

WYROK

Warszawa, dnia 24 lutego 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Anna Osiecka-Baran

Protokolantka: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 lutego 2025 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 lutego 2025 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **A.M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usługowy Ribes A.M. z siedzibą w Liszkach, A.S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Royal-Ogród Zakład Konserwacji Zieleni inż. A.S. z siedzibą w Gdowie, J.K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowo Usługowa „Jacek” J.K. z siedzibą w Krakowie oraz T.F. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Usługowa Elgab T.F. z siedzibą w Węgrzcach** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Zarząd Zieleni Miejskiej w Krakowie**

przy udziale uczestników po stronie zamawiającego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **KBU Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie oraz Pol-Kom-Tech Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie**

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze co do zarzutu wskazanego w pkt 2 *petitum* odwołania (naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych) wobec wycofania przez Odwołującego wyżej wskazanego zarzutu.

2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.

3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego, tytułem wpisu od odwołania;

3.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Uczestników po stronie Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu 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 - Sądu Zamówień Publicznych.**

Przewodnicząca:.....

Uzasadnienie

Zarząd Zieleni Miejskiej w Krakowie, dalej „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *Utrzymanie zieleni niskiej wraz z elementami małej architektury w parkach, pasach drogowych, zieleńcach, terenach osiedlowych, placach zabaw na terenie Gminy Miejskiej Kraków w latach: 2024- 2027*”, z podziałem na zadania w odniesieniu od jednej do czternastu części zamówienia, dla Zarządu Zieleni Miejskiej w Krakowie. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320 ze zm.), dalej „ustawa Pzp” lub „PZP”, z zastosowaniem przepisów wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 1 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 22 sierpnia 2024 r. pod numerem 502917-2024.

W dniu 3 lutego 2025 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: A.M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usługowy Ribes A.M. z siedzibą w Liszkach, A.S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Royal-Ogród Zakład Konserwacji Zieleni inż. A.S. z siedzibą w Gdowie, J.K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowo Usługowa „Jacek” J.K. z siedzibą w Krakowie oraz T.F. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Usługowa Elgab T.F. z siedzibą w Węgrzcach, dalej „Odwołujący”, wnieśli odwołanie w zakresie części 2 zamówienia, zarzucając Zamawiającemu (pisownia oryginalna):

1. Naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum KBU, pomimo jej niekompletności i braku wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, w szczególności w zakresie: braku podstawy dysponowania personelem o wymaganych kwalifikacjach; udzielenia pełnomocnictwa niezgodnego z KRS lidera Konsorcjum KBU; braku wymaganych informacji w wykazie usług, w tym w zakresie powierzchni terenów zieleni, okresów realizacji mimo, że w zakresie pełnomocnictwa oraz wykazu usług Konsorcjum KBU było już wzywane do wyjaśnienia i uzupełnienia.

2. Naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum KBU z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Konsorcjum w przeszłości nienależycie wykonało zamówienie publiczne, co zostało ujawnione w JEDZ, a w ofercie brak właściwego samooczyszczenia lub dowodów podjęcia działań naprawczych.

3. Naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum KBU z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Konsorcjum, w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawiło informacje wprowadzające w błąd, co do spełniania warunków udziału w postępowaniu, w zakresie osoby nadzorującej/kierującej. Zaniechanie wykluczenia Konsorcjum KBU skutkuje niełojalną konkurencją i nierównym traktowaniem wykonawców.

4. Naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 7 i 8 pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum KBU, mimo rażącego zaniżenia ceny w części 2 oraz stosowania manipulacji cenowej pomiędzy poszczególnymi częściami zamówienia (część 2 i 8). Czyn ten stanowi próbę nieuczciwej konkurencji i podważa zasady równego traktowania wykonawców.

Ewentualnie, jeżeli Izba uzna, że zarzut ten jest przedwczesny, naruszenie art. 224 ust. 1 w zw. z art. 223 ust. 1 pzp poprzez zaniechanie wyjaśnienia ceny oferty Konsorcjum KBU w odniesieniu do wątpliwości, czy cena jest rażąco niska oraz niejasności co do treści oferty wynikających z porównania oferty na część 2 i 8 zamówienia.

5. Naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 3 i 4 pzp poprzez wybranie jako najkorzystniejszej oferty złożonej w sprzeczności z ustawą oraz nieważnej z uwagi na fakt, że została podpisana przez osobę nieuprawnioną.

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części 2 zamówienia; ponownego przeprowadzenia czynności badania i oceny ofert w części 2, z uwzględnieniem konieczności wykluczenia Konsorcjum KBU oraz odrzucenia jego oferty; ewentualnie, jeśli Krajowa Izba Odwoławcza uzna, iż oferta Konsorcjum KBU wymaga dalszych wyjaśnień lub uzupełnienia, nakazanie Zamawiającemu wezwania wykonawcy KBU do wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 1 pzp (w zakresie rażąco niskiej ceny) w związku z art. 223 ust. 1 pzp (w zakresie wątpliwości co do treści oferty).

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia KBU Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie oraz Pol-Kom-Tech Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, dalej „Przystępujący” lub „KBU”.

Zamawiający pismem z dnia 18 lutego 2025 r. uwzględnił odwołanie w zakresie zarzutu 1 i 3, jednocześnie wnosząc o oddalenie zarzutów 2 i 4 odwołania. Pismo procesowe złożył Przystępujący, wnosząc o oddalenie odwołania w całości oraz złożył sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów 1 i 3 odwołania.

Odwolujący na posiedzeniu oświadczył, że cofa zarzut wskazany w pkt 2 *petitum* odwołania (naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych).

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie w zakresie rozpoznawanych zarzutów podlega oddaleniu.

Izba uwzględniła przy rozpoznaniu odwołania dokumentację postępowania, w szczególności: postanowienia specyfikacji warunków zamówienia, ofertę Przystępującego wraz ze składanymi wyjaśnieniami, informację o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz dokumentację postępowania odwoławczego w sprawie KIO 4757/24 oraz KIO 4768/24. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, piśmie procesowym Przystępującego, a także oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 19 lutego 2025 r.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

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

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonych w odwołaniu czynności.

Ponadto, Izba stwierdziła, że postępowanie odwoławcze co do zarzutu wskazanego w pkt 2 *petitum* odwołania (naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych), podlega umorzeniu, wobec wycofania przez Odwołującego wyżej wskazanego zarzutu.

