

WYROK
z dnia 18 stycznia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 stycznia 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 grudnia 2023 r. przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych sp. z o.o. z siedzibą w Pasłęku w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Pasłęk – Zakład Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej w Pasłęku

przy udziale wykonawcy Budmax Ł.S. z siedzibą w Pasłęku zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 3885/23 po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych sp. z o.o. z siedzibą w Pasłęku i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych sp. z o.o. z siedzibą w Pasłęku tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych sp. z o.o. z siedzibą w Pasłęku na rzecz Zamawiającego: Gminy Pasłęk – Zakład Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej w Pasłęku kwotę 4 225 zł 60 gr (słownie: cztery tysiące dwieście dwadzieścia pięć złotych sześćdziesiąt groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika i kosztów dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 579 ust.1 i 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 wraz ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Gmina Pasłęk – Zakład Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej w Pasłęku wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Utrzymanie cmentarzy komunalnych położonych w Pasłęku”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem: 2023/BZP 00534160/01.

Odwołujący: Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych sp. z o.o. z siedzibą w Pasłęku w dniu 22 grudnia 2023 r. powziął wiadomość o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Budmax Ł.S. z siedzibą w Pasłęku, zwany dalej Przystępującym.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego Odwołujący w dniu 27 grudnia 2023 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec niezgodnych z przepisami ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp, czynności i zaniechania czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, do których był zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, polegających na:

1) zaniechaniu odrzucenia oferty Przystępującego niespełniającego warunków udziału w postępowaniu oraz jednocześnie wykonawcy, który nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu i w konsekwencji bezpodstawnym wyborze oferty Przystępującego jako oferty najkorzystniejszej;

2) zaniechaniu uzyskania wyjaśnień od Przystępującego w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie zaproponowanej przez niego ceny świadczenia usług.

Odwołujący zarzucił Zamawiającego:

1) naruszenie art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, w szczególności wskutek wyboru Przystępującego, który zaoferował rażąco niską cenę;

2) naruszenie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp przez brak wezwania Przystępującego do wyjaśnienia zaoferowanej ceny, pomimo że cena ta wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i w świetle zasady przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji powinna budzić wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia przez Przystępującego zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego;

3) naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i nie odrzucenie oferty Przystępującego, a w konsekwencji wybranie jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wnosił o:

1) unieważnienie czynności oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty;

2) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Przystępującego;

3) nakazanie zamawiającemu ponownej oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty.

W pierwszej kolejności Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp przez brak wezwania Przystępującego do wyjaśnienia zaoferowanej ceny, pomimo że cena ta wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i w świetle zasady przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji powinna budzić wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia przez Przystępującego zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego.

Zdaniem Odwołującego - zamówienie ma charakter dość mocno złożony co obrazuje Opis przedmiotu zamówienia oraz załączony przedmiar robót. Składają się nań czynności które muszą być realizowane przez osoby o określonych kwalifikacjach oraz doświadczeniu. W związku z tym przy tego rodzaju mocno złożonych zamówieniach, wątpliwości co do możliwości realizacji zamówienia przez wykonawcę powinny pojawiać się już przy znacznie niższej różnicy ceny w stosunku do średniej cen złożonych ofert, gdyż nie ma tu miejsca na spektakularne oszczędności wynikające z odmiennych metod świadczenia usług. Jest tak, gdyż Zamawiający szczegółowo opisał wymogi co do świadczonej usługi nie pozostawiając wykonawcom większego marginesu swobody co do ich przebiegu i organizacji.

Odwołujący zwrócił uwagę, że celem art. 224 ust. 1 ustawy Pzp jest zatem upewnienie Zamawiającego, że pomimo niskiego poziomu cena oferty została obliczona przez wykonawcę z należytą starannością i daje rękojmię wykonania umowy zgodnie z zobowiązaniem zawartym w ofercie. Przy ocenie celowości uzyskania wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp brać zatem należy pod rozagę okoliczności danego przypadku.

W ocenie Odwołującego - zaoferowana cena 321 866,63 zł brutto przez Przystępującego, różniąc się o ponad 29,97% od kwoty przeznaczonej przez zamawiającego czyli 459 615,65 zł brutto, wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i powinna budzić wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego.

