

Sygn. akt: KIO 2701/23

WYROK
z dnia 28 września 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Beata Pakulska-Banach

Protokolant: Patryk Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 września 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 września 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **ADS Ś. Sp.j. z siedzibą w Brzozówce i ADS Sp. z o.o. z siedzibą w Brzozówce** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Krakowski Szpital Specjalistyczny im. św. Jana Pawła II w Krakowie**

przy udziale: wykonawcy **Ekobay Sp. z o.o. z siedzibą w Skawinie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 2701/23

UZASADNIENIE

Zamawiający – Krakowski Szpital Specjalistyczny im. św. Jana Pawła II w Krakowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, na realizację zadania pn.: *Usługa świadczenia transportu pomiędzy obiektami Krakowskiego Szpitala Specjalistycznego im. św. Jana Pawła II.*

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 4 sierpnia 2023 roku, numer 2023/BZP 00341728. Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy Pzp.

W dniu 12 września 2023 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: ADS Ś. Sp. j. z siedzibą w Brzozówce (Lider Konsorcjum) i ADS Sp. z o.o. z siedzibą w Brzozówce (zwani dalej łącznie: „odwołującym” lub „wykonawcą ADS”), wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2b i c ustawy Pzp przez uznanie, że wykonawca Ekobay sp. z o.o. wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw wykluczenia, podczas gdy z podmiotowych środków dowodowych nie wynika spełnienie warunku udziału w postępowaniu określonego w punkcie 18.II. A SWZ - gdyż nie wykazał posiadania zdolności zawodowej polegającej na wykonaniu, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych, również wykonywaniu w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie minimum jedno zamówienie na usługę transportu rzeczy na kwotę nie mniejszą niż 90.000,00 zł brutto (słownie: dziewięćdziesiąt tysięcy złotych); przy czym zamawiający zastrzegł, że jedno zamówienie to wartość jednej umowy;

2. art. 239 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty Ekobay sp. z o.o., która nie jest najkorzystniejsza w rozumieniu ustawy Pzp i zaniechanie dokonania wyboru oferty wykonawcy jako najkorzystniejszej oferty - oferty odwołującego, mimo, że ta oferta jest najkorzystniejsza wobec przyjętych przez zamawiającego kryteriów ocen, spośród ofert, w sytuacji gdy odwołujący wykazał spełnienie wszystkich warunków zamówienia, w tym również spełnienie warunku doświadczenia;

3. art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Ekobay sp. z o.o. do złożenia, dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w terminie przez siebie wskazanym w sytuacji, gdy

złożone oświadczenia i dokumenty były niekompletne, zawierały błędy i powinny budzić uzasadnione wątpliwości zamawiającego;

i w konsekwencji powyższych działań i zaniechań naruszenie:

4. art. 16 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady nakazującej prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości w szczególności poprzez dokonanie wyboru oferty złożonej przez wykonawcę, która nie spełnia warunku najkorzystniejszej oferty.

W oparciu o powyższe odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty Ekobay Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej,
2. ponownego badania i oceny ofert,
3. odrzucenia oferty wykonawcy Ekobay Sp. z o.o.,
4. ponownego dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej i wyboru oferty odwołującego — na podstawie przyjętych kryteriów oceny ofert w postępowaniu.

Ponadto wnosił o :

5. przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania, w tym w szczególności treści SWZ, ogłoszenia o udzieleniu zamówienia publicznego, zapytań, oferty odwołującego i wykonawcy Ekobay Sp. z o.o., wszelkich dokumentów i oświadczeń składanych przez Ekobay Sp. z o.o., korespondencji prowadzonej z wykonawcą Ekobay Sp. z o.o. przez zamawiającego,
6. przeprowadzenie dowodów załączonych do niniejszego postępowania odwoławczego,
7. obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podnosił co następuje.

Na wstępie odwołujący wyjaśnił, że w dniu 28 sierpnia 2023 r. zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty, tj. oferty Ekobay Sp. z o.o.

Odwołujący zgłosił zamawiającemu, że zamierza złożyć odwołanie z uwagi na budzące wątpliwości spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia przez Ekobay Sp. z o.o. W dniu 5 września 2023 r. zamawiający unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty i przystąpił do powtórzenia czynności badania i oceny oferty zmierzającej do wyboru najkorzystniejszej oferty. Jak wynika z uzasadnienia informacji z dnia 5.09.2023 r., zamawiający stwierdził, że zgodnie z art. 274 ust. 1 Pzp winien był wezwać, przed dokonaniem wyboru najkorzystniejszej oferty, wykonawcę do złożenia aktualnych podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienie warunku, o którym mowa w pkt 15 SWZ i po ponownej analizie przesłanych przez wykonawcę dokumentów zamawiający unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty i przystąpił do ponownego badania podmiotowych środków dowodowych po złożeniu przez wykonawcę stosowanych wyjaśnień.

W dniu 7 września 2023 r. zamawiający ponownie dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty uznając, że jest nią oferta złożona przez Ekobay Sp. z o.o., ponownie punktując ją na 100. W tym też dniu odwołujący zwrócił się do zamawiającego o przekazanie dokumentów jakie przedłożył wykonawca Ekobay Sp. z o.o. W dniu 8 września 2023 r. odwołujący otrzymał dokumenty, z których wynika, że zamawiający zwrócił się do wykonawcy Ekobay Sp. z o.o. pismem z dnia 5.09.2023 r. o uzupełnienie wskazanych w nim dokumentów. W odpowiedzi na powyższe Ekobay sp. z o.o. złożył ponownie tylko załącznik nr 5 - wykaz wykonanych usług, w którym wykazał tylko jedną usługę pn.: „Całoroczne utrzymanie terenów publicznych na terenie Małopolski m.in. Gmina Chrzanów, Gmina Trzebinia, Miasto Kraków”, na kwotę 315.882 zł brutto, w tym usługi transportowe 132.000 zł brutto. Nadto wskazał okres wykonania zamówienia od 1 stycznia do 31 grudnia 2022 r. oraz podmiot na rzecz którego wykonywano usługę, tj. MK M. K. Odwołujący zauważył, że w pierwotnym wykazie usług w załączniku nr 5 figurowało zamówienie pn.: „Opróżnianie koszy ulicznych, przewożenie koszy i transport odpadów” z podaną wartością brutto 90.986 zł, świadczone od 3.01.2023r. do 31.12.2023 r. na rzecz UM w Trzebini.

