pism, to jest odwołania, odpowiedzi na odwołanie, pismach procesowych, oraz stanowiska i oświadczenia stron i Przystępującego, złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów, stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba dokonała następujących ustaleń:

W Specyfikacji Warunków Zamówienia Zamawiający wymagał:

- 1) w pkt 6 „Kwalifikacja podmiotowa wykonawców: Warunki udziału w postępowaniu i podstawy wykluczenia z postępowania” ppkt 6.2 a), co do zadania 2 i 3:

„Zadanie nr 2

Wymagane jest wykonanie, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych – wykonywanie usługi polegającej na koszeniu trawy na terenach miejskich o powierzchni nie mniejszej niż 100 000 m² - usługa ta powinna być zrealizowana lub realizowana przez okres nie krótszy niż 1 miesiąc w ramach jednej umowy. Na potrzeby niniejszego postępowania Zamawiający dookreśla, iż warunek, o którym mowa powyżej zostanie spełniony przy wykazaniu wykonania lub wykonywania usługi polegającej

na koszeniu traw która była przeprowadzona na jednej powierzchni nie mniejszej niż

100 000 m² lub na różnych powierzchniach, przy czym suma tych powierzchni nie może być mniejsza niż 100 000 m². Można sumować jednokrotne koszenie traw na terenach

o różnych powierzchniach w ramach jednej umowy.

Zadanie nr 3

Wymagane jest wykonanie, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych – wykonywanie usługi polegającej na koszeniu pasów zieleni dróg publicznych

na terenach miejskich na powierzchni co najmniej 150 000 m² - usługa ta powinna być realizowana lub zrealizowana przez okres nie krótszy niż 1 miesiąc w ramach jednej umowy. Na potrzeby niniejszego postępowania Zamawiający dookreśla, iż warunek,

o którym mowa powyżej zostanie spełniony przy wykazaniu wykonania lub wykonywania usługi polegającej na koszeniu traw w pasach zieleni dróg publicznych, która była przeprowadzona na jednej powierzchni nie mniejszej niż 150 000 m² lub na różnych powierzchniach, przy czym suma tych powierzchni nie może być mniejsza niż 150

000 m². Można sumować jednokrotne koszenie traw na terenach o różnych powierzchniach w ramach jednej umowy.”.

Do oferty Przystępujący załączył:

- 1) Wykaz usług, Zadanie nr 2, w którym w tabeli, w kolumnie 2 „Rodzaj usług zgodnie z punktem 6.2 SWZ” podał: „Koszenie traw na terenach miejskich”, w kolumnie „Powierzchnia koszenia trawy na terenach miejskich” podał: „386 415,00 m²”, w kolumnie „Nazwa Zleceniodawcy” podał: „Tyski Zakład Usług Komunalnych w Tychach”, w kolumnie „Termin (podać dokładną datę) i miejsce realizacji” podał: „1.06.2023 do 30.06.2023”;
- 2) Wykaz usług, Zadanie nr 3, w którym w tabeli, w kolumnie 2 „Rodzaj usług zgodnie z punktem 6.2 SWZ” podał: „Koszenie traw w pasach zieleni dróg publicznych”, w kolumnie „Powierzchnia koszenia pasów zieleni dróg publicznych na terenach miejskich” podał: „386 415,00 m²”, w kolumnie „Nazwa Zleceniodawcy” podał: „Tyski Zakład Usług Komunalnych w Tychach”, w kolumnie „Termin (podać dokładną datę) i miejsce realizacji” podał: „1.06.2023 do 30.06.2023”;
- 3) Poświadczenie nr 16/2023 z dnia 14.07.2023 r. o wykonywanym zamówieniu, o treści: „Tyski Zakład Usług Komunalnych w Tychach informuje, że w wyniku przeprowadzonej procedury zgodnie z ustawą Prawo zamówień publicznych firma: -BERYLBOLA W.B., ul. Orla 1a, 41-407 Imielin z siedzibą w Imielinie została wyłoniona na wykonawcę usługi (...) prowadzonej pn.: Utrzymanie zieleni niskiej w pasach drogowych dróg publicznych Zadania nr 1 – Utrzymanie zieleni niskiej w pasach drogowych dróg publicznych Rejon I numer sprawy DO.261.8.2023 polegającej na: 1. Koszenie trawników w pasach drogowych dróg publicznych Rejon I na łączną kwotę 203 659,00 zł brutto zgodnie z umową nr DO.262.16.2023 Usługi (...) wykonywane są od dnia 1 czerwca 2023 r. Do dnia 30.06.2023r. zostały wykonane następujące usługi (...): 1. Koszenie trawników w pasach drogowych dróg publicznych Rejon II Powyższe usługi (...) zostały wykonane terminowo i należyście. Na Wykonawcę została naliczona kara umowna w wysokości 4 000 tysięcy złotych za przypadek wystąpienia zwłoki w wywiezieniu skoszonej trawy. Na łączną wartość 203 659,00 zł brutto.”;
- 4) Oświadczenie z dnia 24.01.2024 r., o treści: „Dotyczy zadania nr 2 Potwierdzając spełnienie warunku: „koszenia trawy na terenach miejskich na powierzchni co najmniej 100 000 m²” do poświadczenia nr 16 o wykonanym zamówieniu wystawionym przez Tyski Zakład Usług Komunalnych załączamy załącznik 1B (wykaz terenów) będący integralną częścią SWZ z postępowania DO.261.8.2023.”;
- 5) załącznik nr 1B do IWZ, DO.261.8.2023, „Koszenie trawników w pasach drogowych dróg publicznych – Rejon I”.