Zauważył, że cena Przystępującego różni się także znacząco od pozostałych dwóch ofert w postępowaniu tj. Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Sp. z o.o. ul. Polna 3, 14-400, Pasłęk cena 444 000,00 zł brutto oraz Krzysztof Niksa „ASKIN” ul. Bohaterów Westerplatte 50B, 14-400, Pasłek 480 000,00 zł brutto.

Według Odwołującego - w tej sytuacji oferowana przez Przystępującego powinna być przedmiotem wyjaśnień, których uzyskania zamawiający zaniechał. Zamawiający powinien wystąpić do Przystępującego o wyjaśnienia ceny jego oferty zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp a zaniechanie tej czynności stanowi naruszenie przepisów ustawy.

Zaskarżonej czynności wyboru najkorzystniejszej oferty Odwołujący zarzucił również naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i nie odrzucenie oferty Przystępującego, a w konsekwencji wybranie jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wyjaśnił, że w § VIII ust. 2 pkt 4 lit. a Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanej dalej SWZ wskazano, że Wykonawca spełni warunki udziału w postępowaniu, jeżeli posiada wiedzę i doświadczenie zawodowe umożliwiające wykonanie przedmiotu zamówienia, to jest należyście wykonał w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie min. 1 zadanie polegające na pielęgnacji zieleni oraz na letnim i zimowym utrzymaniu czystości terenów zieleni przez okres min. 12 miesięcy.

Podniósł przy tym, że Przystępujący oświadczył, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert wykonywał następujące zamówienia o charakterze, złożoności i wartości porównywalnej z zakresem zadania będącego przedmiotem zamówienia:

Rodzaj robót (zakres wykonany)	Wartość	Data i miejsce wykonania
1. Utrzymanie zieleni, wykaszanie poboczy, usuwanie zakrzaczeń, wycinka drzew, wykaszanie terenów zielonych. Dane podmiotu na rzecz, którego usługa została wykonana: Gmina Pasłęk	Okolo 150 tys. zł	Od 01.01.2022 do obecnie, miejsce wykonywania: teren miasta i gminy Pasłęk
2. Zimowe utrzymanie ciągów pieszych, pielęgnacja terenów zielonych, przycinanie żywopłotów. Dane podmiotu na rzecz, którego usługa została wykonana: MK Nieruchomości, Oddział w Elblągu, Biuro w Pasłęku	Okolo 40 tys. zł	Od 01.01.2022 do obecnie, miejsce wykonywania: teren miasta Pasłęk
3. Zimowe utrzymanie chodników, schodów, podjazdów i dojeżdż do budynków. Dane podmiotu na rzecz, którego usługa została wykonana: Zakład Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej w Pasłęku	6.873,20 zł	Od 01.01.2023 do obecnie, miejsce wykonywania: teren miasta Pasłęk

Mając na względzie treść § VIII ust. 2 pkt 4 lit. a SWZ, Odwołujący stwierdził, że Przystępującego powinien posiadać doświadczenie obejmujące min. 1 zadanie polegające na pielęgnacji zieleni oraz na letnim i zimowym utrzymaniu czystości terenów zieleni przez okres min. 12 miesięcy.

Z powyższego wynika, że wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia powinien posiadać wiedzę i doświadczenie obejmujące wykonanie co najmniej 1 zadania przez okres 12 miesięcy polegającego na wykonywaniu łącznie:

- pielęgnacji zieleni
- oraz letnim i zimowym utrzymaniu czystości terenów zieleni.

Zdaniem Odwołującego - pielęgnacja zieleni nie jest równoznaczna z utrzymaniem czystości terenów zieleni. Innych czynności wymaga pielęgnacja zieleni i innych czynności wymaga utrzymanie czystości terenów zieleni.

Wykonawca ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia powinien wykazać wykonywanie przynajmniej 1 zadania przez okres 12 miesięcy, w ramach którego łącznie dokonywał pielęgnacji zieleni oraz wykonywał czynności polegające na letnim i zimowym utrzymaniu czystości terenów zieleni.

W opinii Odwołującego Przystępujący w przedstawionym wykazie dostaw lub usług nie wskazał zdania, które odpowiadałoby wymaganiom wskazanym przez Zamawiającego.