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

1.Brak wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu

Izba uznała, że niezasadny jest zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp (zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę, 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) przez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, pomimo jej niekompletności i braku wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Izba ustaliła, że zgodnie z pkt 8 2.4.2.2 specyfikacji warunków zamówienia, dalej „SWZ”, Zamawiający wymagał, aby wykonawcy w zakresie 2 części zamówienia posiadali niezbędną wiedzę i doświadczenie, w zakresie objętym zamówieniem, czyli wykazali, iż w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, zrealizowali lub realizują co najmniej dwie usługi utrzymania terenów zieleni spełniające łącznie poniższe wymagania, tj.:

- a) dwie usługi utrzymania terenów zieleni,
- b) każda z wykazanych dwóch usług winna obejmować co najmniej koszenie, utrzymanie czystości na obszarze i pielęgnację krzewów,
- c) jedna z wykazanych dwóch usług winna obejmować utrzymanie elementów małej architektury i utrzymanie ciągów pieszych.
- d) w wykazanych dwóch usługach powierzchnia terenów zieleni objętych świadczeniem usług musiała wynosić łącznie co najmniej 100ha,
- e) o wartości łącznej utrzymania terenów zieleni w wykazanych dwóch usługach nie mniejszej niż 7.000.000,00 zł brutto (słownie: siedem milionów złotych),

Na potwierdzenie ww. warunku udziału w postępowaniu należało przedłożyć 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 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.

Przystępujący przedłożył wykaz usług, gdzie wskazał dwie usługi:

- *Utrzymanie zieleni niskiej wraz z elementami małej architektury w parkach, pasach drogowych, zieleńcach, terenach osiedlowych, placach zabaw na terenie Gminy Miejskiej Kraków w latach 2018-2021 – obszar 7. Usługa obejmowała m.in. utrzymanie terenów zieleni, koszenie, utrzymanie czystości na obszarze, pielęgnację krzewów, utrzymanie elementów małej architektury, utrzymanie ciągów pieszych na terenie Gminy Miejskiej Kraków obszar dzielnicy V i VII. Umowa z dnia 30.11.2028 r. nr ZZM/U/I/153/ZZ/907/2018. Data i miejsce realizacji: 1.12.2018–30.11.202 Teren Gminy Miejskiej Kraków – obręb dzielnicy V i VII;*
- *Utrzymanie zieleni niskiej wraz z elementami małej architektury w parkach, pasach drogowych, zieleńcach, terenach osiedlowych, placach zabaw na terenie Gminy Miejskiej Kraków w latach 2021-2024 – obszar 7. Usługa obejmowała m.in. utrzymanie terenów zieleni, koszenie, utrzymanie czystości na obszarze, pielęgnację krzewów, utrzymanie*

elementów małej architektury, utrzymanie ciągów pieszych na terenie Gminy Miejskiej Kraków obszar dzielnicy V i VII. Umowa z dnia 15.11.2021 r. nr ZZM/U/I/134/ZZ/ 749/2021. Data i miejsce realizacji: 1.12.2011–30.11.2024 obecnie realizowana Teren Gminy Miejskiej Kraków – obręb dzielnicy V i VII.

Zgodnie z treścią wykazu usług zostały załączone również:

- Referencje do umowy z dnia 30.11.2018 r. nr ZZM/U/I/153/ZZ/907/2018 zawartej z Zarządem Zieleni Miejskiej w Krakowie. Zamawiający dysponuje dokumentami, informacjami potwierdzającymi warunki zamówienia oraz należyłą realizację usługi a tym samym spełnienie warunku udziału w postępowaniu.
- W zakresie realizacji umowy z dnia 15.11.2021 r. nr ZZM/U/I/134/ZZ/749/2021 Zamawiający dysponuje dokumentami, informacjami potwierdzającymi warunki zamówienia oraz należyłą realizację usługi a tym samym spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Pismem z dnia 28 listopada 2024 r. Zamawiający działając na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp wezwał Przystępującego do poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, w tym wykazu usług podnosząc, że w Wykazie usług w ramach pierwszej podanej usłudze tj. „Utrzymanie zieleni niskiej wraz z elementami małej architektury w parkach, pasach drogowych, zieleńcach, terenach osiedlowych, placach zabaw na terenie Gminy Miejskiej Kraków w latach 2018-2021 – obszar 7” wpisano błędną datę realizacji „1.12.2018–30.11.202” oraz w ramach drugiej podanej usłudze tj. „Utrzymanie zieleni niskiej wraz z elementami małej architektury w parkach, pasach drogowych, zieleńcach, terenach osiedlowych, placach zabaw na terenie Gminy Miejskiej Kraków w latach 2021-2024 – obszar 7” wpisano błędną datę realizacji „1.12.2011-30.11.2024”.

Przystępujący przedłożył poprawiony wykaz oraz wyjaśnił, że W dokumencie „wykaz usług” pierwszej podanej usłudze tj. „Utrzymanie zieleni niskiej wraz z elementami małej architektury w parkach, pasach drogowych, zieleńcach, terenach osiedlowych, placach zabaw na terenie Gminy Miejskiej Kraków w latach 2018-2021 – obszar 7 poprawiono datę realizacji z „1.12.2018-30.11.202” na „1.12.2018-30.11.2021”. Przedmiotowa usługa była realizowana na rzecz Zamawiającego na podstawie umowy z dnia 30.11.2018 r. nr ZZM/U/I/153/ZZ/907/2018. W ramach podanej drugiej usługi tj. „Utrzymanie zieleni niskiej wraz z elementami małej architektury w parkach, pasach drogowych, zieleńcach, terenach osiedlowych, placach zabaw na terenie Gminy Miejskiej Kraków w latach 2021-2024 – obszar 7” wykonawca omyłkowo w okresie realizacji wskazał datę 1.12.2011-30.11.2024” tymczasem termin rozpoczęcia realizacji rzeczowej usługi to 1.12.2021 r. natomiast termin zakończenia realizacji usługi, na podstawie aneksu nr 14 do umowy z dnia 15.11.2024 r. nr ZZM/U/I/134/ZZ/749/2021 został przedłużony do dnia 31.12.2024 r. dlatego też wykonawca w załączonym wykazie zastępuje datę 30.11.2024 datą 31.12.2024.

W dniu 16 grudnia 2024 r. Odwołujący złożył odwołanie w zakresie części 2 zamówienia wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części 2, tj. oferty złożonej przez KBU, zaniechania wykluczenia KBU z postępowania pomimo zaistnienia przesłanek wykluczenia, zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum KBU pomimo zaistnienia przesłanek do odrzucenia tej oferty, zaniechania przeprowadzenia pełnego badania i oceny oferty Konsorcjum KBU, w szczególności przez zaniechanie wezwania do wyjaśnienia ceny oferty oraz uzupełnienia dokumentów podmiotowych.