Odwołujący podkreślił, że zgodnie z postanowieniami SWZ przedmiotem zamówienia jest usługa transportu pomiędzy obiektami zamawiającego. Zamawiający na spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznych lub zawodowych, wskazał, że wykonawca musi wykazać się, że: wykonał, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonuje, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem składania ofert, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie:

Aa. minimum jedno zamówienie na usługę transportu rzeczy na kwotę nie mniejszą niż 90.000zł (wartość jednego zamówienia to wartość jednej umowy).

Jeżeli umowa obejmuje oprócz elementów opisanych w ww. pkt Aa także inne czynności wykonawca dla wykazania warunków zobowiązany jest do podania wartości kosztorysowej zadań wymienionych.

Odwołujący uzasadniając podniesione zarzuty argumentował, że analiza dokumentów, tj. referencji, oświadczenia i załączników Nr 5 - wykazu usług, jak i analiza dokumentacji przetargowych, w których udzielający referencji MK M. K. brał udział i w których jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza nie potwierdzają tego.

Odnosząc się do postępowania przeprowadzonego przez zamawiającego Gminę Trzebinia odwołujący wskazywał, że dotyczyło ono „utrzymania zieleni miejskiej w gminie Trzebinia w sektorach A, B, C, D, E, F wraz z zimowym utrzymaniem chodników i schodów w obrębie terenów zieleni”. W sektorze E jako najkorzystniejszą ofertę wybrano ofertę złożoną przez wykonawcę MK M. K., na kwotę brutto 171.936 zł. Odwołujący wyjaśnił, iż z dokumentacji przetargowej wynika, że zamówienie obejmuje okres od 1 stycznia 2022 r. do 31 grudnia 2023 r., jak również, że przedmiotem zamówienia są usługi: pielęgnacji drzew, ogrodnicze, sadzenia roślin oraz utrzymania terenów zielonych, przycinania żywopłotów, zbierania śmieci, odśnieżania, usuwania oblodzeń, na terenie sołectw: Bołęciń, Piła Kościelecka, Psary, Dulowa, Karniowice, Miłoszowa.

Z kolei odnosząc się do postępowania przeprowadzonego przez zamawiającego Urząd Miejski w Chrzanowie odwołujący wskazywał, że dotyczyło ono „Pielęgnacji zieleni niskiej, utrzymania czystości na terenach zieleni”. W części 3 i 4 jako najkorzystniejsze oferty wybrano oferty złożone przez MK M. K. na kwoty ofertowe część 3 - 170.000 zł brutto, część 4 - 330.840 zł brutto. Odwołujący wyjaśnił, że z dokumentacji przetargowej wynika, iż okres realizacji zamówienia liczony jest od dnia podpisania umowy do 31 grudnia 2022 r., przy czym zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty jest z dnia 19 stycznia 2022 r., a zatem umowa mogła być podpisana najwcześniej po upływie terminu do złożenia odwołania, tj. po 24 stycznia 2022 r. Odwołujący zauważył, że przedmiotem zamówienia w części 3 była „Pielęgnacja zieleni niskiej, utrzymanie czystości na terenach zieleni w rejonie sołectw Płaza, Żrebce, Pogorzyce, Luszowice, Balin, Okradziejówka” i w ramach tej usługi świadczone prace ogrodnicze, sadzenia roślin oraz utrzymywania terenów zielonych, ogródków ozdobnych, odchwaszczania, prace w zakresie trawników, zbierania śmieci, sprzątnięcia i usługi sanitarne na obszarach miejskich lub wiejskich oraz usługi odśnieżania, przycinania żywopłotów. Natomiast przedmiotem zamówienia w części 4 była „Pielęgnacja zieleni, utrzymanie czystości na terenach zieleni Parku Miejskiego i Parku pałacowego w Kościelcu”, na które składały się usługi utrzymania parku, sadzenia roślin oraz utrzymania terenów zielonych. Odwołujący podkreślił, że również z załączonych do SWZ załączników 11.3 i 11.4, zawierających szczegółowy opis zamówienia dla części 3 i 4, nie wynika, by MK M. K. świadczył usługi transportu.