Zaznaczył, że w pkt. 1 wykazu dostaw lub usług wykonywanych na rzecz Gminy Pasłęk Przystępujący wskazał jedynie utrzymanie zieleni, a w zakresie tego zadania brak letniego i zimowego utrzymania czystości terenów zieleni.

Wskazał, że w pkt. 2 wykazu dostaw lub usług wykonywanych na rzecz MK Nieruchomości, Oddział w Elblągu, Biuro w Pasłęku wskazano jedynie na zimowe utrzymanie ciągów pieszych, pielęgnację terenów zielonych, przycinanie żywopłotów. W zakresie tego zadania brak letniego i zimowego utrzymania czystości terenów zielonych.

Zwrócił uwagę, że w pkt. 3 wykazu dostaw lub usług wykonanych na rzecz Zakładu Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej w Pasłęku wskazano zimowe utrzymanie chodników, schodów, podjazdów i dojeżdż do budynków. W zakresie tego zadania brak pielęgnacji zieleni oraz letniego i zimowego utrzymania czystości terenów zieleni.

Powołał się na okoliczność oświadczenia przez Przystępującego również, iż wykonane usługi mają również porównywalną wartość zamówienia do przedmiotowego zamówienia czyli kwoty 459 615,65 zł, jaką przeznaczył zamawiający na sfinansowanie zamówienia, czego nie potwierdzają załączone środki dowodowe w postaci referencji oraz wartości podane w oświadczeniu.

Zauważył, że zgodnie z § IX ust. 3 pkt 2 SWZ, wykonawca, którego oferta została najwyżej oceniona, powinien

złożyć wykaz dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy, w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w § VIII ust. 2 pkt 4 lit a SWZ.

Zdaniem Odwołującego – Przystępujący nie wypełnił powyższego obowiązku.

Ponadto, Odwołujący wyraził pogląd, że przedłożone referencje nie potwierdzają okresu wykonywania usług wskazanych w wykazie dostaw lub usług.

Następnie wskazał, że Przystępujący nie spełnił również warunku określonego w § VIII ust. 2 pkt 4 lit. b SWZ, z którego wynika, że powinien on dysponować osobami zdolnymi do wykonania przedmiotu zamówienia to znaczy zatrudnia co najmniej 4 pracowników na umowę o pracę, rozumiane jako przeciętna roczna liczba zatrudnionych pracowników z okresu trzech lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, za ten okres.

Podniósł, że Przystępujący w oświadczeniu na temat wielkości średniego rocznego zatrudnienia, oświadczył, iż średnie zatrudnienie w firmie wynosi więcej niż 4 osoby, natomiast nie określił, że jest to średnioroczne zatrudnienie z okresu 3 lat oraz nie określił, iż dotyczy ono umów o pracę, a nie np. zatrudnienia na umowę zlecenie, ponieważ przyjmujący zlecenie nie jest pracownikiem w rozumieniu Kodeksu pracy.

Zwrócił uwagę, że zgodnie z § IX ust. 3 pkt 3 SWZ, wykonawca, którego oferta została najwyżej oceniona, powinien złożyć oświadczenie na temat wielkości średniego rocznego zatrudnienia u wykonawcy oraz liczebności kadry kierowniczej w ostatnich 3 latach, a w przypadku gdy okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w § VIII ust. 2 pkt 4 lit b SWZ.

W opinii Odwołującego – Przystępujący nie wypełnił powyższego obowiązku.

Następnie, Odwołujący wskazał, że Przystępujący nie spełnił również warunku określonego w § VIII ust. 2 pkt 4 lit. e SIWZ, z którego wynika, że Wykonawca posiada min. jedną osobę posiadającą uprawnienia i doświadczenie w wytyczaniu miejsc grzebalnych. W oświadczeniu dotyczącym wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji przedmiotu zamówienia, Przystępujący umieścił osobę Pana W.L., który według Przystępującego jest osobą posiadającą doświadczenie w wytyczaniu miejsc grzebalnych.

Odwołujący zakwestionował uprawnienia tego pracownika, ponieważ brakuje potwierdzenia nabycia wymaganego doświadczenia, chociażby referencjami od poprzedniego pracodawcy, gdzie Pan W.L. nabyłby takie doświadczenie i umiejętności.