Izba postanowieniem z dnia 3 stycznia 2025 r., sygn. akt KIO 4757/24, KIO 4768/24, umorzyła postępowanie odwoławcze, na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, w związku z dokonaniem przez Zamawiającego unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Zamawiający pismem z dnia 16 stycznia 2025 r., na podstawie art. 128 ust. 1 i 4 ustawy Pzp, wezwał Przystępującego do poprawienia lub uzupełnienia bądź wyjaśnienia podmiotowych środków dowodowych i treści oferty w odniesieniu do 2 części zamówienia, podnosząc, że Zgodnie z wskazanym w odwołaniu zarzutem Zamawiający prosi o dostarczenie brakujących dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług, zgodnie z wymaganiami zawartymi w SWZ. Zamawiający zaznacza, iż oświadczenie, że Zamawiający dysponuje odpowiednimi dokumentami, jest niewystarczające bez konkretnego wskazania tych dokumentów. W związku z powyższym Zamawiający prosi o poprawienie lub uzupełnienie oświadczeń i dokumentów dotyczących wykazu usług, celem jednoznacznego wykazania spełnienia przywołanego warunku udziału w postępowaniu.

Przystępujący w wyjaśnieniach z dnia 22 stycznia 2025 r. wskazał: wyjaśniamy i oświadczamy, że należyłą realizację usług wykonywanych przez konsorcjum firm KBU sp. z o.o. i Pol-Kom-Tech Sp. z o.o. na rzecz Zarządu Zieleni Miejskiej w Krakowie na podstawie odpowiednio umowy nr ZZM/U/I/153/ZZ/907/2018 z dnia 30.11.2018 roku pn. „Utrzymanie zieleni niskiej wraz z elementami małej architektury w parkach, pasach drogowych, zieleńcach, terenach osiedlowych, placach zabaw na terenie Gminy Miejskiej Kraków w latach: 2018-2021” – obszar 7 oraz umowy nr ZZM/U/I/134/ZZ/749/2021 z dnia 15.11.2021r. pn. „Utrzymanie zieleni niskiej wraz z elementami małej architektury w parkach, pasach drogowych, zieleńcach, terenach osiedlowych, placach zabaw na terenie Gminy Miejskiej Kraków w latach: 2021-2024” – część 7 potwierdzają będące w posiadaniu Zamawiającego comiesięczne protokoły odbiorów odpowiednio do umowy ZZM/U/I/153/ZZ/907/2018 oraz do umowy ZZM/U/I/134/ZZ/749/2021. Nadto Wykonawca przedkłada jako załącznik do wyjaśnień referencje wydane przez Zarząd Zieleni Miejskiej w Krakowie oznaczone znakiem

ZZS.022.11.24.BLM oraz referencje oznaczone znakiem ZZS.022.17.24.BLM, które również potwierdzają należyte realizację świadczonych usług a tym samym potwierdzają spełnienie przez Wykonawcę warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu przetargowym. (...)

Na końcu przedłożonego wraz z pismem z dnia 22 stycznia 2025 r. wykazu usług znalazła się dodatkowa informacja:

Wykaz dokumentów potwierdzających, że wykazane wyżej zamówienia zostały wykonane:

1. Referencje ZZS.022.17.24.BLM do umowy z dnia 30.11.2028 r. nr ZZM/U/I/153/ZZ/907/2018 zawartej z Zarząd Zieleni Miejskiej w Krakowie. Zamawiający również dysponuje dokumentami, informacjami potwierdzającymi warunki zamówienia oraz należyte realizację usługi a tym samym spełnienie warunku udziału w postępowaniu tj. comiesięcznymi protokołami odbioru usług, inwentaryzacjami powierzchni (dokumentacja przetargowa) oraz wystawionymi przez konsorcjum dokumentami księgowymi.

2. W Referencje ZZS.022.11.24.BLM zakresie realizacji umowy z dnia 15.11.2021 r. nr ZZM/U/I/134/ZZ/749/2021 zawartej z Zarząd Zieleni Miejskiej w Krakowie. Zamawiający również dysponuje dokumentami, informacjami potwierdzającymi warunki zamówienia oraz należyte realizację usługi a tym samym spełnienie warunku udziału w postępowaniu tj. comiesięcznymi protokołami odbioru usług, inwentaryzacjami powierzchni (dokumentacja przetargowa) oraz wystawionymi przez konsorcjum dokumentami księgowymi.

A.Brak wskazania dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług

Odwołujący zarzucał, że mimo wezwania Konsorcjum KBU nie wskazało konkretnych dokumentów i nie potwierdziło ich aktualności. Zamiast prostego oświadczenia wystosowano wielowątkowe pismo.

Z powyższym nie sposób się zgodzić. Zgodnie z art. 127 ust. 2 ustawy Pzp wykonawca nie jest zobowiązany do złożenia podmiotowych środków dowodowych, które zamawiający posiada, jeżeli wykonawca wskaże te środki oraz potwierdzi ich prawidłowość i aktualność. Z powyższego przepisu wynika zatem, że jeśli zamawiający dysponuje podmiotowym środkiem dowodowym, wykonawca nie ma obowiązku jego składać. Ustawodawca wprowadził powyższe rozwiązanie w celu ograniczenia liczby dokumentów, których zamawiający musiałby żądać, a wykonawca składać, w sytuacji gdy nie ma takiej potrzeby, gdyż konieczne do oceny spełniania warunku dokumenty są już w posiadaniu zamawiającego.

W niniejszym stanie faktycznym nie sposób nie zauważyć, że usługi, które Przystępujący wskazał w wykazie, były wykonywane na rzecz Zamawiającego prowadzącego przedmiotowe postępowanie. Tym samym Zamawiający posiadał wiedzę co do tego, jak te usługi były wykonywane i posiadał dokumenty potwierdzające ich należyte wykonanie w postaci choćby dokonywanych odbiorów. W tej sytuacji nie było potrzebne przedstawianie Zamawiającemu referencji bądź innych dokumentów wystawionych przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane, gdyż podmiotem tym był właśnie Zamawiający.

Skoro Przystępujący wskazał usługi wykonywane na rzecz Zamawiającego prowadzącego postępowanie, to nie był zobowiązany do złożenia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie tych usług, gdyż Zamawiający był w posiadaniu takich dokumentów. Ponadto, uszło uwadze Odwołującego, że Przystępujący w piśmie z dnia 22 stycznia 2025 r. wskazał środki dowodowe, które Zamawiający posiada (dysponuje (...)) comiesięcznymi protokołami odbioru usług, inwentaryzacjami powierzchni (dokumentacja przetargowa) oraz wystawionymi przez konsorcjum dokumentami księgowymi) oraz oświadczył, że dokumenty te potwierdzają należyte realizację usług. Dodatkowo do wyjaśnień zostały załączone referencje (dwa pisma Zamawiającego gdzie wskazano dotyczy wydania referencji).