Odwołujący wywodził, że referencje wystawione przez MK M. K. na rzecz Ekobay Sp. z o.o. budzą wątpliwości albowiem:

- stwierdzają, że Ekobay Sp. z o.o. wykonała zamówienie od 1.01.2021 r. do 31.12.2022 r., gdy tymczasem nie było możliwe, aby umowa w sprawie zamówienia Urzędu Miasta Chrzanowa była wykonywana od 1 stycznia 2022 r., skoro informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty nosi datę 19 stycznia 2022 r., zatem zarówno udzielający referencji MK M. K., jak i Ekobay Sp. z o.o., nie mogli świadczyć usług od 1.01.2022 r., zatem oświadczenie złożone w załączniku nr 5 przez Ekobay sp. z o.o. i w referencjach wydanych przez MK M. K. nie polega na prawdzie;
- wątpliwym jest by w tym stanie rzeczy spełniony był warunek przez Ekobay Sp. z o.o., że na podstawie jednej umowy wykonywał zamówienie o wartości co najmniej 90.000 zł, skoro zamówienia publiczne pochodziły od trzech niezależnych podmiotów, w tym w wykazanych dwóch zamówieniach publicznych umowy zostały zawarte w dwóch różnych terminach;
- przedmiot zamówienia w załączniku nr 5, zarówno tym złożonym z datą 26 sierpnia 2023 r., jak i noszącym datę 5.09.2022 r., jak i opisany w referencjach z dnia 5 marca 2023 r. i w oświadczeniu z dnia 7 sierpnia 2023 r., wystawionym przez MK M. K. dla Ekobay Sp. z o.o., został opisany w inny sposób i nie odpowiada rzeczywistemu zakresowi prac jakie miano wykonać zgodnie z treścią SWZ w postępowaniu w sprawie zamówień publicznych zarówno Gminy Trzebinia, jak i UM Chrzanów;
- wartość brutto usługi wykonanej przez Ekobay Sp. z o.o. w ramach odrębnych zamówień, to zgodnie z załącznikiem nr 5 kwota 315.882 zł, z tego usługi transportowe mają wartość 132.000 zł brutto, przy czym wbrew obowiązkowi wynikającemu z pkt 18 SWZ (obowiązkiem Ekobay Sp. z o.o. było, w przypadku gdy umowa obejmuje oprócz usługi transportowej także inne czynności, dla wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczącej zdolności technicznej lub zawodowej, podanie wartości kosztorysowej usługi transportu) Ekobay Sp. z o.o. nie podała wartości kosztorysowej, a jedynie w oświadczeniu MK M. K. z dnia 7 sierpnia 2023 r. znajduje się informacja, że w oszacowaniu kwoty miesięcznej zostały uwzględnione następujące pozycje finansowe: samochód dostawczy: ok. 1000 zł; koszt paliwa: ok. 2000 zł; koszt serwisu i naprawy: ok. 500 zł; koszt osobogodziny pracowników: ok. 7000 zł.

Zdaniem odwołującego, powyższa informacja nie spełnia warunku kosztorysowego wykazania minimum jednego zamówienia na usługę transportu rzeczy na kwotę nie mniejszą niż 90.000zł, przy czym zamawiający zastrzegł, że wartość jednego zamówienia to wartość jednej umowy.

Następnie odwołujący wskazywał, że budzi wątpliwości, biorąc pod uwagę zakres prac podlegający wykonaniu w

oparciu o oba zamówienia tj. Gminy Trzebinia i UM Chrzanów, a polegających przede wszystkim na pracach ogrodniczych, utrzymaniu terenów zielonych, a tylko w znikomym stopniu polegający na wywożeniu odpadów, przedłożone oświadczenie Ekobay Sp. z o.o. o wycenie usługi transportu na 1/3 wartości całej usługi. Odwołujący podkreślił, że gdyby usługa transportu rzeczy stanowiła trzecią część zamówienia, to obowiązkiem zamawiającego było wykazać ją w SWZ jako odrębną usługę. Ponadto, zwrócił uwagę, że usługi transportowe są fakturowane na 23 % VAT, a nie na 8 % jak usługi utrzymania terenów zielonych. Zatem, jeśli Ekobay Sp. z o.o. świadczyłaby usługi transportu, to zapewne fakturowała by je stosując stawkę VAT 23%.

Zdaniem odwołującego, opisane w oświadczeniu z dnia 5.03.2023 r. MK M. K. prace, tj. zebranie i transport odpadów do wyznaczonych miejsc gromadzenia oraz ZOK wraz z przedstawieniem odczytu wagi, nie zostały przez Ekobay Sp. z o.o. w żaden sposób wykazane, w jakim okresie były wykonywane i na rzecz kogo, zważywszy, że Ekobay miał wykazać się doświadczeniem w zakresie usługi transportu rzeczy, a żadne z w/w zamówień nie obejmowało świadczenia usług transportu rzeczy.

W ocenie odwołującego warunki udziału w postępowaniu, o których mowa w punkcie 18.II SWZ jasno wskazują, iż wykonawca musiał wykazać, iż każda z wykonanych usług transportu rzeczy, na które się powołuje wykazując swoje doświadczenie musi mieć wartość co najmniej 90 000 zł. W ocenie odwołującego informacje zawarte w przedstawionych przez Ekobay referencjach powinny budzić uzasadnione wątpliwości zamawiającego.

Zdaniem odwołującego, zamawiający nie zwrócił uwagi, że MK M. K. wskazał, że usługi świadczone były w na rzecz trzech różnych podmiotów — Gminy Trzebinia, Urzędu Miasta Chrzanowa i Miasta Kraków, a zakres świadczonych prac w ogóle nie wskazywał na świadczenie usług transportu rzeczy. W jego ocenie wątpliwości powinno budzić dlaczego w przedłożonych referencjach nie wykazano usługi transportowej rzeczy, a jednocześnie w oświadczeniu zawarto wykaz kosztów związanych z transportem. Odwołujący zwrócił też uwagę, że w dokumentacji przekazanej mu przez zamawiającego brak jest dowodów potwierdzających, aby ten w jakikolwiek sposób zweryfikował dokumenty dotyczące posiadanego doświadczenia.