Zamawiający w dniu 13.02.2024 r. zawiadomił Odwołującego o wyborze najkorzystniejszej oferty dla zadania 2 i 3 w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zarówno dla zadania 2 jak i 3 najkorzystniejszą ofertą została wybrana oferta Przystępującego.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 552 ust.1 ustawy Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału dowodowego (art. 542 ust. 1 ustawy Pzp), Izba stwierdziła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że na podstawie art. 555 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, przez co rozumie się również okoliczności faktyczne nie podniesione w odwołaniu.

Odwołujący w odwołaniu w szczególności podał:

„Jak zatem z powyższego wynika zarówno dla zadania 2 i 3 zostało dołączone to samo poświadczenie nr 16/2023, które zawiera w swej treści tylko poświadczenie wykonania usług – koszenie trawników w pasach drogowych. Co istotne, poświadczenie nr 16/2023 odnosi się do postępowania o numerze DO.261.8.2023 Wykonawca wskazuje, że do tego postępowania odnosi się także załącznik 1B. W postępowaniu nr DO.261.8.2023 przedmiotem zamówienia było utrzymanie zieleni niskiej w pasach drogowych na terenie miasta Tychy w 2023 roku – „Utrzymanie zieleni niskiej w pasach drogowych dróg publicznych Rejon I”. Szczegółowy zakres rzeczowy oraz opis prac do wykonania ujęte zostały w załącznikach nr 1A i 1B do SWZ. Załącznik 1A jest instrukcją wykonywania zamówienia, a załącznik 1 B to wykaz terenów

na których trzeba wykonać koszenie trawników i rowów.

Wykonawca Berylbola został zaproszony do złożenia oferty w trybie z wolnej ręki

w postępowaniu nr DO.261.8.2023. W formularzu ofertowym w punkcie 4 swojej oferty wskazał, że powierza podwykonawcy Larix forest Sp. z o.o. koszenie trawników i rowów

w pasach drogowych dróg publicznych na terenie miasta Tychy REJON I zgodnie

z załącznikiem nr 1B., wywóz skoszonej trawy. (...)

Jak zatem z powyższego wynika wykonawca Berylbola W.B. w postępowaniu

nr DO.261.8.2023 całość zleconego jej zamówienia powierzyła podwykonawcy, o czym świadczy sformułowanie w pkt 4 formularza ofertowego. Nie było bowiem żadnego innego załącznika merytorycznego (wskazującego wykaz terenów) oprócz załącznika 1 B.

Powierzenie podwykonawcy koszenia trawników i rowów oraz wywóz skoszonej trawy (jedynie czynności do realizacji w tym postępowaniu) zgodnie z załącznikiem 1 B wyczerpują zakres merytoryczny realizacji zadania objętego postępowaniem DO.261.8.2023.

Wobec powyższego wykonawca Berylbola nie spełnia warunków udziału w postępowaniu.

Nie posiada żadnego doświadczenia, a tym bardziej doświadczenia którym się legitymuje w przedmiotowym postępowaniu.

Nadto należy wskazać, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia z wolnej ręki w punkcie 5.2 a) Zamawiający wskazał, iż wymaga „skierowania przez wykonawcę do realizacji zamówienia minimum:

- co najmniej 1 osoby pełniącej nadzór nad pracami związanymi z utrzymaniem zieleni;

Osoba, o której mowa powyżej musi posługiwać się językiem polskim lub w przypadku braku znajomości języka polskiego, wykonawca zobowiązany jest na własny koszt do zapewnienia tłumacza języka polskiego w celu stałego tłumaczenia w kontaktach pomiędzy przedstawicielem zamawiającego, a osobą, o której mowa powyżej.