Odwołujący podnosił również, że w zakresie umowy nr ZZM/U/I/153/ZZ/907/2018 Przystępujący złożył referencje, które potwierdzają nienależyte wykonanie prac, gdyż wykonawcy naliczono kary umowne w wysokości 86 587,28 zł. Przystępujący potwierdził, że faktycznie zostały naliczone kary umowne, co w żaden sposób nie świadczy o nienależytym zrealizowaniu umowy. Wykonawca wyjaśnił, że wartość naliczonych kar ma marginalne znaczenie w kontekście wartości całej umowy (kary o wartości 86.587,28, wartość wykonanych prac - 4.823.569,25 zł). Izba podziela stanowisko Przystępującego, że gdyby Zamawiający uznał, że umowa nie została zrealizowana należycie, to w ogóle referencji by nie wystawił. Tak się jednak nie stało, Zamawiający wystawił referencje i wskazał w nich, że potwierdza wykonywanie prac.

Następnie Odwołujący twierdził, w odniesieniu do umowy nr ZZM/U/I/134/ZZ/749/2021, że Przystępujący złożył referencje, które potwierdzają, że umowę wykonywano należycie, natomiast nie przedstawiono referencji, które potwierdzają, że umowę wykonano należycie.

Zgodnie z §9 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia 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), dalej „rozporządzenie”, 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 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.

Zatem, 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. Referencje na rzecz Przystępującego zostały wystawione 26 listopada 2024 r., a złożone w dniu 22 stycznia 2025 r., czyli w okresie ostatnich 3 miesięcy. Rację należy przyznać Przystępującemu, że brak jest przepisu, który w takiej sytuacji, wobec zakończenia wykonywania umowy obejmującej usługi ciągle w okresie pomiędzy wystawieniem a złożeniem referencji, nakazywałby uzyskiwanie i składanie nowych referencji, już po zakończeniu realizacji umowy.

Tym samym Izba uznała, że zarzut jest niezasadny.

B.Brak wymaganych informacji w wykazie usług

Odwołujący wskazywał, że wymogi Zamawiającego w odniesieniu do warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia (tj. świadczenie dwóch usług; powierzchnia, na której świadczone usługi musiała obejmować 100 ha oraz łączna kwota wynagrodzenia ze świadczenie usług - przynajmniej 7.000.000 zł) muszą być zrealizowane w okresie „ostatnich 3 lat przed terminem składania ofert”. W szczególności usługi wykonywane w sposób ciągły przez ponad 3 lata powinny zostać zaliczone wyłącznie w zakresie czynności wykonanych „w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert”.

Izba wskazuje, że rzeczywiście podany w wykazie usług Przystępującego okres nie mieści się w całości w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert (8 października 2024 r.), niemniej nie oznacza to, że usługa nie odpowiada wymogom warunku udziału w postępowaniu. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, okres ostatnich 3 lub 5 lat, o których mowa w § 9 ust. 1 pkt 1 i 2 rozporządzenia należy rozumieć w ten sposób, że realizacja dostawy, usługi lub roboty budowlanej może się rozpocząć wcześniej, natomiast istotne jest, aby ta dostawa, usługa lub robota zakończyła się w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert. Przykładowo w wyroku z dnia 10 października 2013 r., sygn. akt KIO 2325/13 (wydany na gruncie wcześniej obowiązującego rozporządzenia lecz orzecznictwo Izby w omawianym zakresie pozostaje utrwalone) stwierdzono że *Biorąc pod uwagę stan faktyczny sprawy, dostrzeżenia wymaga - po pierwsze - że wbrew stanowisku Zamawiającego, nie ma podstaw do uznania, że wartość usługi, którą miał wykazać się wykonawca w części dotyczącej wykonania jednej usługi o wartości co najmniej 2.000.000 zł musi odnosić się do wartości usługi w części wykonanej w okresie ostatnich trzech lat. Nic takiego nie wynika z treści Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (...) Także z treści wskazywanego przez Zamawiającego pkt VI ppkt 2.2.1 SIWZ nie wynika, że Zamawiający w sposób jasny i nie budzący wątpliwości wprowadził wymaganie, by wykonawca mógł wykazać się wyłącznie usługą, co do której wykazywana wartość dotyczy okresu ostatnich trzech lat przed terminem składania ofert. Wskazanie, że wykaz powinien wskazywać „realizację w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert (...) co najmniej 3 usługi kontroli (...) o wartości łącznej co najmniej 3 500 000 zł brutto, w tym co najmniej 1 usługa o wartości co najmniej 2 000 000 zł brutto” nie prowadzi do wniosku, że Zamawiający wprowadził wymaganie, by wartość usług dotyczyła wyłącznie okresu ostatnich trzech lat przed terminem składania ofert i by nie mogły być podane na potwierdzenie spełnienia tego warunku usługi o tej wartości, których rozpoczęcie świadczenia nastąpiło wcześniej, ale skończyło się przed upływem wskazanego, trzyletniego okresu. Nie ma przeszkód dla uznania, że wykonawca może skutecznie wykazać się takim doświadczeniem, które wynika ze świadczenia przez niego odpowiedniej usługi, której świadczenie rozpoczęło się wcześniej a zostało zakończone przed upływem wskazanego, trzyletniego okresu.*

Wobec powyższego Izba uznała za niezasadny ww. zarzut.

C.Brak potwierdzenia spełnienia wymagań dotyczących powierzchni terenów zieleni

Odwołujący wskazywał, że ze złożonego przez Przystępującego wykazu usług wynika, że w okresie ostatnich trzech lat Wykonawca KBU prowadził pracę na obszarze obejmującym między 78 ha a 85 ha.

Zarzut Odwołującego nie znajduje potwierdzenia w dokumentacji postępowania, gdyż zgodnie z uzupełnionym przez Przystępującego wykazem usług, usługa wskazana w poz. 1 obejmowała obszar 85 ha, natomiast usługa z poz. 2 świadczona była na obszarze 78 ha.

D. Brak wskazania okresów realizacji zgodnych z wymaganiami SWZ

Odwołujący podnosił, że zgodnie z pkt. 2.4.2.1 SWZ, do wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu można uwzględnić jedynie usługi zrealizowane lub realizowane po dniu 8 października 2021 r.