Podniósł, że Przystępujący, sądził, iż Pan W.L. nabył takie doświadczenie będąc pracownikiem Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych sp. z o. o. ul. Polna 3, 14-400 Paśłek w okresie od 2008-04-01 do 2016-08-01, lecz jako były pracodawca Pana W.L. nie potwierdził takich informacji, iż będąc jego pracownikiem nie nabył takiego doświadczenia i umiejętności.

Wobec powyższego Odwołujący uznał, że Zamawiający na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c ustawy Pzp powinien odrzucić ofertę Przystępującego.

Pismem z dnia 2 stycznia 2023 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc o:

- 1) oddalenie w całości odwołania wniesionego przez Odwołującego;
- 2) obciążenie Odwołującego kosztami postępowania odwoławczego;
- 3) przeprowadzenie dowodu z zeznań świadków:

- W.L.,

- W.G. na fakt, że wykonawca firma BudMax Ł.S. posiada pracownika w zakresie wytyczania miejsc grzebalnych;

4) przeprowadzenie dowodu z przesłuchania w charakterze strony Ł.S., o ile stawi się na rozprawę jako Przystępujący po stronie Zamawiającego - na fakt jak w punkcie 3, a nadto na fakt, że cena zaoferowana przez niego w wyniku ogłoszonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego gwarantuje wykonanie usługi i nie ma

charakteru rażąco niskiej ceny.

Zamawiający w odniesieniu do zarzutu nr 1 i 2 odwołania Odwołujący zwrócił uwagę, że przepis art. 224 ust.1 PZP stanowi fakultatywną podstawę do wezwania przez zamawiającego wykonawcy w zakresie przedstawienia ceny, o której mowa w tym przepisie.

W ocenie Zamawiającego - najkorzystniejsza oferta, którą złożyła firma BudMax Ł.S. nie nosi znamion rażąco niskiej ceny.

Zauważył, że za analogiczną usługę będącą przedmiotem niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Odwołujący zaoferował za okres 11 miesięcy — od lutego do grudnia 2023 roku ryczałtową cenę w wysokości 219.137,46 zł. Przy uwzględnieniu ryczałtowego jej charakteru i płatności w równych kwotach w stosunku miesięcznym dało to miesięczną kwotę 19 921,59 zł.

Wyjaśnił przy tym, że wezwany w toku tego postępowania (o udzielenie zamówienia publicznego na 2023 r.) Odwołujący w piśmie z dnia 19.01.2023 r. oświadczył między innymi, że „Pomimo zaistniałych wątpliwości zamawiającego wskazane w ofercie ceny mają charakter rynkowo akceptowalny (...)”.

Zamawiający podniósł, że za oferowaną za 11 miesięcy 2023 r cenę Odwołujący wywiązał się z objętej zamówieniem publicznym umowy na utrzymanie cmentarzy komunalnych położonych w Pasłęku w okresie II miesięcy 2023 roku z zachowaniem należytej staranności. Powołał się przy tym na następujące dowody:

1/ formularz ofertowy Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych sp z o.o. na utrzymanie cmentarzy komunalnych w Pasłęku na rok 2023,

2/ wezwanie Zamawiającego z dnia 17.01.2023 r.,

3/ oświadczenie wykonawcy w sprawie złożenia wyjaśnień z dnia 19.01.2023r.

W tych okolicznościach mając na uwadze zaoferowaną na rok 2023 r. cenę stanowiącą ryczałtową kwotę wynoszącą miesięcznie 19 921,59 zł na wykonanie tożsamej usługi przez Odwołującego oraz planowaną w 2024 r. inflację na poziomie w granicach między 4,8 % a 8,1% (vide: strona internetowa Krajowej Izby Gospodarczej — komunikat z dnia 3.10.2023 r.) Zamawiający argumentował, że zasadnie uznał zaoferowaną przez firmę BudMax Ł.S. cenę, wyższą od ceny świadczonej usługi w 2023 roku przez Odwołującego o 34,63% ceny stanowiącej kwotę 321 866,63 zł rocznie — co w stosunku miesięcznym stanowiło ryczałtową kwotę 26 822,22 zł – za obiektywnie nie będącą rażąco niską.

W tym stanie rzeczy Zamawiający stwierdził, że brak jest podstawy zażądania od tego wykonawcy wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny stosownie do brzmienia art. 224 § 1 ustawy Pzp.