Odwołujący podkreślił, że przedstawione referencje powinny tym bardziej wzbudzić wątpliwości zamawiającego, albowiem wykazana przez wykonawcę wartość usług transportowych stanowiła 1/3 wartości umowy, a zatem winna być fakturowana odrębnie ze stawką VAT - 23 %. Odwołujący wyraził swoje podejrzenia, że wykonawca Ekobay nie wystawiał faktur VAT na MK M. K. za transport albo wystawiał je wyłącznie za usługi całorocznego utrzymania terenów zewnętrznych stosując stawkę VAT 8%, co potwierdzałoby, że nie wykonywał on usług transportu rzeczy. Nadto - zdaniem odwołującego - spółka Ekobay przedstawiła w wykazie usług informacje nieprawdziwe, a także przedstawiła na dowód zdolności zawodowej dokument zawierający nieprawdziwe dane na wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Wykonawca Ekobay przedstawił w złożonych dokumentach i wyjaśnieniach sprzeczne ze sobą informacje dotyczące zakresu świadczonych usług, podał w wykazie błędną datę rozpoczęcia świadczenia usług dla MK M. K., jak również zakończenia. Rozbieżności dotyczyły także wartości wykonanej usługi.

Odwołujący zauważył, że to na podstawie złożonego wykazu usług oraz przedłożonych referencji i oświadczenia zamawiający oceniał, że wykonawca Ekobay Sp. z o.o. spełnia warunki udziału w postępowaniu określone w SWZ. Przekazanie takich informacji nastąpiło przynajmniej w wyniku rażącego niedbalstwa (rozumianego jako niezachowanie elementarnych zasad prawidłowego zachowania w danej sytuacji). Jako podmiot profesjonalny, wykonawca Ekobay winien był sporządzić wykaz usług z należytą starannością oraz zweryfikować treść wystawionych referencji przed złożeniem ich u zamawiającego. Odwołujący stwierdził, że posłużenie się referencjami i informacjami dotyczącymi usług wykonanych na rzecz MK K. wprowadziło zamawiającego w błąd. Wskazanie tych informacji miało wpływ na wybór oferty wykonawcy Ekobay Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej, gdy tymczasem wykonawca ten nie świadczył na rzecz MK M. K. usług transportu rzeczy.

Odwołujący podkreślił przy tym, że to na zamawiającym ciąży obowiązek rzetelnego przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia. Powołał się przy tym na przepis art. 223 ust 1 ustawy Pzp uprawniający zamawiającego do żądania wyjaśnień treści złożonej oferty.

Następnie odwołujący zwrócił uwagę na obowiązującą na gruncie ustawy Pzp zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, która gwarantuje prowadzenia postępowania na jednakowych zasadach dla wszystkich ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący wskazał, że nieuzasadnione preferowanie niektórych wykonawców i ułatwianie im uzyskania zamówienia publicznego stanowi czyn ograniczający konkurencję i równe traktowanie wykonawców. Stwierdził też, że podejmując czynności niezgodne z Prawem zamówień publicznych zamawiający naruszył tym samym art. 16 pkt 1 ustawy.

Nadto, odwołujący dodał, że zamawiający winien, tym bardziej z należytą starannością dokonywać oceny i badania ofert,

w przypadku gdy wykonawca Ekobay Sp. z o.o. reprezentowana jest przez Prezesa Zarządu, który jednocześnie jest vice Prezesem Społecznej Rady Szpitala czyli Zamawiającego.

Reasumując, odwołujący stwierdził, że w toku przeprowadzonego postępowania zamawiający znacząco naruszył przepisy ustawy. Zamawiający jako profesjonalny podmiot zamawiający usługę, formułujący warunki udziału w postępowaniu i określając rodzaj dokumentów jakich będzie oczekiwał od wykonawców na ich potwierdzenie, powinien wykazać się należyłą starannością podczas badania i oceny przedłożonych dokumentów oraz elementarną wiedzą na temat zakresu zawartych w nich informacji czego w przedmiotowym przypadku zabrakło.

W oparciu o powyższe odwołujący wnosil jak w *petitum* odwołania.

Pismem z dnia 19 września 2023 roku wykonawca Ekobay Sp. z o.o. z siedzibą w Skawinie (zwany dalej: „przystępującym” lub „Ekobay”) zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. W piśmie tym przystępujący jednocześnie przedstawił swoje stanowisko w sprawie.

Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane zgodnie z wymogami określonymi w art. 525 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

W dniu 22 września 2023 roku zamawiający wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania.

W dniu 25 września 2023 roku odwołujący przedstawił Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej pisemną replikę na odpowiedź zamawiającego na odwołanie i odpowiedź na pismo zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

W dniu 26 września 2023 roku – w toku posiedzenia z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego – strony i przystępujący podtrzymały swoje stanowiska w sprawie.

Ponadto, w dniu 27 września 2023 roku odwołujący złożył wniosek o otwarcie na nowo zamkniętej rozprawy. Izba nie uwzględniła tego wniosku, o czym będzie mowa w dalszej części niniejszego uzasadnienia.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest usługa świadczenia transportu pomiędzy obiektami Krakowskiego Szpitala Specjalistycznego im. św. Jana Pawła II.

Zamawiający w Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej zwanej: „SWZ”) w punkcie 18.II.Aa opisał warunek udziału w postępowaniu w następujący sposób:

„18. Warunki udziału w postępowaniu

O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy:

(...)

II. spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej. W tym zakresie Wykonawca musi wykazać, że:

A. Wykonał, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonuje w okresie ostatnich 3 lat przed upływem składania ofert, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie:

a. minimum jedno zamówienie na usługę transportu rzeczy na kwotę nie mniejszą niż 90.000 zł (wartość jednego zamówienia to wartość jednej umowy),

Jeżeli umowa obejmuje oprócz elementów opisanych w ww. pkt Aa także inne czynności Wykonawca dla wykazania warunków zobowiązany jest do podania wartości kosztorysowej zadań wymienionych w pkt Aa.”