Izba ponownie podkreśla, że nie znajduje oparcia w treści warunku zawartego przez Zamawiającego, iż wykazywane usługi mają być wykonane w okresie trzech lat przed terminem składania ofert, w ten sposób, że dla usług rozpoczętych wcześniej niż trzy lata wstecz przed tym terminem zaliczeniu podlega wyłącznie usługa przypadająca na 3-letni okres referencyjny. Przy braku takiego zastrzeżenia, powszechnie przyjmuje się w doktrynie i orzecznictwie dopuszczalność wykazywania się usługami, których realizacja rozpoczęła się wcześniej, uznając za rozstrzygające by moment ich zakończenia lub trwania przypadła nie dawniej niż 3 lata wstecz przed wymaganym terminem. Zważyć bowiem należy, iż 3-letni okres wskazany przez Zamawiającego jest niczym więcej tylko odzwierciedleniem postanowień rozporządzenia.

Reasumując, dla uznania, że określone w wykazie zamówienie mieści się w okresie 3 lat, wystarczające jest, aby zakończenie realizacji tego zamówienia nastąpiło w tym okresie (lub – w przypadku usług o charakterze powtarzającym się lub ciągłym – nadal trwało), nawet jeśli rozpoczęcie jego realizacji miało miejsce wcześniej. Innymi słowy, nie jest konieczne, by cały czas wykonywania zamówienia mieścił się w rzeczonym okresie. Sformułowanie „usług wykonanych w okresie ostatnich trzech lat” wprowadza tylko ograniczenie w postaci daty granicznej końca usług, nie wprowadza zaś ograniczenia w odniesieniu do terminu ich rozpoczęcia.

Stąd też również w tym zakresie odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

E. Brak realizacji odpowiedniego obszaru

Odwołujący podkreślał, że postanowienia SWZ nie dopuszczają sumowania powierzchni z tej samej usługi, aby osiągnąć wymagany próg 100 ha. W ocenie Odwołującego, wykazywane przez Przystępującego usługi dotyczą tego samego obszaru o powierzchni 75,8869 ha i w istocie stanowią jedną usługę, realizowaną w latach 2018-2024. W związku z powyższym, Przystępujący nie wykazał prowadzenia prac na obszarze co najmniej 100 ha, tylko wskazał wielokrotne prowadzenie prac na obszarze 75,8869 ha. Zdaniem Odwołującego, podział pomiędzy dwie umowy ma w tym przypadku charakter wyłącznie formalny – wykonawca w okresie ostatnich 3 lat nie prowadził obsługi zieleni niskiej na obszarze 100 ha.

W ocenie składu orzekającego, wskazane przez Przystępującego usługi zostały wykonane na podstawie dwóch odrębnych umów, a zatem każda z nich była odrębną usługą. Biorąc pod uwagę charakter świadczonych usług, każda zawierana przez wykonawcę umowa w przedmiocie utrzymania zieleni jest odrębnym funkcjonalnie zobowiązaniem.

Tym samym zarzut odwołania jest niezasadny.

F. Brak podstawy dysponowania pracownikami

Odwołujący wskazywał, że Przystępujący w wykazie osób, złożonym w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów z dnia 28 listopada 2024 r., nie podał podstawy dysponowania personelem, a jedynie formę zatrudnienia. Uniemożliwia to Zamawiającemu potwierdzenie, czy KBU faktycznie spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie potencjału kadrowego.

Izba ustaliła, że w wykazie osób, zgodnie ze wzorem przygotowanym przez Zamawiającego, w kolumnie nr 6 należało podać *Informację o podstawie dysponowania i/lub załączone zobowiązania o udostępnieniu*. Przystępujący w uzupełnionym wykazie osób w ww. pozycji wskazał w odniesieniu do poszczególnych osób umowę o pracę lub umowę zlecenia.

Skład orzekający uznał, że takie podanie informacji o podstawie dysponowania jest wystarczające. Na podstawie tak złożonego oświadczenia Zamawiający był w stanie stwierdzić, że Przystępujący spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie potencjału kadrowego. Równocześnie, jak wskazuje utrwalona linia orzecznicza KIO (por. np. KIO 650/17, KIO 588/18, KIO 1972/18, KIO 240/19) dysponowanie osobami na podstawie umowy zlecenia uważa się za tzw. dysponowanie bezpośrednie. Oznacza to, że nie zachodzi sytuacja, której dotyczy art. 118 ust. 1 ustawy Pzp, tj. poleganie wykonawcy na zdolnościach technicznych (zasobach) innego podmiotu.

Ponadto, jak słusznie zauważył Przystępujący, Odwołujący nie przytoczył żadnej podstawy prawnej lub postanowienia SWZ, z których wynikałoby, że w przypadku dysponowania własnym potencjałem niewystarczające byłoby wskazanie stosunku prawnego łączącego wykonawcę z daną osobą.

G. Pełnomocnictwo niezgodne z KRS

Izba ustaliła, że oferta Przystępującego została podpisana przez p. M.C., działającą na podstawie pełnomocnictwa z dnia 20 września 2024 r. Pełnomocnictwo zostało udzielone do działania w imieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Pol-KOM-Tech Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (za którą występował p. J.M., uprawniony do samodzielnej reprezentacji) oraz KBU Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (za którą występowała p. E.T., działająca na podstawie pełnomocnictwa).

Do oferty Przystępującego załączono również pełnomocnictwo dla p. E.T. z dnia 18 marca 2022 r., zgodnie z którym dwóch członków zarządu spółki KBU Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością udzieliło p. E.T. prawa do samodzielnego

reprezentowania spółki w sprawach związanych z postępowaniami o udzielenie zamówienia publicznego oraz do zawierania umów. Pełnomocnictwo zostało udzielone przez p. Carlosa Parrasa Martineza oraz p. Miguela Angela Martina Gutierrez - osoby upoważnione do reprezentacji KBU Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w dacie udzielenia pełnomocnictwa. Jest to pełnomocnictwo upoważniające p. Edytę Tomasiak m.in. *do podpisywania i składania ofert w postępowaniach, do uzupełniania dokumentów, do składania wszelkich wyjaśnień w toku postępowań o udzielenie zamówienia, a także do składania odwołań i skarg.* Pełnomocnictwo obejmowało prawo do udzielania dalszych pełnomocnictw (*Pełnomocnictwo obejmuje umocowanie Pełnomocnika do udzielania dalszych pełnomocnictw*).