- co najmniej 1 osoby posiadającej zaświadczenie o ukończeniu szkolenia z zakresu wykonywania niektórych czynności związanych z kierowaniem ruchem drogowym wydane przez Wojewódzki Ośrodek Ruchu Drogowego.”

Wykonawca Berylbola w wykazie usług wskazał jako osobę posiadającą zaświadczenie o ukończeniu szkolenia z zakresu wykonywania niektórych czynności związanych z kierowaniem ruchem drogowym Pana M.Z.

Jak wskazano w formularzu ofertowym Pan M.Z. jest Prezesem podwykonawcy -

Larix forest Sp. z o.o. , a zatem ponownie Berylbola nie wykonywała czynności, a wykonywał te czynności podwykonawca. (...)

Mimo tego, iż w udostępnionych Odwołującemu dokumentach brak jest zobowiązania

do oddania do dyspozycji zasobów kadrowych, czyli Pana M.Z. (co zgodnie z przepisami Pzp powinno być wymagane od wykonawcy), to fakt realizacji tego zamówienia przez Pana Z.ego potwierdzają także wszystkie protokoły odbioru prac, w których brał udział Pan M.Z.

O tym, że całą tą inwestycję realizował podwykonawca świadczy także fakt, iż e- maila z dnia

14.07.2023 roku w sprawie kar umownych, pismo z dnia 18.07.2023 roku w sprawie kar umownych sporządzone zostało przez Larix forest. W piśmie tym z dnia 18.07.2023 roku ewidentnie Larix forest utożsamia się z wykonawcą przedmiotowego zamówienia i wskazuje wykonanie określonych czynności.

Należy także wskazać, że zamówienie z wolnej ręki realizowane było w 2023 roku, a zatem obowiązywał przepis art. 118 ust.2 ustawy Pzp. Przepis ten stanowi, iż w odniesieniu

do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. W myśl zatem powyższego przepisu nie ma możliwości, by podmiot udostępniający zasoby nie zrealizował prac do których udostępniony był jego zasób.

W świetle zatem powyższego, w szczególności na zlecenie całości prac podwykonawcy

(co wynika wprost z formularza ofertowego w punkcie 4), udostępnienia swoich zasobów przez

podwykonawcę – całość prac zrealizował podwykonawca. Zatem firma Berylbola nie posiada

stosownego doświadczenia w tym zakresie, a zatem nie spełnia warunków udziału

w postępowaniu, co do zadania 2 i 3.

Na aspekt legitymowania się doświadczeniem własnym zwrócił uwagę Trybunał Sprawiedliwości w orzeczeniu z dnia 4 maja 2017 roku w sprawie C-387/14 Esaprojekt. Wprawdzie dotyczyło legitymowania się doświadczeniem w Konsorcjum, jednakże istota tego wyroku jest fakt, że nie można posługiwać się doświadczeniem cudzym, a jedynie swoim doświadczeniem zdobytym poprzez bezpośredni udział w realizacji zamówienia. Inaczej mówiąc fizyczny udział w realizacji zamówienia. W przywołanym powyżej wyroku (C-387/14) wskazano cyt.:” (...) gdy wykonawca polega na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem, doświadczenie to należy oceniać w zależności od konkretnego zakresu udziału tego wykonawcy, a więc jego faktycznego wkładu w prowadzenie działań, które były wymagane od tej grupy w ramach danego zamówienia publicznego. 63) [...], wykonawca nabywa realne doświadczenie nie przez sam fakt bycia członkiem grupy wykonawców i bez względu na to, jaki miał w tę grupę wkład, lecz wyłącznie poprzez bezpośredni udział

w realizacji przynajmniej jednej z części zamówienia, do którego całościowego wykonania zobowiązana jest ta grupa wykonawców. 64) Wynika z tego, że wykonawca nie może polegać, do celów wymaganego przez instytucję zamawiającą doświadczenia, na realizacji świadczeń przez innych członków grupy wykonawców, w których realizacji faktycznie i konkretnie nie brał udziału. 65) W świetle powyższego odpowiedź na piąte pytanie powinna brzmieć tak, iż art. 44 dyrektywy 2004/18 w związku z art. 48 ust. 2 lit. a) tej dyrektywy oraz zasadą równego traktowania wykonawców, zapisaną w art. 2 tej dyrektywy, należy interpretować w ten sposób, że nie dopuszcza on, aby wykonawca biorący indywidualnie udział w postępowaniu

o udzielenie zamówienia publicznego polegał na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem przy innym zamówieniu publicznym, jeżeli faktycznie i konkretnie nie uczestniczył w jego realizacji.”

Przenosząc ten wyrok na niniejszy stan faktyczny należy wskazać, że Berylbola nigdy nie brała fizycznego udziału w realizacji zamówienia oznaczonego nr DO.261.8.2023, bowiem cały zakres tego zamówienia powierzyła swojemu podwykonawcy. Z informacji, którymi dysponuje Odwołujący wynika, że oprócz podwykonawcy Larix Forest również i inni podwykonawcy realizowali zamówienie. Zatem z całą pewnością wykonawca Berylbola nie brał fizycznego udziału w realizacji zamówienia, nie wykonał koszenia trawy na terenach miejskich oraz nie wykonał koszenia pasów zieleni dróg publicznych. Wobec powyższego nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Wykonawca Berylbola w ogóle nie posiada takiego doświadczenia, gdyż nigdy nie brał udziału w takich postępowaniach i nigdy ich nie realizował. (dowód; lista ogłoszeń z platformy e-zamówienia). (...)

Z uwagi na to, że trudno nabyć doświadczenie w zakresie koszenia trawników miejskich o ilości 100 000 m² (podobnie koszenie w pasach dróg publicznych) u podmiotów prywatnych.

należy założyć, że jest ono możliwe do uzyskania tylko u podmiotów publicznych.

Z uzyskanych informacji wynika, że Berylbola nawet nie brała udziału w takich postępowaniach, (oprócz dwóch zleconych z wolnej ręki), a raczej zajmowała się usługami

w zakresie ochrony przeciwpowodziowej i koszeniu roślin wodnych. Nie ma zatem doświadczenia w koszeniu trawników w pasach dróg publicznych, czy trawnikach miejskich.

Odwołujący zwraca uwagę, iż powyższe jest o tyle istotne, że Zamawiający w punkcie 6.2 swz zawarł następujące sformułowanie cyt; „UWAGI: 1) Na podstawie rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. 2020 r., poz. 2415 z późniejszymi zmianami) zgodnie

z § 9 ust. 3 ww. rozporządzenia, jeżeli wykonawca powołuje się na doświadczenie w realizacji robót budowlanych lub usług, wykonywanych wspólnie z innymi wykonawcami, wykaz,

o którym mowa w punkcie 6.2 4) SWZ, dotyczy usług, w których wykonaniu wykonawca ten bezpośrednio uczestniczył. Informacja o bezpośrednim uczestnictwie będzie wymagana

w dokumentach na wezwanie Zamawiającego.” (...) A zatem także i dla Zamawiającego było istotne doświadczenie dotyczące bezpośredniego uczestniczenia w realizowanych usługach. Wobec powyższego Berylbola nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zadania 2 i 3.

Berylbola przedstawiła także nieprawdziwe informacje w odniesieniu do legitymowania się doświadczeniem i spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, pomimo tego, że nie posiada

takiego doświadczenia, a w odniesieniu do tego doświadczenia które wskazała, jako uzyskanego z wolnej ręki nigdy go nie nabyła, nabył je bowiem podwykonawca Larix. Zdaniem Odwołującego wykonawca Berylbola przedstawił nieprawdziwe informacje Zamawiającemu

w wyniku zamierzonego działania. Musiał być bowiem świadomy co do zakresu zadania 2

i tego, że zadanie to powierzył podwykonawcy w całości (cały załącznik 1B).

W zakresie zaś zadania 3 oferta Berylbola winna być także odrzucona na podstawie art. 226 ust.1 pkt 2b) ustawy Pzp z uwagi na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu, gdyby Izba nie uznała zarzutu nieprawdziwych informacji.

W odniesieniu do zadania 2 należy jeszcze wskazać na następujący aspekt, a mianowicie

na fakt, iż warunek udziału w postępowaniu w zakresie zadania 2 został postawiony

w następujący sposób: „wykonywanie usługi polegającej na koszeniu trawy na terenach miejskich o powierzchni nie mniejszej niż 100 000 m².” Warunek ten skorelowany jest ściśle z przedmiotem zamówienia. Zgodnie z załącznikiem nr 5B – wykaz terenów nr 2 dotyczy ściśle terenów miejskich. Przykładowo wskazuje wycinek z załącznika 5B, gdzie ewidentnie wskazano teren szkoły, przystanku, targowiska itd. (...)

Natomiast, zadanie 3 i kolejne zadania dotyczą koszenia w pasach drogowych. Na co wskazuje także załącznik nr 5 C – wykaz terenów nr 3, będący częścią OPZ. Przykładowo poniżej także wycinek z załącznika nr 5 C: (...)

Jak wskazano powyżej to są postępowania na zupełnie odrębne zakresy. Odrębność zadania 2 podkreślił także zamawiający w analizie potrzeb i wymagań wskazując na opis przedmiotu zamówienia: (...)