W punkcie 15 podpunkt 2 SWZ zamawiający określił podmiotowe środki dowodowe: „Na potwierdzenie spełnienia warunku o którym mowa w punkcie 18.11.A SWZ, Wykonawca złoży wykaz 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 usługi te zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów — oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy wg załącznika 5 SWZ”.

Pismem z dnia 27 sierpnia 2023 roku zamawiający wezwał wykonawcę Ekobay do złożenia podmiotowych środków dowodowych aktualnych na dzień złożenia, wskazanych w pkt 15 SWZ.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie wykonawca Ekobay złożył załącznik nr 5 do SWZ – Wykaz wykonanych usług, w którym wskazał następujące usługi:

1. Całoroczne utrzymanie terenów publicznych na terenie Małopolski m.in. Gmina Chrzanów, Gmina Trzebinia, Miasto Kraków na kwotę 132.000 zł brutto (zamówienie wykonywane w okresie 1 stycznia – 31 grudnia 2022 r. na rzecz MK M. K.);
2. Opróżnianie koszy ulicznych, przewożenia koszy i transportu od odpadów na kwotę 90 986 zł brutto (zamówienie wykonywane w okresie 3 stycznia – 31 grudnia 2023 r. na rzecz Urząd Miasta w Trzebini).

Ponadto, Ekobay złożył referencje z dnia 5 marca 2023 roku wystawione przez MK M. K., potwierdzające należyte wykonanie prac związanych z całorocznym utrzymaniem terenów publicznych na terenie Małopolski m.in. Gmina Chrzanów, Gmina Trzebinia, Miasto Kraków w roku 2022 na kwotę 315.882 zł brutto. W zakres wykonywanych usług wchodziło m.in. bieżące i sezonowe oczyszczanie chodników, ulic, parkingów, utrzymanie terenów publicznych, utrzymanie terenów zielonych, utrzymanie cmentarzy wraz z terenami przylegającymi, utrzymanie ścieżek rowerowych, koszenie wielkopowierzchniowych terenów zielonych, koszenie skarp, cięcia interwencyjne, techniczne i pielęgnacyjne drzew u krzewów, a także rozładunek i załadunek przedmiotów, urządzeń i towarów oraz zebranie i transport odpadów do wyznaczonych miejsc gromadzenia odpadów oraz Zakładu Gospodarki Odpadami Komunalnymi wraz z przedstawieniem odczytu z wagi. Do referencji zostało dołączone oświadczenie MK M. K. z dnia 7 sierpnia 2023 roku, wskazujące, że w zakres wykonanych usług wchodziły usługi transportowe na kwotę ok. 132.000 zł brutto.

Ekobay złożył także poświadczenie z Urzędu Miasta w Trzebini z dnia 17 sierpnia 2023 roku, potwierdzające, że wykonawca ten realizuje usługę opróżniania koszy ulicznych znajdujących się na terenie Gminy Trzebinia w okresie od 2 stycznia do 31 grudnia 2023 roku i na dzień wystawienia poświadczenia otrzymał kwotę 52.445,12 zł brutto za realizację usługi.

Pismem z dnia 28 sierpnia 2023 roku zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty, tj. oferty złożonej przez wykonawcę Ekobay Sp. z o.o.

Pismem z dnia 5 września 2023 roku zamawiający poinformował o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i przystąpieniu do powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Pismem także z dnia 5 września 2023 roku zamawiający, działając na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, zwrócił się o uzupełnienie podmiotowych środków dowodowych wskazując, że:

„Zgodnie z wezwaniem znak pisma DZ.271.72.840.2023 w sprawie złożenia podmiotowych środków dowodowych Wykonawca zobowiązany był do złożenia oświadczenia Wykonawcy wg załącznika 5 do SWZ- tj. wykaz wykonanych usług, potwierdzającego spełnianie warunku o którym mowa w pkt 18 .II .Aa SWZ. Złożony przez Wykonawcę wykaz budzi wątpliwości Zamawiającego, albowiem nie odpowiada on zapisom przedłożonego oświadczenia dot. referencji złożonych przez MK M. K.- dla przedmiotu zamówienia „Całoroczne utrzymanie terenów publicznych na terenie Małopolski m.in. Gmina Chrzanów, Gmina Trzebinia, Miasto Kraków” wskazano wartość usługi brutto 132 000 zł. Natomiast, zgodnie z oświadczeniem, całościowa kwota prac „Całoroczne utrzymanie terenów publicznych na terenie Małopolski m.in. Gmina Chrzanów, Gmina Trzebinia, Miasto Kraków” wyniosła 315 882 zł, z czego wartość prac transportowych podczas realizacji umowy wyniosła 132 000 zł. Zgodnie z warunkiem wskazanym w pkt 18.II.A SWZ Wykonawca w wykazie usług zgodnie z zał.5 SWZ zobowiązany jest do podania wartości wykonanego zamówienia na usługę transportu nie mniejszą niż 90.000zł.

Ponadto, w zw. z wymienieniem w wykazie usługi na rzecz Urzędu Miasta w Trzebini, w wykazie zatytułowanej „Opróżnianie koszy ulicznych, przewożenia koszy i transportu odpadów” na kwotę 90 986 zł Zamawiający informuje, iż tak nazwana i opisana usługa nie potwierdza spełniania warunku SWZ”.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie wykonawca Ekobay złożył tożsame jak poprzednio referencje z dnia 5 marca 2023 roku, wystawione przez „MK” M. K. wraz z oświadczeniem MK M. K. z dnia 7 sierpnia 2023 roku oraz zmieniony Załącznik nr 5 – Wykaz wykonanych usług, w którym wykazana została tylko jedna usługa:

1. Całoroczne utrzymanie terenów publicznych na terenie Małopolski m.in. Gmina Chrzanów, Gmina Trzebinia, Miasto Kraków na kwotę 132.000 zł brutto, w tym usługi transportowe 132.000 zł (zamówienie wykonywane w okresie 1 stycznia – 31 grudnia 2022 r. na rzecz MK M. K.).