Izba ustaliła, że w pierwszym odwołaniu złożonym w niniejszej sprawie Odwołujący kwestionował upoważnienie p. M.C. do złożenia oferty w imieniu konsorcjum, twierdząc że p. E.T. nie posiada samodzielnego upoważnienia do reprezentacji spółki KBU Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Zamawiający unieważnił wybór oferty najkorzystniejszej i wystosował wezwanie do uzupełnienia/poprawienia podmiotowych środków dowodowych. Zamawiający wskazał: *Zgodnie z wskazanym w odwołaniu zarzutem, iż złożone pełnomocnictwo jest sprzeczne z zasadami reprezentacji spółki tj. KBU Sp. z o.o., Plac na Groblach 21/D, 31-101 Kraków- Lidera Konsorcjum określonymi w KRS, Zamawiający prosi o dostarczenie poprawionego pełnomocnictwa do reprezentacji zgodnego z Krajowym Rejestrem Sądowym, uwzględniającego zasady reprezentacji spółki. W związku z powyższym Zamawiający wzywa Wykonawcę w oparciu o powołaną podstawę prawną, do uzupełnienia pełnomocnictwa, które winno być złożone w postaci elektronicznej i potwierdzać umocowanie najpóźniej w dacie podpisania oferty.*

Przystępujący w odpowiedzi na powyższe wezwanie przedłożył pełnomocnictwo ogólne dla p. E.T., pełny odpis KRS spółki KBU Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oraz wyjaśnił, że *Pani E.T., której podpis widnieje na pełnomocnictwie udzielonym przez Konsorcjum firm KBU Sp. z o.o. i Pol-Kom-Tech Sp. z o.o. uprawniona jest do jednoosobowej reprezentacji KBU Sp. z o.o. wraz z umocowaniem do udzielania dalszych pełnomocnictw. Wraz z ofertą złożone zostało pełnomocnictwo dla Pani E.T. do reprezentacji KBU Sp. z o.o. w postępowaniach przetargowych i udzielania dalszych pełnomocnictw podpisane przez członków zarządu (funkcjonującego w dacie udzielenia pełnomocnictwa) w osobach C.P. (Prezes Zarządu) oraz M.A. (Członek Zarządu), nadto przedkładałam pełnomocnictwo Pani E.T. w związku z do ogólnej reprezentacji KBU Sp. z o.o. wraz z zastrzeżeniem umocowania do udzielania dalszych pełnomocnictw. Wskazane powyżej pełnomocnictwa zostały podpisane zgodnie z reprezentacją Spółki wynikającą z Krajowego Rejestru Sądowego w dacie ich udzielania tj. przez Prezesa Zarządu C.P. oraz Członka Zarządu M.A.. W związku z powyższym, Pani E.T. była umocowana do udzielenia imieniem KBU Sp. z o.o. przedłożonego wraz z ofertą pełnomocnictwa Pani M.C.. Wyjaśniamy również, iż na podstawie uchwały wspólników KBU Sp. z o. z dnia 3.10.2024 roku doszło do zmiany w osobie Prezesa Zarządu. Dokonano odwołania z funkcji Prezesa Zarządu Pana Carlosa Parraz Martinez oraz powołano na stanowisko Prezesa Zarządu Pana Eduardo Rojas Martin. Jednocześnie wyjaśniamy, że wcześniejsze pełnomocnictwa udzielone przez zarząd KBU Sp. z o.o. przed zmianą składu osobowego nie zostały odwołane, w związku z czym pozostają w mocy pomimo poczynionych zmian składu osobowego w zarządzie spółki. Powyższe potwierdza wyrok Wojewódzkiego Sadu Administracyjnego w Poznaniu z dnia 12 lutego 2020 roku wydany w sprawie o sygn. I SA/Po 934/19 zgodnie, z którym późniejsza zmiana składu osobowego organu spółki nie ma wpływu na ważność wcześniej udzielonego pełnomocnictwa. Udzielenie pełnomocnictwa jest uprawnieniem właściwego organu spółki z o.o. i ewentualne późniejsze zmiany składu osobowego zarządu nie skutkują wygaśnięciem wcześniej w sposób prawidłowy udzielonego pełnomocnictwa.*

Odwołujący podnosił, że załączone do oferty pełnomocnictwo zostało podpisane przez osoby, które, jak wynika z Krajowego Rejestru Sądowego, nie były uprawnione do samodzielnej reprezentacji spółki KBU Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Ponadto, zdaniem Odwołującego, uzupełnione przez Przystępującego pełnomocnictwo było pełnomocnictwem ogólnym i nie upoważnia do składania ofert w ramach konsorcjum, tj. zaciągania zobowiązań wobec Zamawiającego, nie tylko za swoje, ale również za działania innych podmiotów. Z ww. względów oferta Przystępującego winna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c), pkt 3) oraz pkt 4) ustawy Pzp.

Skład orzekający nie podzielił stanowiska Odwołującego wskazując, co następuje. Po pierwsze, pełnomocnictwo dla p. E.T. z dnia 18 marca 2022 r. (załączone do oferty)

obejmowało prawo do udzielania dalszych pełnomocnictw. Zatem na podstawie pełnomocnictwa załączonego do oferty, p. E.T. mogła upoważnić p. M.C. do złożenia oferty w niniejszym postępowaniu. Po drugie, pełnomocnictwo dla p. E.T. z dnia 18 marca 2022 r. (załączone do oferty) zostało udzielone przez osoby upoważnione do reprezentacji KBU Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w dacie udzielenia pełnomocnictwa. Do wyjaśnień z dnia 22 stycznia 2025 r. Przystępujący załączył pełny odpis KRS, na podstawie którego można jednoznacznie ustalić, że w dacie udzielenia pełnomocnictwa p. E.T., podpisujący je członkowie zarządu, byli upoważnieni do łącznej reprezentacji spółki. Po trzecie, pełnomocnictwo dla p. E.T. z dnia 18 marca 2022 r. (załączone do oferty) jest pełnomocnictwem rodzajowym upoważniającym p. Edytę Tomasiak m.in. *do podpisywania i składania ofert w postępowaniach, do uzupełniania dokumentów, do składania wszelkich wyjaśnień w toku postępowań o udzielenie zamówienia, a także do składania*

odwołań i skarg.

Biorąc pod uwagę powyższe, należy stwierdzić, że ww. zarzut jest niezasadny, a pierwotnie załączone do oferty Przystępującego pełnomocnictwa były prawidłowe. Dlatego nie sposób twierdzić, że KBU nie wykazało spełnienia warunków udziału w postępowaniu, oferta KBU jest niezgodna z przepisami ustawy Pzp (jako podpisana przez osobę bez prawidłowego umocowania) czy też jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów (zgodnie z przepisami Kc i Ksh złożenie oferty przez osobę nieuprawnioną skutkuje jej nieważnością).

Izba nie podzieliła natomiast stanowiska Przystępującego jakoby zarzut dotyczący pełnomocnictwa był spóźniony w części, w jakiej dotyczył pełnomocnictwa dla p. E.T., nieupoważniającego do złożenia oferty wraz z innymi wykonawcami. Odwołujący kwestionował bowiem w powyższym zakresie pełnomocnictwo ogólne, uzupełnione na wezwanie Zamawiającego, a nie pełnomocnictwo pierwotnie załączone do oferty.