W zakresie zarzutu nr 3 Zamawiający zwrócił uwagę, że zostały przedstawione przez wykonawcę referencje następujących podmiotów: Firmy MK Nieruchomości, Zakładu Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej w Pasłęku oraz Gminy Pasłęk, a także wypełniony został przez niego załącznik nr 2.

Według Zamawiającego - już z referencji Firmy MK Nieruchomości wynika, że w/w wykonawca posiada, poczynając od 1 stycznia 2022 r, doświadczenie w zakresie zimowego utrzymania ciągów pieszych w wymiarze 652,5 m, a także doświadczenie odnoszące się do utrzymania terenów zieleni i pielęgnacji terenów zielonych.

Nadto, Zamawiający wskazał, że powyższa referencja jest uzupełniona referencjami Gminy Pasłęk oraz Zakładu Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej w Pasłęku. Świadcząc powyższe usługi poczynając od początku 2022 r. wykonawca ten spełnił więc wymóg posiadania doświadczenia w zakresie zdolności technicznej i zawodowej.

W aspekcie powyższego zarzutu Zamawiający podniósł, iż niezależnie od złożenia wykazu usług Wykonawca przedłożył referencje, które potwierdzają fakty ich należytego wykonania.

Zdaniem Zamawiającego - wyczerpuje to powinność Wykonawcy w kontekście rozdziału IX ust. 3 pkt 2 SWZ stanowiącego, że fakty należytego wykonania usług mogą być potwierdzone między innymi referencjami.

W odniesieniu do zarzutu braku wypełnienia po stronie wykonawcy obowiązku wykazania średniorocznego zatrudnienia z okresu 3 lat co najmniej 4 pracowników zatrudnionych na podstawie umowy o pracę Zamawiający wskazał, że na podstawie § 9 ust.1 pkt 9 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r, w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U. z 2020 r. poz. 2415) w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, zamawiający może, w zależności od charakteru, znaczenia, przeznaczenia lub zakresu robót budowlanych, dostaw lub usług, żądać między innymi oświadczenia na temat wielkości średniego rocznego zatrudnienia u wykonawcy.

Zaznaczył przy tym, że korzystając z tego prawem przewidzianego uprawnienia Zamawiający w rozdziale IX ust. 3 pkt 3 SWZ postawił wymóg złożenia oświadczenia dotyczącego wielkości średniego rocznego zatrudnienia u wykonawcy oraz liczebności kadry kierowniczej. W tym zakresie wykonawca złożył oświadczenie określone w/w wymogiem SWZ, co zarzut odwołującego czyni bezzasadnym.

Dalej, Zamawiający argumentując wskazał, że Odwołujący powołując się na § VIII ust. 2 pkt 4 lit e SWZ zarzucił, że wykonawca nie posiada co najmniej jednej osoby posiadającej doświadczenie w wytyczaniu miejsc grzebalnych.

Wyjaśnił, że tym zakresie wykonawca złożył stosowne oświadczenie czym spełnił wymóg zawarty w § VIII ust. 2 pkt 4 lit e SWZ.

Niezależnie od powyższego Zamawiający podkreślił, iż § 9 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia czyni wystarczającym, aby w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę przedłożył on wykaz „osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług,(....)”.

Zamawiający przekonywał, że zarówno przepisy rozporządzenia, a także SWZ nie stawiają wymogu przedłożenia potwierdzenia jakimkolwiek dowodem tej okoliczności poza oświadczeniem wykonawcy.

Nie mniej jednak mając na uwadze, że Odwołujący kwestionuje doświadczenie wskazanego przez wykonawcę pracownika tj. W.L., Zamawiający z daleko posuniętej ostrożności wnosil jak na wstępie o przeprowadzenie dowodu na tę okoliczność z zeznań świadków oraz z przesłuchania strony Ł.S., o ile stawia się na rozprawę w charakterze strony Przystępującej po stronie Zamawiającego.

W przedmiotowej sprawie zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawca Budmax Ł.S. z siedzibą w Pasłęku, zwany dalej Przystępującym.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym treść Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanej dalej SWZ, odwołania, oferty Przystępującego, podmiotowych środków dowodowych złożonych przez Przystępującego, odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 3 i 10 stycznia 2024 r. wraz załączonymi dowodami, pisma procesowego Odwołującego z dnia 10 stycznia 2024 r. wraz załączonymi dowodami, pisma Przystępującego z dnia 11 stycznia 2024 r. wraz załączonymi dowodami, jak również na podstawie złożonych przez strony wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.16 pkt 1 ustawy Pzp, art.226 ust.1 pkt 2 lit. b i c, art. 224 ust. 1 ustawy Pzp.