Pismem z dnia 7 września 2023 roku zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej, tj. oferty złożonej przez wykonawcę Ekobay Sp. z o.o.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także uwzględniając dowody oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W dniu 27 września 2023 roku odwołujący, działając na podstawie art. 551 ust. 2 ustawy Pzp, złożył wniosek o otwarcie na nowo zamkniętej rozprawy w dniu 26 września 2023 roku z uwagi na ujawnienie okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia odwołania. W ramach powyższego wniosku odwołujący wnosil o dopuszczenie dowodu z dokumentu, tj. z pisma Urzędu Miasta Chrzanów z dnia 27 września 2023 roku na wykazanie faktu, że wykonawca Ekobay Sp. z o.o. jako podwykonawca lub dalszy podwykonawca w ramach zamówień publicznych przeprowadzonych przez Urząd Miejski w Chrzanowie nie był zaangażowany.

W uzasadnieniu przedmiotowego wniosku odwołujący podnosił, że dopiero w dniu 27 września 2023 roku otrzymał pismo z Urzędu Miasta Chrzanów, stanowiące odpowiedź na złożony w dniu 18 września 2023 roku wniosek o udostępnienie informacji publicznej. Z treści tego pisma miało wynikać, że wykonawca Ekobay Sp. z o.o. nie był w ogóle podwykonawcą ani dalszym podwykonawcą w ramach żadnego zamówienia publicznego prowadzonego przez Urząd Miejski w Chrzanowie. Zdaniem odwołującego, dowód ten jest istotny, albowiem potwierdza zarzut nie wykazania przez Ekobay Sp. z o.o. warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, tj. zadań w zakresie transportu wykazanych w załączniku nr 5.

Izba nie uwzględniła wniosku odwołującego o otwarcie na nowo zamkniętej rozprawy.

Zgodnie z art. 551 ust. 2 ustawy Pzp Izba otwiera na nowo zamkniętą rozprawę, jeżeli po jej zamknięciu ujawniono okoliczności istotne dla rozstrzygnięcia odwołania.

Izba stwierdziła, że nowe okoliczności, na które powoływał się odwołujący w złożonym wniosku (tj. otrzymanie dopiero w dniu 27 września 2023 roku, a zatem po otwarciu zamkniętej rozprawy, pisma z Urzędu Miejskiego w Chrzanowie) nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy, gdyż to, że wykonawca Ekobay nie był zaangażowany jako podwykonawca lub dalszy podwykonawca w ramach zamówień publicznych prowadzonych przez Urząd Miejski w Chrzanowie, nie stanowiło podstaw faktycznych zarzutów podniesionych w odwołaniu. Innymi słowy, okoliczności te nie zostały wskazane przez odwołującego w odwołaniu, jako uzasadnienie faktyczne na potwierdzenie podnoszonych zarzutów.

Ponadto, Izba zwróciła uwagę, że pismo z Urzędu Miejskiego w Chrzanowie, odwołujący otrzymał na wniosek złożony dopiero w dniu 18 września 2023 roku, a zatem dopiero 6 dni po wniesieniu odwołania i aż 11 dni po otrzymaniu informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej. Należy podkreślić, że otwarcie na nowo zamkniętej rozprawy, może oczywiście mieć miejsce, jeśli zostały ujawnione nowe okoliczności istotne dla rozstrzygnięcia odwołania, w tym nowe, istotne dowody, ale jest to wyjątek od zasady, wynikającej z art. 535 ustawy Pzp, zgodnie z którą: *dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej, strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy*. Zatem, ujawnienie nowych dowodów, może spowodować otwarcie na nowo zamkniętej rozprawy, o ile są one istotne dla rozstrzygnięcia, ale też nie było możliwe powołanie ich wcześniej. Jest to niewątpliwie sytuacja wyjątkowa. W tej sprawie, wnioskowany dowód został pozyskany tak późno, z uwagi na to, że sam odwołujący nie dochował należytej staranności i późno złożył stosowny wniosek (dopiero w dniu 18 września 2023 roku) mimo, że już wcześniej podejrzewał istnienie okoliczności, które miały być stwierdzone tym pismem. Izba podziela w tym zakresie pogląd wyrażony w innym wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 października 2019 r., sygn. akt: KIO 2007/19, iż: *„Izba otwiera na nowo zamkniętą rozprawę, jeżeli po jej zamknięciu ujawniono okoliczności istotne dla rozstrzygnięcia odwołania. Taką istotną okolicznością mogą być oczywiście nowe dowody mające wpływ na rozstrzygnięcie sprawy, jednakże ratio legis cytowanego przepisu nie oznacza możliwości dla uczestnika postępowania powoływania jakichkolwiek nowych dowodów, lecz tylko takich, które ujawniły się już po zamknięciu rozprawy. Chodzi więc o takie dowody, o których istnieniu uczestnik postępowania wcześniej nie wiedział i przy zachowaniu należytej staranności nie mógł się dowiedzieć.”*

W niniejszej sprawie taka sytuacja nie wystąpiła.

Mając powyższe na uwadze, Izba pominęła dowód wnioskowany przez odwołującego, tj. dowód z pisma Urzędu Miasta Chrzanów z dnia 27 września 2023 roku i nie uwzględniła wniosku o otwarcie na nowo zamkniętej rozprawy.