Jak zatem z powyższego wynika – zadanie 3, 4 i 5 obejmuje zadania koszenia trawników

w pasach drogowych dróg publicznych. Zadanie 2 jest zupełnie inaczej opisane. Wynika to także ze specyfikacji warunków zamówienia (strona 3), gdzie zadanie 2 ma inny zakres i opis niż pozostałe zadania, które wskazują ewidentnie na koszenie w pasach dróg publicznych. Wobec powyższego w odniesieniu do zadania 2 Zamawiający wymagał legitymowania się zupełnie innym doświadczeniem niż koszenie trawników w pasach drogowych dróg publicznych. W tym miejscu trzeba wskazać, że Wykonawca Berylbola legitymuje się

w niniejszym postępowaniu Poświadczeniem nr 16/2023, gdzie wskazano, iż Wykonawca Berylbola wykonywał tylko zadanie w zakresie koszenia trawników w pasach drogowych dróg publicznych. Nigdzie w poświadczeniu nie ma informacji o wykonywaniu koszenia trawników na terenach miejskich. Mało tego, cała nazwa postępowania wskazana w poświadczeniu nosi nazwę – „Utrzymanie zieleni niskiej w pasach drogowych dróg publicznych.”. Zatem, wykonawca Berylbola nie może nawet powoływać się na spełnienie doświadczenia formalnego w zadaniu 2. Nigdy bowiem nie wykonywał takich usług jak w zadaniu 2, bowiem w zadaniu na które się powołuje - DO.261.8.2023 opis przedmiotu zamówienia nie uwzględniał takich zadań (koszenie trawników na terenach miejskich), a odnosił się tylko do koszenia w pasach drogowych dróg publicznych. Z poświadczenia wynika zatem, iż wykonawca Berylbola nie wykazał się takim doświadczeniem. Oczywiście z poświadczenia (referencji) nie musi wynikać

cały zakres, ale powinno ono chociaż odwoływać się do zrealizowania prac będących przedmiotem warunku. Poświadczenie nr 16/2023 odnosi się tylko do realizacji prac, będących przedmiotem zadania 3. Ponadto należy wskazać, że Zamawiający wymagał legitymowania się doświadczeniem w koszeniu trawników na terenach miejskich w ilości 100 000 m². Zatem, zdaniem Odwołującego Berylbola w zakresie zadania 2 w ogóle nie może się legitymować nawet doświadczeniem podwykonawcy, bo zamówienie DO.261.8.2023 obejmowało koszenie trawników i rowów, ale w pasach drogowych. Co więcej, w opinii Odwołującego wykonawca Berylbola przedstawił nieprawdziwe informacje. W przedmiotowym postępowaniu jest to o tyle znamienne, że mimo, iż Zamawiającym, który wydał poświadczenie jest Tyski Zakład Usług Komunalnych to inny podmiot odpowiada za przeprowadzenie postępowania. Zgodnie z punktem 1.2 swz Zamawiający powierzył przeprowadzenie postępowania cyt: „Zamawiający zgodnie z art. 37 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 z późniejszymi zmianami) powierzył przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia osobie trzeciej, tj. GMINIE MIASTA TYCHY.”

W wykazie usług zrealizowanych, które Berylbola złożyła do zadania 2 wskazała, iż na rzecz Tyskiego Zakładu Usług Komunalnych realizowała koszenie traw na terenach miejskich,

co jest ewidentną nieprawdą i czego nawet nie potwierdza Poświadczenie nr 16/2023. (...)

Wobec powyższego Wykonawca Berylbola wprowadził w błąd Gminę Miasta Tychy przedstawiając nieprawdziwe informacje, iż wykonywał koszenie traw na terenach miejskich. W przedmiotowym postępowaniu w punkcie 6.6. swz Zamawiający określił podstawy wykluczenia w postępowaniu w między innymi w następujący sposób: cyt: „Zamawiający wykluczy z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcę, wobec którego zachodzą podstawy wykluczenia określone w: 4. który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega

wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych (art. 109 ust. 1 pkt 8 PZP); 6. który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia (art. 109 ust. 1 pkt 10 PZP).”

Wobec przewidzenia przez Zamawiającego fakultatywnych podstaw wykluczenia w postaci podania nieprawdziwych informacji oraz podania przez Berylbola nieprawdziwych informacji (niezgodnych z rzeczywistością) Wykonawca Berylbola winien być wykluczony

z postępowania na podstawie art. 109 ust.1 pkt 8) ustawy Pzp lub art. 109 ust.1 pkt 10) ustawy

Pzp w stosunku do zadania 2. Ponadto jego oferta winna być odrzucona na podstawie

art. 226 ust.1 pkt 2) a) ustawy Pzp. Oferta Berylbola winna być także odrzucona na podstawie art. 226 ust.1 pkt 2) b) ustawy Pzp. Zdaniem Odwołującego wykonawca Berylbola przedstawił nieprawdziwe informacje Zamawiającemu w wyniku zamierzonego działania. Musiał być bowiem świadomy, co do zakresu zadania z wolnej ręki (obejmuje tylko pasy drogowe) oraz co do tego, że zadanie to powierzył podwykonawcy w całości (cały załącznik 1B). W zakresie przedstawienia nieprawdziwych informacji w odniesieniu do zadania 2 i 3 Odwołujący wskazuje, że dotyczyły one warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i miały wpływ na czynności zamawiającego. Na podstawie tych informacji dokonano bowiem wyboru oferty Wykonawcy Berylbola, która winna podlegać odrzuceniu. Niezależnie jednak od przedstawienia nieprawdziwych informacji Odwołujący wskazuje,

że Zamawiający, który przeprowadzał postępowanie i otrzymał wykaz usług w zadaniu 2

i Poświadczenie 16/2023 powinien co najmniej zwrócić się o udzielenie wyjaśnień w zakresie przedstawienia

sprzecznych informacji. Berybola załączyła poświadczenie nr 16/2023 oraz załącznik 1 B do postępowania, będący częścią postępowania DO.261.8.2023, jednakże z załączonego załącznika także nie wynika koszenie trawników na terenach miejskich w ilości 100 000 m² nie związanych z pasami w drogach publicznych. W zakresie powyższych zarzutów Odwołujący wskazuje, że w odniesieniu do zarzutu dotyczącego naruszenia art. 226 ust.1 pkt 2 b) co do zadania 2 i 3 wskazuje także na zarzut ewentualny tj. zaniechanie do wyjaśnień i uzupełnień, przy czym do zadania 2 tylko w przypadku nie potwierdzenia się zarzutu nieprawdziwych informacji.

Odwołujący wnosi także o zobowiązanie Zamawiającego do przedstawienia całości dokumentacji oznaczonej postępowaniem i włączenia wszystkich dokumentów jako dowodów do niniejszego postępowania odwoławczego. Wszystkie bowiem argumenty, na które powołuje się Odwołujący wynikają z dokumentów dotyczących przedmiotowego postępowania w trybie

zamówienia z wolnej ręki, bowiem Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego o udostępnienie wszystkich informacji z tego postępowania.

Odwołujący wskazuje, iż na rozprawie przedstawi dodatkowo jeszcze zdjęcia na okoliczność niewykonania zadania przez Berybola, jednakże wnosi także o dopuszczenie dowodu z zeznań świadka – Z.F., jako osoby wykonującej zdjęcia. (wezwanie na adres Odwołującego) na okoliczność wskazaną powyżej”.

Izba podziela stanowisko Zamawiającego w przedmiocie niezasadności zarzutów odwołania z uwagi na treść warunku udziału w postępowaniu, sformułowaną w SWZ – a to w zakresie tego, iż doświadczenie w koszeniu trawy na terenach miejskich w pasie drogowym mieści się w zakresie warunku doświadczenia koszenia trawy na terenach miejskich. W ocenie Izby powyższe wynika wprost z literalnego brzmienia warunku, w którym nie wyłączono wprost koszenia trawy w pasie drogowym. Odwołujący nie udowodnił, że Przystępujący nie wykonał koszenia traw na terenach miejskich.

W drugiej kolejności Izba uważa za niezasadny również zarzut w przedmiocie tego, że Przystępujący nie wykonał w żadnym zakresie zamówienia udzielonego mu w trybie zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki, a wykonał je jak twierdził Odwołujący jedynie podwykonawca.

Izba podziela pogląd, przedstawiony w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej, sygn. akt KIO 215/22: „Wskazanie przez wykonawcę firm podwykonawców stanowi informację wtórną, gdyż na etapie realizacji zamówienia może dojść do zmiany takiego podmiotu. Zgodnie z art. 462 ust. 2 p.z.p. zamawiający może żądać wskazania przez wykonawcę, w ofercie, części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, oraz podania nazw ewentualnych podwykonawców, jeżeli są już znani. Przepisy nie przewidują żadnych sankcji za brak wskazania podwykonawców w ofercie, tym bardziej że ewentualny wymóg podania informacji o podwykonawcach w ofercie dotyczy tylko tych, którzy są znani na etapie składania ofert. Ustawa nie przewiduje także niedopuszczenia podwykonawstwa na etapie wykonywania umowy, nawet gdyby w treści oferty wskazano wykonanie zamówienia wyłącznie siłami własnymi.”. Zatem sam fakt oświadczenia o zakresie przekazanej części zamówienia

do realizacji danemu podwykonawcy nie może stanowić w ocenie Izby dowodu,

że Przystępujący nie wykonał referencyjnego zamówienia.

Oświadczenie w ofercie Przystępującego o powierzeniu części zamówienia podwykonawcy, na które powołuje się Odwołujący, nie stanowi dowodu w ocenie Izby,

że zamówienie wykonał jedynie podwykonawca, także dlatego, że zarówno z dokumentacji zamówienia, jak i w toku postępowania dowodowego potwierdzono, że zamówienie było wykonane z udziałem i podwykonawców i przystępującego. Świadczą o tym zarówno przedstawione przez Przystępującego dowody – umowa nr DO.262.16.2023, zawarta przez Gminę Miasto Tychy z Wioletą Borkiewicz, zgodnie z § 1 ust. 1 umowy Zamawiający powierzył wykonawcy Berybola do wykonania zadanie pn. „Utrzymanie zieleni niskiej dróg publicznych (Rejon I) (...)”, zaś obowiązki wykonawcy Berybola zostały określone w §4 umowy, jednocześnie zgodnie z § 8 ust. 5 umowy wykonawca ponosi odpowiedzialność za działania

i zaniechania podwykonawców jak za swoje własne działania i zaniechania; wykaz osób z dnia

29.05.2023 r., w którym wskazano oprócz M.Z. – przedstawiciela podwykonawcy, także Bogdana Latochę – przedstawiciela Przystępującego i inne osoby zatrudnione przez Przystępującego, także oświadczenia tych osób co do wykonywania zamówienia; protokoły odbioru prac, w których obok podwykonawcy M.Z., podpis złożył także Bogdan Latocha – przedstawiciel Przystępującego; umowy

o podwykonawstwo, zawarte z M.Z. (przedstawiciel podwykonawcy Larix Forest Sp. z o.o.) i M.J. (przedstawiciel podwykonawcy AGRO-MAT), przedmiotem których było wykonanie jedynie części prac, składających się na referencyjne zamówienie; nota księgową nr TZUK/000009/NO/2023 nakładająca karę umowną

na Przystępującego w wykonaniu umowy nr DO.262.16.2023, korespondencja Zamawiającego, kierowana do Przystępującego w toku wykonywania umowy dotycząca kar umownych nr DO.262.16.2023, jak i samo oświadczenie Odwołującego w piśmie procesowym z dnia 18.03.2024 r.: „Odwołujący natomiast nie neguje, że Berylbola wykonywała jakieś śladowe ilości prac.”.

Pomimo obszernego postępowania dowodowego w postępowaniu odwoławczym, w ocenie Izby Odwołujący nie udowodnił twierdzeń odwołania, a w szczególności tego, że zamówienie, które Przystępujący przedstawił jako potwierdzenie doświadczenia wykonał jedynie podwykonawca Larix Forest Sp. z o.o. czy podwykonawcy, przeciwnie sam w toku postępowania odwoławczego przyznał, że wykonywał je także Przystępujący. Przedstawione przez Odwołującego w toku postępowania odwoławczego dowody, a w szczególności dokumentacja zdjęciowa, w ocenie Izby nie potwierdziły, że referencyjne zamówienie wykonywał jedynie podwykonawca Larix Forest Sp. z o.o., a także, że usługa referencyjna nie była wykonywana na terenach miejskich. Były to bowiem wrywkowe dokumentacje o ogólnym charakterze (wybrane dni), niewystarczające do udowodnienia twierdzeń Odwołującego co do wykonania zamówienia referencyjnego w całym okresie realizacji. W związku ze sprzecznymi ze sobą zeznaniami świadka M.Z. (dowód Przystępującego) i oświadczeniem Marcina Fuchsa (dowód Odwołującego) co do przeprowadzonej przez Marcina Fuchsa i M.Z. rozmowy na temat faktycznej realizacji referencyjnego zamówienia, a także w zakresie oświadczenia Marcina Fuchsa (dowód Odwołującego) co do przeprowadzonej rozmowy z M.K. na temat faktycznej realizacji referencyjnego zamówienia, w związku z chorobą rozmówcy i niemożliwym powołaniem go jako świadka, a także podnoszeniem przez strony argumentacji w zakresie odpowiedzialności karnej, Izba nie oparła na tych dowodach rozstrzygnięcia, uznając powyższe dowody za niewiarygodne. Nie jest rolą Izby przesądzenie o dokonaniu lub niedokonaniu czynów zabronionych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, czy postępowaniu odwoławczym, zaś do tego powołane są organy ścigania i Sądy karne. Izba stoi także na stanowisku, jak w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt 507/23: „W ocenie Izby w sprawie nie podlega ocenie doświadczenie członka konsorcjum, lecz wykonawcy odpowiedzialnego za realizację zamówienia, w wyniku wyboru oferty przez niego złożonej i zawarcia z nim umowy. Należy podkreślić, że możliwość zatrudniania podwykonawców jest jednym z podstawowych uprawnień wykonawcy w toku realizacji zamówienia publicznego. Na mocy art. 462 ustawy pzp, wykonawca pozostaje w pełni uprawniony do realizowania zamówień publicznych przy ich pomocy. Wykonawca zatrudnia podwykonawcę na własny koszt i ryzyko, zobowiązany jest więc do kontroli wykonywanych przez niego prac, w tym do odbioru, łączenia poszczególnych elementów, a finalnie do zaoferowania tej pracy zamawiającemu jako świadczenia własnego. Skład orzekający podziela przy tym opinię, iż „Podwykonawca staje się w ten sposób niejako zasobem własnym wykonawcy i działa pod jego pełnym nadzorem i kontrolą, wykonując zobowiązania określone w treści umowy podwykonawczej. Podwykonawcy nie należy więc traktować jako odrębnego podmiotu realizującego zamówienie, ponieważ taki przymiot może posiadać wyłącznie wykonawca wybrany w odpowiedniej procedurze wskazanej w PZP. Przechodząc do kwestii doświadczenia uzyskiwanego przez podwykonawcę w związku z realizowanym zamówieniem, należy opowiedzieć się za poglądem, zgodnie z którym takie doświadczenie należy traktować dwojako – zarówno jako doświadczenie własne podwykonawcy, jak i doświadczenie generalnego wykonawcy.” (). Przyjęcie odmiennego poglądu doprowadziłoby do wniosku, iż niemożliwe byłoby wykazywanie się doświadczeniem realizacji określonej usługi lub roboty budowlanej przez podmiot, za wykonanie takich prac odpowiedzialny i który uprzednio je zaoferował.”.

Mając powyższe na uwadze należy uznać, że Przystępujący nabył doświadczenie związane z całym zakresem usług wskazanych w „Wykazie dostaw lub usług”, realizowanych dla Zamawiającego, a tym samym Przystępujący spełnia warunek udziału w postępowaniu określony w pkt 6.2 pkt 4) Zadanie 2 i Zadanie 3 SWZ.

Nadto skoro referencyjne zamówienie wykonywał zarówno w części podwykonawca jak i wykonywał je Przystępujący, to Przystępujący był uprawniony wskazać na potwierdzenie warunku zdolności technicznej lub zawodowej wykonanie tego referencyjnego zamówienia.

W ocenie Izby nie ziściły się przesłanki zastosowania art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 ustawy Pzp, gdyż Przystępujący nie wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu. Zamawiający jak podkreślał w toku postępowania odwoławczego, miał wystarczającą wiedzę o realizacji referencyjnego zamówienia, gdyż to zamówienie było wykonane na rzecz Zamawiającego i uczestniczył on w jego realizacji. W związku z powyższym jego oferta nie powinna być odrzucona na podstawie art. 226

ust. 1 pkt 2 lit. a i b ustawy Pzp i Zamawiający nie naruszył także art. 252 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutu ewentualnego, tj. zaniechania do wyjaśnień i uzupełnień, w ocenie Izby Zamawiający nie dopuścił się naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w związku z art. 128 ust. 1 i 4, gdyż Przystępujący złożył żądane przez Zamawiającego dokumenty zgodnie z SWZ (kompletne i niezawierające błędów), zaś Zamawiający mógł, ale nie musiał skorzystać z uprawnienia wezwania do wyjaśnień co do złożonych dokumentów. Skoro Zamawiający nie powziął wątpliwości co do złożonych dokumentów, to nie miał racjonalnych podstaw do wezwania Przystępującego do złożenia stosownych wyjaśnień w zakresie zadania 2 i 3.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 553 ustawy Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie , art. 574 i ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U.). Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 15 000,00 zł i uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego. Wobec oddalenia odwołania w całości, koszty ponosi Odwołujący. W związku z tym, iż Zamawiający złożył wniosek o zasądzenie uzasadnionych kosztów stron postępowania odwoławczego – wynagrodzenia pełnomocnika (3 600,00 zł), oraz z tego tytułu fakturę, Izba zasądziła takie koszty na podstawie § 5 pkt 2 lit. b 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.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....