Rozpoznając meritum przedmiotowej sprawy należy wskazać, że podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia była kwestia oceny czy Zamawiający powinien wezwać Przystępującego do wyjaśnienia ceny jego oferty z powodu domniemania istnienia rażąco niskiej ceny, a także czy oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona z powodu niespełniania warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu przetargowym.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła w zakresie niezbędnym do rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy, że Zamawiający w § VIII.2 pkt 2 SWZ zawarł informację o warunkach uczestnictwa w postępowaniu, postanawiając, że o udzielenie zamówienia ubiegać się mogą Wykonawcy którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 112 ust. 2 ustawy pzp w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej; - Zamawiający precyzuje w tym zakresie wymagania:

a) Posiada wiedzę i doświadczenie zawodowe umożliwiające wykonanie przedmiotu zamówienia, to jest należyście wykonał w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie min. 1 zadanie polegające na pielęgnacji zieleni oraz na letnim i zimowym utrzymaniu czystości terenów zieleni przez okres min. 12 miesięcy;

b) Dysponuje osobami zdolnymi do wykonania przedmiotu zamówienia to znaczy zatrudnia co najmniej 4 pracowników na umowę o pracę, rozumiane jako przeciętna roczna liczba zatrudnionych pracowników z okresu trzech lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, za ten okres;(…)

d) Posiada min. jedną osobę posiadającą doświadczenie przy sprawowaniu nadzoru przy pracach dotyczących pielęgnacji terenów zielonych;

e) Posiada min. jedną osobę posiadającą doświadczenie w wytyczaniu miejsc grzebalnych.

Ponadto, Izba stwierdziła, że w § IX.3 SWZ Zamawiający opisał Wykaz podmiotowych środków dowodowych,

postanawiając, że w niniejszym postępowaniu Zamawiający wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona do złożenia (...)

2) wykazu dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy, w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w § VIII ust. 2 pkt 4 lit a SWZ;

3) oświadczenia na temat wielkości średniego rocznego zatrudnienia u wykonawcy oraz liczebności kadry kierowniczej w ostatnich 3 latach, a w przypadku gdy okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w § VIII ust. 2 pkt 4 lit b SWZ;(...)

5) wykazu osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami, w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w § VIII ust. 2 pkt 4 lit d i e SWZ.

Przechodząc do omówienia stanowiska Izby odnośnie zarzutu zaniechania przez Zamawiającego wezwania Przystępującego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wymaga zaznaczenia, że Odwołujący oparł swój zarzut jedynie o dyspozycję przepisu art.224 ust.1 ustawy Pzp.

Stosownie do brzmienia powołanego wyżej przepisu prawa jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Według zapatrywania Izby – Odwołujący nie wykazał przesłanki istnienia obiektywnego stanu rzeczy polegającego na tym, że zaoferowana przez Przystępującego cena mogła wydawać się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, a także nie udowodnił tego, że po stronie Zamawiającego mogły powstać wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SWZ.

Przede wszystkim przekonaniu Odwołującego odnośnie możliwości wystąpienia rażąco niskiej ceny w ofercie Przystępującego przeczy okoliczność świadczenia przez Odwołującego na rzecz Zamawiającego podobnej usługi utrzymania cmentarzy komunalnych w 2023 r. za okres 11 miesięcy w okresie od lutego do grudnia 2023 r. za cenę ryczałtową w wysokości 219 139, 46 zł, co przy obecnej cenie oferty Przystępującego w kwocie 321 866, 63 zł, czyni ten zarzut za całkowicie niewiarygodny.

Powyższa okoliczność zaoferowania ceny na powyższym poziomie i świadczenia w 2023 r. podobnych usług za tą cenę nie została przez Odwołującego zakwestionowana.

Jednocześnie na uwagę zasługuje fakt, że w trakcie prowadzonego poprzednio postępowania przetargowego w następstwie wezwania z dnia 17 stycznia 2023 r. do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny przez ówczesnego Zamawiającego Odwołujący zadeklarował, że podane przez niego „...ceny mają charakter akceptowalny(...)”.