Izba ustaliła, że wystąpiły przesłanki z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane czynności zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Izba oddaliła odwołanie.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę: (...)

b) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, lub

c) który 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.

Stosownie do art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp:

1. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.
2. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

Przepis art. 128 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że: jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, 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.

Natomiast zgodnie z art. 16 zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) przejrzysty;
- 3) proporcjonalny.

Każdy z wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu zobowiązany był do wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności zawodowej tj., że wykonał, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonuje w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie: minimum jedno zamówienie na usługę transportu rzeczy na kwotę nie mniejszą niż 90.000 zł (wartość jednego zamówienia to wartość jednej umowy). Jednocześnie zamawiający zastrzegł, że jeżeli umowa obejmuje także inne czynności wykonawca dla wykazania warunków zobowiązany jest do podania wartości kosztorysowej zadań wymienionych w powyższym punkcie.

Na potwierdzenie spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu wykonawca Ekobay – w ramach ponownego wezwania do złożenia podmiotowych środków dowodowych - złożył załącznik nr 5 – Wykaz wykonanych usług, w którym została wymieniona usługa: *Całorocznego utrzymania terenów publicznych na terenie Małopolski m.in. Gmina Chrzanów, Gmina Trzebinia, Miasto Kraków* na łączną kwotę 315.882 zł, w tym usługi transportowe 132.000 zł. Okres świadczenia usługi: 1 stycznia – 31 grudnia 2022 rok. Podmiot na rzecz którego była świadczona usługa MK M. K.. Do tego oświadczenia wykonawca Ekobay załączył referencje, pochodzące od MK M. K., w których poświadczono, że Ekobay należycie wykonał prace związane z całorocznym utrzymaniem terenów publicznych na terenie Małopolski m.in. Gmina Chrzanów, Gmina Trzebinia, Miasto Kraków w 2022 roku, na kwotę 315.882 zł, w tym rozładunek i załadunek przedmiotów, urządzeń i towarów oraz zebranie i transport odpadów do wyznaczonych miejsc gromadzenia odpadów, oraz Zakładu Gospodarki Odpadami Komunalnymi, a także oświadczenie Pana M. K., iż w zakres świadczonych usług, wchodziły usługi transportowe o wartości ok 132.000 zł, obejmujące rozładunek i załadunek przedmiotów, urządzeń i towarów oraz zebranie i transport odpadów.

W ocenie Izby ww. dokumenty są spójne i potwierdzają spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania doświadczenia w wykonaniu/wykonywaniu usługi transportu rzeczy na kwotę nie mniejszą niż 90.000 zł. Odwołujący nie podważył w żaden sposób wiarygodności tych dokumentów. Słusznie zamawiający podnosili i zamawiający, i przystępujący, że przedmiotowe dokumenty referują do stosunku zobowiązaniowego istniejącego pomiędzy wykonawcą Ekobay a podmiotem MK M. K., który to potwierdził należyte wykonywanie na jego rzecz prac związanych z całorocznym utrzymaniem terenów publicznych, w tym usług związanych z transportem odpadów. Z drugiej zaś strony odwołujący nie wykazał, że wykonawca Ekobay nie świadczył usług transportu rzeczy na kwotę nie mniejszą niż 90.000 zł w ramach stosunku umownego łączącego wykonawcę Ekobay z MK M. K..

Odwołujący wskazywał, że referencje przedłożone przez Ekobay Sp. z o.o. budzą wątpliwości, albowiem stwierdzają, iż wykonawca ten wykonał zamówienie od 1 stycznia 2021 r. do 31 grudnia 2022 roku, gdy tymczasem nie było możliwe, aby umowa w sprawie zamówienia Urzędu Miejskiego Chrzanowa była wykonywana od 1 stycznia 2021 roku, skoro informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty jest z 19 stycznia 2022 roku.

W tym zakresie raz jeszcze należy wskazać, że podmiot na rzecz którego wykonawca Ekobay wykonywał usługę całorocznego utrzymania terenów publicznych na terenie Małopolski, to MK Kurek i usługa obejmowała nie tylko usługi na

terenie Gminy Chrzanów, ale też i innych w tym w Miasta Krakowa i Gminy Trzebini. Ponadto, odwołujący mylnie odnosi się do roku 2021, gdyż referencje dotyczą tylko i wyłącznie roku 2022.

Odwołujący wskazywał, że wątpliwym jest by warunek dotyczący wykonywania zamówienia o wartości co najmniej 90.000 zł został spełniony przez Ekobay, skoro zamówienia publiczne pochodziły od trzech niezależnych podmiotów, a umowy zostały zawarte w różnych terminach.

Zważyć jednak należy, że wykonawca Ekobay świadczył usługi na rzecz MK M. K. na podstawie jednej umowy – nr 1/12/2022 z dnia 29 grudnia 2021, dotyczącej pielęgnacji wraz z utrzymaniem terenów zieleni, terenów publicznych, ciągów komunikacyjnych położonych na terenie Małopolski i transportem w 2022 r., a która to umowa została przedstawiona w toku rozprawy. Z umowy tej wynika, że wykonawca Ekobay zobowiązał się m.in. do bieżącego i sezonowego oczyszczania chodników, ulic, parkingów, utrzymania terenów publicznych, utrzymania terenów zielonych, utrzymania cmentarzy wraz z terenami przylegającymi, utrzymania ścieżek rowerowych, koszenia wielkopowierzniowych terenów zielonych, cięć interwencyjnych, technicznych i pielęgnacyjnych drzew i krzewów, a także rozładunki, załadunku i transportu przedmiotów, urządzeń i towarów oraz zebrania i transportu odpadów do wyznaczonych miejsc gromadzenia odpadów oraz Zakładu Gospodarki Odpadami Komunalnymi wraz z przedstawieniem odczytu z wagi, a także transportu pojazdów i sprzętu mechanicznego niezbędnego do wykonania usługi. Zatem, zakres świadczonych usług, wynikający z umowy jest zbieżny z zakresem wskazanym w złożonych referencjach i obejmuje także transport rzeczy i odpadów. A co najistotniejsze odnosi się do stosunku zobowiązaniowego pomiędzy wykonawcą Ekobay a MK M. K., wynikającego z ww. umowy.