2. Wprowadzenie w błąd

Izba ustaliła, że Zamawiający w pkt 7.4 SWZ przewidział fakultatywne przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania, obejmujące m.in. przesłanki zawarte w art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp.

Stosownie do pkt 8.2.4.1.1 Zamawiający wymagał, aby wykonawcy dysponowali osobami zdolnymi do realizacji zamówienia, w tym w zakresie części 2 zamówienia co najmniej jedną osobą nadzorującą lub kierującą posiadającą tytuł zawodowy magistra lub magistra inżyniera lub inżyniera w zakresie ogrodnictwa lub leśnictwa lub architektury krajobrazu oraz posiadającą co najmniej trzyletnią praktykę zawodową w zakresie odpowiadającym wykształceniu i doświadczeniu w nadzorowaniu lub kierowaniu pracami dotyczącymi w szczególności usług utrzymania terenów zieleni co najmniej przy dwóch zrealizowanych zamówieniach (potwierdzenie świadectwem pracy lub innym dokumentem wystawionym przez zleceniodawcę).

Na potwierdzenie powyższego warunku udziału w postępowaniu należało przedłożyć wykaz osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, 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

Przystępujący podał w wykazie osób pierwotnie p. Olhę Kyryk, wskazując, że posiada tytuł zawodowy Inżynier rolnictwa oraz 5-letnią praktykę zawodową.

Pismem z dnia 28 listopada 2024 r. Zamawiający wezwał Przystępującego, na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, do poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w odniesieniu do 2 części zamówienia w zakresie wykazu osób podnosząc, że *W przypadku wskazanej osoby nadzorującej lub kierującej, którą będzie O.K., Zamawiający wymagał aby wskazana osoba posiadała tytuł zawodowy magistra lub magistra inżyniera lub inżyniera w zakresie ogrodnictwa lub leśnictwa lub architektury krajobrazu lub rolnictwa. Dlatego też, prosimy o uzupełnienie lub poprawienie i udokumentowanie faktu posiadanego wykształcenia.*

W odpowiedzi na powyższe Przystępujący przedłożył nowy wykaz osób, gdzie w poz. 1 wpisał p. K.P. (osoba nadzorująca lub kierująca) posiadającą tytuł zawodowy magister inżynier ogrodnictwa, posiadającą co najmniej 3-letnią praktykę zawodową w zakresie odpowiadającym wykształceniu i doświadczeniu w nadzorowaniu, kierowaniu pracami dotyczącymi usług utrzymania terenów zieleni. Na potwierdzenie posiadania przez p. K.P. tytułu zawodowego Przystępujący przedłożył dyplom ukończenia studiów II stopnia na kierunku ogrodnictwo (tytuł zawodowy – magister inżynier).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia Przystępującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, podczas gdy wykonawca w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co do spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie osoby nadzorującej lub kierującej.

Odwołujący podnosił, że zmiana osoby nadzorującej lub kierującej po wezwaniu Zamawiającego budzi wątpliwości, ponieważ może wskazywać na próbę dostosowania się do wymagań Zamawiającego po zapoznaniu się z treścią wezwania. Odwołujący wskazywał, że w pierwotnym wykazie osób Przystępujący nie udokumentował wykształcenia p. O.K., co Zamawiający zakwestionował, a w odpowiedzi na wezwanie KBU wymieniło osobę nadzorującą lub kierującą na p. K.P., dla której udokumentowano wymagane wykształcenie.

Przystępujący wyjaśnił, że z uwagi na termin, który Zamawiający wyznaczył na złożenie dokumentów, nie miał możliwości uzyskania i przetłumaczenia dyplomu p. Olhi Kyryk. Z tego względu zdecydował się na zmianę osoby wyznaczonej na ww. stanowisko. Równocześnie na rozprawie okazał przetłumaczoną kopię dyplomu p. Olhi Kyryk, potwierdzającą zdobycie podstawowego wyższego wykształcenia, zgodnie z kierunkiem kształcenia inżynier, ze specjalnością inżynier rolnictwa.

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, 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.

Stosownie do art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, 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.

W ocenie Izby procedura wykazania powyższych okoliczności powinna być przeprowadzana indywidualnie w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, pomiędzy wykonawcą, którego dane okoliczności dotyczą, a zamawiającym. W przypadku jednak, gdy zamawiający nie poweźmie przekonania o podstawach do wykluczenia wykonawcy, a spór powstanie na etapie postępowania odwoławczego, obowiązek dowiedzenia tych okoliczności w postępowaniu odwoławczym spoczywa na stronach i uczestnikach postępowania, którzy z danych okoliczności wywodzą skutki prawne, zgodnie z zasadą wyrażoną w art. 534 ust. 1 ustawy, a także w art. 6 Kodeksu cywilnego.

W niniejszym postępowaniu odwoławczym Odwołujący winien zatem dowieść przede wszystkim, że kwestionowana przez niego decyzja Zamawiającego, tj. zaniechanie wykluczenia wykonawcy KBU, jest nieprawidłowa. Ze swojej strony zaś Przystępujący powinien dowodzić, że jest ona uzasadniona.

Tymczasem Odwołujący w swojej argumentacji wskazał jedynie, że powyższe działanie Przystępującego może stanowić przejaw lekkomyślności lub niedbalstwa, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, a nawet kwalifikowanego działania z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, jeżeli KBU działało świadomie, a Zamawiający zaniechawszy wykluczenia KBU, naruszył przepisy ustawy Pzp.

W niniejszej sprawie Odwołujący nie wykazał, że Przystępujący złożył nieprawdziwe informacje, czy też wprowadził Zamawiającego w błąd co do wykształcenia p. Kyryk oraz że miało to wpływ na decyzje podjęte przez Zamawiającego. Przypomnieć ponownie należy, że w rozpatrywanym przypadku ciężar dowodu spoczywał na Odwołującym, bowiem to on wywodził skutki prawne z przywoływanych przez siebie twierdzeń. Z uwagi na fakt, iż Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów celem wykazania słuszności własnego twierdzenia, Izba uznała podnoszony przez niego zarzut za bezzasadny.

Sam fakt natomiast zmiany osoby wyznaczonej na wymagane przez Zamawiającego stanowisko nie mógł w ocenie Izby stanowić o tym, iż Przystępujący przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

3. Rażąco niska cena oraz czyn nieuczciwej konkurencji

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu także naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 7 i 8 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty KBU, mimo rażącego zaniżenia ceny w części 2 oraz stosowania manipulacji cenowej pomiędzy poszczególnymi częściami zamówienia (część 2 i 8). Ewentualnie, Odwołujący zarzucał, jeżeli Izba uzna, że ww. zarzut jest przedwczesny, naruszenie art. 224 ust. 1 w zw. z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wyjaśnienia ceny oferty KBU w odniesieniu do wątpliwości, czy cena jest rażąco niska oraz niejasności co do treści oferty wynikających z porównania oferty na część 2 i 8 zamówienia.

Stosownie do art. 224 ust. 1 ustawy Pzp 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.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że zamawiający nie wzywał Przystępującego do wyjaśnień ceny rażąco niskiej. Izba ustaliła także, iż zamawiający nie miał takiego obowiązku wynikającego tak z art. 224 ust. 1a ustawy Pzp. Jednocześnie nie jest dopuszczalne automatyczne odrzucenie oferty wykonawcy z powodu ceny rażąco niskiej bez umożliwienia mu uprzedniego złożenia wyjaśnień. Tym samym nie jest możliwe odrzucenie oferty wykonawcy, który nie był wzywany do składania wyjaśnień. W przedmiotowej sprawie Zamawiający nie wzywał Przystępującego do wyjaśnień. W konsekwencji Izba nie dopatrzyła się naruszenia przepisów ustawy przez Zamawiającego, a zarzut w tym zakresie należało oddalić.

Ponadto, aby mówić o cenie rażąco niskiej, należy brać pod uwagę całkowitą cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia, a nie cenę za wykonanie danego elementu zamówienia. W treści odwołania próżno szukać uzasadnienia i wykazania, że cena zaoferowana przez Przystępującego za realizację całego zamówienia dla części 2 jest rażąco niska.

Dodatkowo, dyspozycja art. 224 ust. 1 ustawy Pzp skierowana jest do zamawiającego i to zamawiający, jako gospodarz postępowania, ma możliwość zastosowania procedury opisanej tym przepisem. Ustawodawca w art. 224 ust.

1 ustawy Pzp pozostawił więc zamawiającemu ocenę zaistnienia podstaw do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w przedmiocie wyliczenia ceny. Zamawiający powinien zatem wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny w sytuacji, gdy zaistnieją wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

Warunkiem skorzystania z wezwania do wyjaśnień jest sytuacja, w której oferta wydaje się zamawiającemu rażąco niska. Punktem odniesienia są występujące u zamawiającego (a nie u konkurenta) podejrzenia zaoferowania ceny rażąco niskiej. Tylko w takiej sytuacji uprawnienie do wezwania do wyjaśnień staje się obowiązkiem zamawiającego. Wymaga również podkreślenia, że przepisy ustawy Pzp posługują się pojęciami nacechowanymi elementami subiektywnymi, odwołując się do „wątpliwości zamawiającego”, czy wskazują, że „cena wydaje się rażąco niska”. Nie jest więc tak, że Zamawiający w każdym przypadku zobowiązany jest do przeprowadzenia procedury wyjaśniającej kalkulację oferty. Jest to konieczne w sytuacji pojawienia się wątpliwości Zamawiającego. Jeżeli ocena danych prowadzi do wniosków, że wystąpiły obiektywne przesłanki potwierdzające prawidłowość kalkulacji, Zamawiający nie ma obowiązku wzywania do wyjaśnień.

Odnosząc powyższe do niniejszego stanu faktycznego należy wskazać, że Zamawiający nie miał podstaw do wezwania Przystępującego do wyjaśnień dotyczących ceny, bowiem jego oferta, wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie budziła uzasadnionych wątpliwości co do wysokości zaproponowanych stawek.

Równocześnie twierdzenia Odwołującego o nierealistycznej wycenie oferty w części 2 przy jednoczesnym braku uzyskania zamówienia w części 8 (Odwołujący podnosił, że KBU, *pomimo złożenia oferty również na część 8 zamówienia, nie uzyskało tego zamówienia. Może to wskazywać, że oferta w części 2 została wyceniona nierealistycznie i nie spełnia wymagań ze względu na zawyżone ceny w części 8, która nie będzie realizowana przez KBU, a przynajmniej nie po tak znacząco wygórowanych cenach*) nie zostały w żaden sposób wykazane.

W odniesieniu zaś do zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, należy wskazać, co następuje.

Odwołujący stwierdzał, że w tabeli z kosztorysami widoczne są nieproporcjonalnie niskie ceny jednostkowe w części 2 w porównaniu do tych w części 8, mimo że obie części obejmują analogiczne usługi i zakres prac. Jednocześnie w dalszej części Odwołujący nie mówił już o usługach analogicznych, tylko o porównywalnym zakresie prac pod względem wymagań technicznych i organizacyjnych w części 2 i 8, a następnie że zakres prac jest jedynie zbliżony.

Przystępujący podkreślał zaś różnice w specyfice obszarów w ramach części 2 i 8, podnosząc że część 2 stanowią parki, które są obszarami zwartymi, położonymi stosunkowo niedaleko od siebie. Natomiast część 8 stanowią zieleńce, skwery i pasy uliczne, które w swej strukturze są małymi obszarami i rozproszone w znacznych odległościach od siebie. Taka specyfika obszarów powoduje, że trzeba użyć większych sił i środków do obsługi obszaru 8 niż do obszaru 2 w każdym aspekcie obsługi, poczynwszy od utrzymania czystości, przez utrzymanie trawników, alejek, żywopłotów czy krzewów.

W ocenie Izby podkreślenia wymaga, że zarzuty wskazane w odwołaniu muszą zostać udowodnione i wykazane. Treść zarzutu nie ogranicza się wyłącznie do twierdzeń zawartych w odwołaniu, ale dotyczy również okoliczności faktycznych zawartych w sformułowanej przez odwołującego argumentacji. Odwołanie wyraża zastrzeżenia w odniesieniu do czynności lub zaniechań zamawiającego, co oznacza obowiązek przedstawienia przez odwołującego obok podstawy prawnej zgłoszonych zastrzeżeń także wykazania ich konkretnymi okolicznościami faktycznymi.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowej sprawy Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał okoliczności faktycznych zarzutu, tj. nie udowodnił, by Przystępujący dokonał zaniżenia ceny w części 2, co może wskazywać na próbę wyeliminowania konkurencji. Stawianie nieopartego żadną argumentacją zarzutu czynu nieuczciwej konkurencji, świadczy o bezzasadności tego zarzutu. Ciężar dowodu, że oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, spoczywał - na zasadach ogólnych - na Odwołującym. Biorąc powyższe pod uwagę zarzut należało uznać za niezasadny już tylko z tego powodu, że Odwołujący w żadnej mierze nie wykazał, że zostały wypełnione znamiona konkretnego czynu nieuczciwej konkurencji.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca:.....