Według Izby – Zamawiający mając zatem taką wiedzę co do ceny z rynku zamówień publicznych w 2023 r. przy podobnym zamówieniu, znając przypuszczalną granicę możliwej inflacji nieprzekraczającej około 8 % w skali roku nie miał podstaw do przyjęcia założenia, że zaoferowana przez Przystępującego cena za świadczenie w 2024 r. może być ceną rażąco niską.

W dalszej kolejności, należy również podnieść, że zgodnie z art.555 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Wymaga podkreślenia, że Odwołujący nie sformułował zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art.224 ust.2 pkt 1 ustawy Pzp, który stanowi, że w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej

30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.

Wobec tego Izba będąc związana dyspozycją przepisu art. 555 ustawy Pzp nie mogła rozpoznać odwołania poprzez badanie przesłanek określonych w powołanym wyżej przepisie art.224 ust.2 pkt 1 ustawy Pzp.

Reasumując ten zarzut, Zamawiający nie miał zatem dostatecznej podstawy prawnej do zastosowania przepisu art.224 ust.1 ustawy Pzp wobec oferty Przystępującego.

Odnosząc się do zarzutu odwołania dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego z powodu niespełniania warunków udziału w postępowaniu oraz nie złożenia w terminie przewidzianym w SWZ podmiotowych środków dowodowych Izba uznała ten zarzut za oczywiście bezzasadny.

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

Natomiast w myśl wskazanego wyżej przepisu w warunkach opisanych pod lit. c) taki sam skutek w postaci odrzucenia oferty wykonawcy nastąpi w sytuacji, w której wykonawca nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń.

Z ustaleń Izby wynika w sposób jednoznaczny, że Przystępujący w następstwie wezwania Zamawiającego z dnia 15 grudnia 2023 r. do złożenia podmiotowych środków dowodowych złożył wymagany przez Zamawiającego wykaz świadczonych usług wraz referencjami (referencja Gminy Pasłęk z dnia 18 grudnia 2023 r., referencja Firmy MK Nieruchomości z dnia 18 grudnia 2023 r., referencje Zakładu Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej z siedzibą w Pasłęku) na potwierdzenie doświadczenia zawodowego wymaganego treścią SWZ.

To samo dotyczy oświadczenia Przystępującego na temat wielkości średniego rocznego zatrudnienia oraz wykazu osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji przedmiotu zamówienia.

Przy rozstrzygnięciu tego zarzutu odwołania kluczowe znaczenie miała okoliczność, że Zamawiający może dokonać czynności odrzucenia oferty wykonawcy jedynie w sytuacji stwierdzenia nie spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu.

W ocenie Izby – składane przez Przystępującego podmiotowe środki dowodowe nie dawały Zamawiającemu podstawy do uznania, że dane zawarte w podawanych wykazach czy oświadczeniach nie były zgodne ze stanem rzeczywistym, czy zawierały błędy czy też były niekompletne.

Należy zwrócić uwagę, że Zamawiający nie dostrzegł błędów, jak chce Odwołujący, w złożonym przez Przystępującego oświadczeniu zawartym w wykazie zrealizowanych usług, a także w przedłożonych referencjach z powodu zadeklarowania przez Przystępującego rozłącznie wykonanych usług pielęgnacji zieleni w stosunku do usług letniego i zimowego utrzymania czystości terenów zieleni.

Podobnie sytuacja przedstawiała się wobec zastrzeżeń Odwołującego odnoszących się do braku wskazania przez Przystępującego okresu i charakteru umowy zatrudnienia, którego dotyczy oświadczenie, że średnio roczne zatrudnienie w firmie wynosi więcej niż 4 osoby i liczebność kadry wynosi 1, gdzie Zamawiający takiej wadliwości i niekompletności podmiotowego środka dowodowego nie dostrzegł.

Wreszcie trudno czynić Zamawiającemu zarzut, że osoba W.L.. nie zdobyła doświadczenia w wytyczaniu miejsc grzebalnych, skoro Zamawiający wymagał jedynie złożenia oświadczenia wykonawcy, co wynikało z załączonego do wezwania z dnia 15 grudnia 2023 r. wzorca podmiotowego środka dowodowego, a także z samej treści § IX.3 SWZ nie przewidującej możliwości dodatkowego uznaniowego żądania innych podmiotowych środków dowodowych poza trybem ustawy Pzp.

Gdyby Zamawiający miał podobną wiedzę o prowadzonej przez niego sprawie i ocenił podmiotowe środki dowodowe złożone przez Przystępującego w sposób podobny do oceny obecnie prezentowanej przez Odwołującego, byłby zapewne zobowiązany do uruchomienia odpowiednich przepisów ustawy Pzp.

Zgodnie z art.128 ust.1 ustawy Pzp jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w , podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w

wyznaczonym terminie, chyba że:

1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub

2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Warto zaznaczyć, że sam Odwołujący w swoim odwołaniu na stronie 7 przy omówieniu punktów od 1 do 3 wskazał na braki w oświadczeniu Przystępującego, które zdaniem Izby mogły świadczyć jedynie niekompletności i błędnych założeniach przyjętych przy tych podmiotowych środkach dowodowych.

To zaś w przekonaniu Izby mogłoby najwyżej potwierdzać tezę o konieczności zastosowania przepisu art.128 ust.1 ustawy Pzp.

Jednocześnie należy podkreślić, że Zamawiający stosownie do § VII.4 SWZ nie przewidział w niniejszym postępowaniu, zastosowania fakultatywnych podstaw wykluczenia wykonawców zawartych w art.109 ust.1 ustawy Pzp, co oznacza, niedopuszczalność powoływania się na przesłanki wprowadzenia Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, zresztą taki zarzut Odwołujący nie sformułował.

W związku z powyższym należało uznać, że do skutecznego przyjęcia przez Zamawiającego niespełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu konieczne byłoby wyczerpanie procedury, o której mowa w art.128 ust.1 ustawy Pzp, przy czym Odwołujący w ogóle takiego zarzutu naruszenia tego przepisu nie zgłosił.

Również w tym przypadku obowiązujący dla Izby jest przepis art.555 ustawy Pzp, który uniemożliwia przesądzenie kwestii dopuszczalności poprawienia czy uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, które nie były objęte przedmiotem sporu.

Niezależnie od powyższego – Izba uznała, że Odwołujący nie udowodnił niespełniania przez Przystępującego warunków udziału w postępowaniu wyrażając głównie wątpliwości co do interpretacji SWZ oraz co do prawdziwości oświadczeń Przystępującego.

W szczególności zarówno przedłożony przez Odwołującego certyfikat nr 141/2011, jak i zakres obowiązków dla stanowiska pracy kierownika zaopatrzenia i zbytu i transportu u Odwołującego w żaden sposób nie przesądzały o tym jakie faktycznie doświadczenie zdobył W.L., biorąc pod uwagę, że dokumenty te dotyczyły innej osoby, a Odwołujący nie udowodnił jaki zakres pracy powierzył Waldemarowi L, który wykonywał u niego pracę przez kilka lat.

Izba dostrzegła również, że Odwołujący nie przedłożył odpowiednich dokumentów takich jak umowa o pracę czy zakres obowiązków dla stanowiska pracy dla tej osoby, które to dokumenty wykluczałyby możliwość wykonania czynności wytyczania miejsc grzebalnych.

Z powyższych względów Izba uznała za zbędne dowody złożone przez Zamawiającego i Przystępującego, biorąc pod uwagę, że ciężar dowodu spoczywa na tym który wywodzi skutki prawne, to jest na Odwołującym.

Natomiast, za bezprzedmiotowe Izba uznała wnioski dowodowe o przeprowadzenie dowodów ze zeznań świadków, w szczególności W.L.. z tego powodu, że zarówno pełnomocnicy Zamawiającego, jak i sam Przystępujący wycofali te wnioski dowodowe na rozprawie, przy czym Odwołujący wnioskował o ich nieuwzględnienie.

Z tych wszystkich powodów, Izba doszła do wniosku, że zarzut naruszenia przez Zamawiającego art.226 ust.1 pkt 2) lit. b) ustawy Pzp nie jest trafny.

Ostatecznie, w następstwie powyższej motywacji prawnej w rozpoznawanej sprawie Izba uznała, że nie potwierdził się również zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art.16 pkt 1 ustawy Pzp, który stanowi, że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 553 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i art.576 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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 .

Przewodniczący:.....