Słusznie zamawiający wskazywał, że przedstawione przez odwołującego wyniki postępowań, w których brał udział wystawiający referencje Pan M. K. w żaden sposób nie negują prawdziwości przedstawionego w tym postępowaniu podmiotowych środków dowodowych.

Co więcej, należy, zauważyć, że złożony – jako podmiotowy środek dowodowy – Załącznik nr 5 - Wykaz wykonanych usług dotyczy świadczenia całorocznego utrzymania terenów publicznych na terenie Małopolski, a jako przykładowe zostały wymienione Gmina Chrzanów, Gmina Trzebinia i Miasto Kraków.

Ponadto, odwołujący zwracał uwagę na inny sposób opisanie przedmiotu zamówienia w załączniku nr 5, referencjach i oświadczeniu „MK” M. K. z dnia 7 sierpnia 2023 roku. Powyższe nie przesądza jednak o tym, że wykonawca Ekobay nie świadczył usług transportu rzeczy na rzecz „MK” M. K., czy też, że nie został spełniony warunek dotyczący wartości tej usługi.

Co do wartości usług transportu, świadczonych w ramach tego stosunku obligacyjnego, to Izba uznaje, że oświadczenie (zawarte w załączniku nr 5 – Wykaz wykonanych usług) wskazujące na wartość tych usług na poziomie 132.000 zł, stanowi potwierdzenie wymagania podania wartości kosztorysowej tych prac i potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Taki sposób sformułowania oznacza, że została podana wartość kosztorysowa usług transportu (poprzez podanie jednoznacznej wartości tych usług). Trudno uznać, aby zamawiający w tak sformułowanym warunku, oczekiwał podania bardziej szczegółowych kalkulacji usług transportu, wraz z odniesieniem się do poszczególnych elementów takiej kalkulacji.

W ocenie odwołującego, budzi wątpliwości oświadczenie o wycenie usługi transportu na 1/3 wartości całej usługi, skoro zakres prac miał obejmować prace ogrodnicze, utrzymania terenów zielonych, a tylko w znikomym stopniu polegający na wywożeniu towarów.

Należy zauważyć, że są to tylko przypuszczenia, nie poparte stosownymi dowodami. Z kolei wykonawca Ekobay przedstawił podmiotowy środek dowodowy - wykaz wykonanych usług, z którego wynikała konkretna wartość świadczonej w ramach umowy zawartej z MK M. K. usługi transportowej. Odwołujący w żaden sposób nie podważył tego oświadczenia, a to na odwołującym spoczywał w tym zakresie ciężar dowodowy. Z całą pewnością nie jest skuteczne zakwestionowanie złożonego oświadczenia poprzez twierdzenia, że gdyby usługa transportu rzeczy stanowiła trzecią część zamówienia, to obowiązkiem zamawiającego byłoby wykazanie jej jako odrębnej usługi. W tym miejscu raz jeszcze należy podkreślić, że odwołujący odnosi się do stosunku zobowiązaniowego pomiędzy zamawiającymi a MK M. K., gdy tymczasem i załącznik nr 5 - Wykaz wykonanych usług, i przedstawione referencje, dotyczą stosunku zobowiązaniowego między wykonawcą Ekobay a MK M. K., realizowanego na podstawie umowy nr 1/12/2022 zawartej w dniu 29 grudnia 2021 roku.

Z kolei podnoszona przez odwołującego kwestia stosowania odpowiedniej stawki podatku VAT dla świadczonych usług transportowych jest irrelevantna dla oceny czy warunek udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia wykonawcy w postaci świadczenia usług transportu rzeczy został spełniony czy też nie. Po pierwsze, nawet błędnie zastosowana stawka podatku VAT nie wyklucza, że w istocie takie usługi były świadczone. Po drugie, słusznie przystępujący wskazywał na kwestię usług o charakterze kompleksowym. Nie przesądzając tutaj, czy jest możliwe

uznanie usług transportowych za pomocnicze w ramach realizowanej usługi całorocznego utrzymania terenów publicznych, wydaje się, że wykonawca mógłby, posiłkując się taką argumentacją, przyjąć jednolitą stawkę podatku VAT (8%). Wreszcie, sam odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że wykonawca Ekobay nie zastosował stawki 23% w odniesieniu do usług transportowych.

Na marginesie należy podnieść, że argumentacja odwołującego dotycząca członkostwa Prezesa Ekobay Sp. z o.o. w Radzie Społecznej Szpitala zamawiającego (jako vice Prezesa tej Rady) w latach ubiegłych, została pominięta, jako, że w tym zakresie odwołujący nie postawił żadnego zarzutu, a jedynie wskazywał na konieczność – w tym kontekście – należytej staranności przy dokonaniu oceny i badania ofert.

Mając powyższe na uwadze, Izba postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku 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 § 8 ust. 2 pkt 1 powołanego powyżej rozporządzenia: w przypadku oddalenia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi odwołujący. Izba zasądza koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, od odwołującego na rzecz zamawiającego.

Zamawiający nie złożył wniosku kosztowego.

Zatem, w oparciu o powyższe Izba zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodniczący: