

**WYROK**

Warszawa, dnia 26 maja 2025 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodnicząca: Irmina Pawlik

Protokolantka: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 maja 2025 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 kwietnia 2025 r. przez wykonawcę P.K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Komunalnych DROGOS P.K. w Pilchowicach w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Pilchowice

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego: wykonawcy Natezja spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Trachach

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego P.K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Komunalnych DROGOS P.K. w Pilchowicach i:

2.1. zalicza do kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7500 zł 00 gr (siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę 3600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 460 zł 00 gr (czteryście sześćdziesiąt złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem dojazdu na rozprawę;

2.2. zasądza od odwołującego P.K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Komunalnych DROGOS P.K. w Pilchowicach rzecz zamawiającego Gminy Pilchowice kwotę 4060 zł 00 gr (cztery tysiące sześćdziesiąt złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na rozprawę.

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:.....

Sygn. akt: KIO 1588/25

**Uzasadnienie**

Gmina Pilchowice (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie podstawowym na usługi pn. „Bieżące utrzymanie zieleni i publicznych terenów gminnych wraz z utrzymaniem toalety, przystanków komunikacyjnych, koszy wolnostojących i koszeniem pasa drogowego” (nr ref. ZP.271.21.2024). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 28 listopada 2024 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 2024/BZP 00622967. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 1320, dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza progów unijnych, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 22 kwietnia 2025 r. wykonawca P.K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Komunalnych DROGOS P.K. w Pilchowicach (dalej jako „Odwołujący”) wniósł odwołanie ww. postępowaniu wobec czynności wyboru w zadaniu nr 1 i 2 oferty wykonawcy Natezja spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Trachach (dalej jako „Przystępujący”), wobec zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego, jak też – ewentualnie – zaniechania podjęcia czynności wyjaśniających w zakresie rażąco niskiej ceny w stosunku do oferty Przystępującego, a ponadto niezgodnego z procedurą udzielania zamówień publicznych ponownego wezwania Przystępującego do przedstawienia wykazu wykonanych usług dla zadania 1 i 2, pomimo że Przystępujący już na wcześniejsze wezwanie z 13 stycznia 2025 r. takie wykazy złożył, co stanowi obejście zasad uzupełniania dokumentów, w tym art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący postawił zarzuty naruszenia:

1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i art. 226 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, pomimo że wykonawca ten nie spełnił warunku udziału w postępowaniu wskazanego w rozdziale IX

ust. 2 pkt 4 lit. a specyfikacji warunków zamówienia (dla zadania 1 i zadania 2) w zakresie doświadczenia wymaganego od wykonawcy, lecz przedstawił Zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd co do spełnienia tego warunku, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji lub też

2)art. 226 ust. 1 pkt 7 i 8 i art. 224 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp – w przypadku twierdzenia przez Przystępującego, że przedstawione Zamawiającemu informacje co do ponoszonych przez niego kosztów wykonania usługi w zakresie stanowiącym spełnienie warunku udziału w postępowaniu wskazanego w rozdziale IX ust. 2 pkt 4 lit. a specyfikacji warunków zamówienia (dla zadania 1 i zadania 2) są prawdziwe i rzeczywiste – koszty Przystępującego na takim poziomie stanowią bowiem dowód na to, że wykonawca – oferując taki poziom cen – złożył ofertę z cenami znacząco niższymi niż ponoszone przez niego koszty rzeczywiste, tj. zarówno ofertę z rażąco niską ceną, jak i ofertę z cenami dumpingowymi, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r. poz. 1233). Dodatkowo w takiej sytuacji Zamawiający zaniechał wezwania Przystępującego w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, pomimo że po otrzymaniu wyjaśnień z 8 kwietnia 2025 r., w których Przystępujący podał, jakie koszty ponosi w związku z wykonywaniem usługi podobnej do stanowiącej przedmiot niniejszego postępowania (a nawet znacznie łatwiejszej i znacznie mniej kosztotwórczej), ewidentne stało się, że zaoferowana cena świadczenia usługi jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i przez to powinna budzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania za tę cenę przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia i wynikającymi z przepisów,

3)art. 274 ust. 1 w zw. z art. 128 ust. 1 i w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez niezgodne z procedurą udzielania zamówień publicznych zawartą w ustawie Prawo zamówień publicznych ponowne wezwanie Przystępującego, pismem z 19 marca 2025 r., w trybie art. 274 ust. 1 ustawy Pzp, do przedstawienia wykazu wykonanych usług dla zadania 1 i zadania 2, pomimo że Przystępujący już na wcześniejsze wezwanie z 13 stycznia 2025 r. takie wykazy usług złożył (z tym, że zawierają one informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd), co stanowi obejście zasad przedstawiania i uzupełniania dokumentów (podmiotowych środków dowodowych), w tym art. 128 ust. 1 ustawy Pzp.

Naruszenia te stanowią też naruszenie naczelnych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności zasady uczciwej konkurencji (art. 16 pkt 1 ustawy Pzp), ale także przejrzystości postępowania (w przypadku dwukrotnego wezwania do przedstawienia wykazu usług) poprzez wybranie jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego, pomimo że wykonawca ten nie spełnił warunków udziału w postępowaniu, lecz przedstawił Zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd co do spełnienia tego warunku, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, a także złożył ofertę podlegającą odrzuceniu jako oferta z cenami znacząco niższymi niż ponoszone przez niego koszty rzeczywiste, tj. zarówno oferta z rażąco niską ceną, jak i oferta z cenami dumpingowymi w rozumieniu art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty dla zadania 1 i 2, ponowienia czynności badania i oceny oferty Przystępującego dla zadania 1 i 2, a w jej konsekwencji dokonania odrzucenia oferty Przystępującego dla zadania 1 i 2, a także o zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego.

Zamawiający w dniu 16 maja 2025 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W dniu 19 maja 2025 r. pismo w sprawie złożył także Przystępujący, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, uwzględniając akta sprawy odwoławczej, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawcę Natezja spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Trachach.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Izba uznała, iż Odwołujący, jako podmiot, który złożył ofertę w postępowaniu, a w drodze wniesionego środka ochrony prawnej dąży do unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i jej odrzucenia, posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba rozstrzygając sprawę uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności SWZ, oferty wykonawców, podmiotowe środki dowodowe złożone przez

Przystępującego, wyjaśnienia Przystępującego dotyczące wartości usługi referencyjnej, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej. Izba ponadto dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentów złożonych przez Odwołującego na rozprawie:

- oferta Przystępującego (formularz cenowy) w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Zabrze Jednostka Gospodarki Nieruchomościami;
- wycenienie kosztów nawożenia dot. zamówienia GAPR sp. z o.o.;
- cennik usług komercyjnych za przyjęcie odpadów – Przedsiębiorstwo Zagospodarowania Odpadów sp. z o.o. w Gliwicach;
- komunikat w sprawie rozstrzygnięcia zapytania ofertowego nr GAPR-DIPZN/819/23/W;
- zapytanie ofertowe nr GAPR-DIPZN/819/23/W;
- wzór umowy – załącznik do zapytania ofertowego nr GAPR-DIPZN/819/23/W;
- SWZ w postępowaniu nr DZPZ.283.53.2024.EK prowadzonym przez Politechnikę Śląską;
- Oferty Przystępującego i innego wykonawcy w postępowaniu nr DZPZ.283.53.2024.EK prowadzonym przez Politechnikę Śląską;

na okoliczności wynikające z treści tych dokumentów, podane przez Odwołującego do protokołu rozprawy.

#### **Izba ustaliła, co następuje:**

Przedmiot zamówienia został podzielony na sześć części. W zakresie Zadania 1 przedmiotem zamówienia jest bieżące utrzymanie zieleni i gminnych terenów publicznych w Gminie Pilchowice polegające na koszeniu i pielęgnacji trawników, pielęgnacji roślin i krzewów, utrzymaniu istniejących alejek, utrzymaniu w czystości i konserwacji urządzeń znajdujących się na powierzonym terenie, sprzątnięciu, opróżnianiu i utrzymaniu w czystości koszy na śmieci. W ramach prawa opcji: Zamawiający zakłada możliwość zlecenia dodatkowych usług koszenia gruntów wraz z wywozem biomasy, na terenach nie ujętych w Wykazach – do powierzchni 15 000 m<sup>2</sup>. Zamawiający pozostaje uprawniony do zlecenia dodatkowych usług koszenia wraz z wywozem biomasy do łącznej powierzchni stanowiącej jednokrotność terenu wykazanego w Wykazach (Załączniku nr 1 i 2 do OPZ dla Zadania 1). Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera Załącznik nr 8 do SWZ. W zakresie Zadania 2 przedmiotem zamówienia jest bieżące utrzymanie centrów przesiadkowych w Gminie Pilchowice zlokalizowanych w Stancicy, Wilczy i Żernicy, polegające na wykonywaniu usługi sprzątnięcia i koszenia terenu, utrzymania w czystości wiat przystankowych, pielęgnacji zieleni urządzonej, konserwacji obiektów wraz z utylizacją powstałych odpadów, opróżnianiu i utrzymaniu w czystości koszy na śmieci. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera Załącznik nr 9 do SWZ.

W Rozdziale IX ust. 2 pkt 4) SWZ Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej, w tym: w zakresie Zadania 1: a) Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonał/wykonuje należycie co najmniej jedną usługę polegającą na utrzymaniu terenów zielonych, obejmującą swoim zakresem minimum koszenie gruntów oraz pielęgnację roślin i krzewów, o wartości nie mniejszej niż 150 000,00 zł brutto. Zamawiający dopuszcza możliwość wykazania spełnienia tego warunku na podstawie wielu umów zawartych w wyniku jednego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego; w zakresie Zadania 2: a) Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonał/wykonuje należycie co najmniej jedną usługę polegającą na utrzymaniu terenów zielonych, obejmującą swoim zakresem minimum koszenie gruntów oraz pielęgnację zieleni urządzonej, o wartości nie mniejszej niż 75 000,00 zł brutto. Zamawiający dopuszcza możliwość wykazania spełnienia tego warunku na podstawie wielu umów zawartych w wyniku jednego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W celu potwierdzenia spełnienia ww. warunków udziału w postępowaniu, zgodnie z Rozdziałem XV ust. 1 pkt 2) SWZ, Zamawiający wymagał złożenia przez wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona wykazu usług (wzór stanowi Załącznik nr 5 do SWZ) wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 (trzech) 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 – dotyczy Zadania 1, 2 i 5.

W postępowaniu w zakresie Zadania 1 złożono dwie oferty (Odwołującego z ceną za zakres podstawowy 258 120 zł, za opcję 13 415,87 zł oraz Przystępującego z ceną za zakres podstawowy 216 432 zł, za opcję 18 488,61 zł), a w zakresie Zadania 2 cztery oferty (Odwołującego z ceną 96 217,20 zł, Przystępującego z ceną 88 452,00 zł, oferta nr 3 z ceną 105 483,60 zł oraz oferta nr 5 z ceną 94 944,96 zł).

Wartość szacunkowa zamówienia (netto) została ustalona dla Zadania 1 w zakresie podstawowym na 209 000 zł, w zakresie opcji na 46 648,15 zł, a dla Zadania 2 na 100 407,41 zł. Kwota jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wyniosła dla Zadania 1 - 276 100,00 zł, a dla Zadania 2 – 108 440,00 zł.

Przystępujący na wezwanie Zamawiającego złożył wykaz usług, wskazując dla Zadania 1 i 2 usługę realizowaną na rzecz Górnośląskiego Akceleratora Przedsiębiorczości Rynkowej sp. z o.o. (dalej jako „GAPR”) o wartości 375 882,77 zł, wykonywaną od 1 stycznia 2024 r., podając w kolumnie „rodzaj usługi” opis: Usługa polegająca na utrzymaniu terenów zielonych, obejmującą swym zakresem koszenie gruntów oraz pielęgnację roślin i krzewów. Przystępujący złożył także referencje wystawione przez GAPR, w których m.in. wskazano, że Przystępujący wykonuje usługę całorocznego utrzymania terenu zewnętrznego utwardzonego i terenów zielonych na terenie nieruchomości Centrum Edukacji i Biznesu „Nowe Gliwice” w Gliwicach, jak i że dotychczasowa wartość usługi wyniosła 348 039,60 zł netto.

Zamawiający pismem z 17 stycznia 2025 r. zawiadomił wykonawców o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w Zadaniu 1 i 2. Czynność ta została następnie przez Zamawiającego unieważniona w dniu 7 marca 2025 r., z uwagi na uwzględnienie przez Zamawiającego zarzutów odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 239/25. Następnie Zamawiający pismem z 19 marca 2025 r. wezwał Przystępującego, na podstawie art. 274 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia podmiotowych środków dowodowych w zakresie Zadania 1 i 2 aktualnych na dzień złożenia, w tym m.in. wykazu usług. W odpowiedzi na to wezwanie Przystępujący złożył wykaz usług, zawierający analogiczne informacje jak pierwotny wykaz, przy czym Przystępujący zmienił wartość usługi realizowanej na rzecz GAPR na 172 000 zł.

Zamawiający pismem z 26 marca 2025 r. wezwał Przystępującego na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień m.in. w zakresie dotyczącym wykazu usług w zakresie Zadania 1 i 2, w odniesieniu do uwag wniesionych przez Odwołującego w Odwołaniu w sprawie KIO 239/25. Zamawiający wskazał: „Zgodnie z uzasadnieniem do zarzutu 1 doświadczenie Wykonawcy przedstawione na wezwanie, nie potwierdza spełnienia warunku określonego przez Zamawiającego w SWZ: „W opisie usługi w kolumnie „Rodzaj usługi (należy wpisać istotne dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu informacje) Wykonawca wskazał: „Usługa polegająca na utrzymaniu terenów zielonych, obejmującą swym zakresem koszenie gruntów oraz pielęgnację roślin i krzewów”. Zatem Wykonawca oświadczył, że usługa, dla której podał wartość 375.882,77 zł polegała TYLKO na utrzymaniu terenów zielonych co jest niezgodnie ze stanem rzeczywistym. Jak bowiem wynika z posiadanych przez Odwołującego dokumentów dotyczących realizacji tej usługi dla Górnośląskiego Akceleratora Przedsiębiorczości Rynkowej sp. z o.o., zakres realizacji tej usługi jest znacznie szerszy niż opisany przez Zamawiającego w ramach warunku udziału w postępowaniu. Obejmuje bowiem:

1. Utrzymanie terenu zewnętrznego utwardzonego i terenów zielonych o łącznej powierzchni ok. 68.108 mkw. na terenie Centrum Edukacji i Biznesu Nowe Gliwice w Gliwicach przy ul. Bojkowskiej położonego na działkach nr 11, 12, 14/32, 14/44, 403/2, 14/46, 14/49, 492/2, 402, 14/9, 13/1, część 377, część 378, część 379, 14/47, 14/48, 2 obejmujące:
  - a) bieżące odśnieżanie ręczne i sprzętem zmechanizowanym umożliwiające użytkowanie terenów utwardzonych w godzinach: 6.00-22.00, posypywanie – środki własne Zleceniobiorcy – chlorkiem magnezu (kostka), solą (nawierzchnie asfaltowe) i piaskiem wg potrzeby, przy czym czas reakcji na zgłoszenie konieczności odśnieżania wyniesie nie więcej niż 2 h,
  - b) mechaniczne oczyszczanie minimum 1 raz w tygodniu wraz z ręcznym doczyszczeniem miejsc niedostępnych i zebraniem śmieci z terenu,
  - c) odchwaszczanie kostki w miejscach tego wymagających wraz z własnym środkiem chwastobójczym,
  - d) sprzątanie opaski wokół budynku nr 2,
  - e) codzienne opróżnianie koszy na śmieci,
  - f) jednorazowe, w każdym miesiącu, koszenie trawy (maj, czerwiec, lipiec, sierpień, wrzesień, październik) łącznie z jej zmieleniem lub wywozem,
  - g) interwencyjne dodatkowe koszenie wskazanych rejonów w przypadku takiej potrzeby,
  - h) zebranie liści łącznie z ich wywozem,
  - i) bieżące pielnie rabatek oraz nasadzeń w donicach wraz z ich podlewaniem,
  - j) nawożenie trawników 1x na wiosnę i 1x jesienią,
  - k) ogólne utrzymanie czystości.
2. Utrzymanie terenu zewnętrznego utwardzonego o powierzchni ok. 18.051 mkw. na terenie Centrum Edukacji i Biznesu Nowe Gliwice w Gliwicach przy ul. Bojkowskiej położonego na działkach nr 14/35, 14/56, 407, 509, 539, 540, 541, 542 (powierzchnia jezdni, parkingów, chodników, wjazdów z czerwonej kostki) obejmujące:

- a)bieżące odśnieżanie ręczne i sprzętem zmechanizowanym umożliwiające użytkowanie terenów utwardzonych w godzinach: 6.00-22.00, posypywanie środka własne Zleceniobiorcy – chlorkiem magnezu (kostka), solą (nawierzchnie asfaltowe) i piaskiem wg potrzeby, przy czym czas reakcji na zgłoszenie konieczności odśnieżania wyniesie nie więcej niż 2 h,
- b)mechaniczne oczyszczanie minimum 1 raz w tygodniu wraz z ręcznym doczyszczeniem miejsc niedostępnych i zebraniem śmieci z terenu,
- c)odchwaszczanie kostki w miejscach tego wymagających wraz z własnym środkiem chwastobójczym,
- d)ogólne utrzymanie czystości.

3.Utrzymanie terenu zewnętrznego o powierzchni ok. 6.423 mkw. na terenie Centrum Edukacji i Biznesu Nowe Gliwice w Gliwicach przy ul. Bojkowskiej położonego na działkach nr 14/1 (oprócz zbiornika retencyjnego i osadnika) i 498 (oprócz zbiorników wody) obejmujące:

- a)trzykrotne w ciągu roku koszenie trawy (maj, lipiec/sierpień, październik) łącznie z jej wywozem,
- b)interwencyjne dodatkowe koszenie wskazanych rejonów w przypadku takiej potrzeby,
- c)zebranie liści łącznie z ich wywozem,
- d)ogólne utrzymanie czystości.

Tym samym umowa (i wartość usługi) dotyczyła utrzymania nie tylko terenów zielonych, ale także utrzymanie zewnętrznych terenów utwardzonych i usługi typowe dla takich terenów, jak bieżące odśnieżanie ręczne i sprzętem zmechanizowanym, mechaniczne oczyszczanie, ogólne utrzymanie czystości, sprzątanie opaski wokół budynku, opróżnianie koszy itd.

W zakres warunku Zamawiającego mogą wchodzić wyłącznie czynności wskazane w punkcie 1. ppkty f-j oraz punkcie 3. ppkty a-c. Z tym zastrzeżeniem, że, w zależności od sposobu świadczenia usługi i miejsca, skąd są zbierane (np. chodniki i inne powierzchnie utwardzane), punkt „zebranie liści łącznie z ich wywozem” stanowi raczej sprzątanie terenów utwardzonych niż utrzymanie terenów zielonych.

W ocenie Odwołującego, w kontekście takich postanowień SWZ i wzoru wykazu (włącznie z dodatkową uwaga z \*) oraz takiego opisu usługi w „WYKAZIE USŁUG” zaistniały stan faktyczny należy rozpatrywać w kontekście złożenia informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd, mających na celu wywołanie wrażenia, że usługa spełnia wymagania SWZ.

Biorąc pod uwagę ogólną wartość usługi, wynagrodzenie miesięczne wypłacane wykonawcy oraz wielkość terenów zielonych, które mogą obejmować czynności wskazane w punkcie 1. ppkt f-j oraz punkcie 3. ppkt a-c, należy stwierdzić, że wskazana kwota realizacji za okres styczeń-listopad 2024 r. w wysokości 375.882,77 zł nie może dotyczyć zakresu usługi opisanego w warunku udziału w postępowaniu dla zadania 1. ani zadania 2., nie osiąga bowiem 150.000 zł brutto ani nawet 75.000 zł brutto.

Zgodnie z danymi pozyskanymi obecnie przez Odwołującego w zamówieniu Górnośląskiego Akceleratora Przedsiębiorczości Rynkowej sp. z o.o. są trzy tereny (zadania) osobno wyceniane. Warunki udziału w postępowaniu swoim zakresem spełnia tylko wyżej wskazana część zadań z punktu 1. i 3.

W referencjach została wskazana kwota 348.039,60 zł za okres realizacji 10 miesięcy, co daje średni ryczałt miesięczny netto za 3 zadania w wysokości 34.803,40 zł (taki ryczałt wynika też ze wskazanego poniżej „Komunikatu w sprawie rozstrzygnięcia zapytania ofertowego” z 23 listopada 2023 r.) Niemniej jednak z opisu zakresu usługi wynika, że zadanie z punktu 2. nie obejmuje zieleni, zatem pod uwagę powinna być brana tylko stawka za zadania z punktu 1. I 3., tj. 27.843,17 + 1.740,20 = 29.583,37 zł netto – przy czym nie obejmuje ona jedynie terenów zielonych, a wręcz większość z niej owych terenów nie dotyczy. Wymagane doświadczenie dla zadania 1. to 150.000 zł brutto, co daje 138.888,89 zł netto (VAT 8%). Zadanie z punktu 1. usługi wykazanej w „WYKAZIE USŁUG” obejmuje powierzchnię całkowitą 68.108 mkw; stawka za 1 mkw ryczałtowej obsługi terenu to 0,41 zł. Stawka ta wynika z informacji, jaką przedstawił Górnośląski Akcelerator Przedsiębiorczości Rynkowej sp. z o.o. w „Komunikacie w sprawie rozstrzygnięcia zapytania ofertowego” z 23 listopada 2023 r. (...)

Jak wynika z dostępnych map terenu w zadaniu z punktu 1. tereny zielone stanowią jedynie ok. 1/3 powierzchni. Z wyliczeń Odwołującego wynika, że powierzchnia terenów zielonych wynosi ~22.000- 25.000 m2. Jeśli policzyć obsługę terenów zielonych (1/3 powierzchni całkowitej) według stawki wykonawcy Natezja Sp. z o.o. sp. komandytowa za mkw (0,41 zł) x 6 miesięcy (maj-październik) daje to 0,41 zł x 25.000 = 10.250 x 6 miesięcy = 61.500 zł netto + 8% VAT = 66.420 zł brutto. Przy czym jest to już obliczenie „z górką”, gdyż Odwołujący przyjął tu powierzchnię 25.000 m2, a w rzeczywistości będzie ona mniejsza (skoro 1/3 powierzchni całkowitej = 68.108 mkw to tereny zielone, jest to jedynie 22.703 m2 x stawka 0,41 zł x 6 miesięcy = 55.849,38 zł netto).

W zadaniu z punktu 3. tereny zielone stanowią całość powierzchni 6.423 mkw x 0,27 zł netto (cena według stawki ryczałtowej x 3 miesiące (3 koszenia wg wymagań)) = 5.202,63 zł + 8% VAT = 5.618,84 zł. Nawet jeśli podzielić wskazaną wartość ryczałtową całości zadania z punktu 1., tj. 27.843,17 przez 1/3 powierzchni = 9.281,06 m2 x 6 miesięcy = 55.686,36 zł netto + 8% VAT = 60.141,27 zł brutto. Do tego 1.740,20 zł za zadanie z punktu 3. x 3 miesiące (3 koszenia)

= 5.220,60 zł netto + 8% VAT = 5.638,25 zł brutto. Niezależnie zatem od sposobu liczenia nie daje to wymaganej wartości 150.000 zł brutto i 75.000 zł brutto.”

W odpowiedzi na to wezwanie Przystępujący złożył wyjaśnienia, w których wskazał:

„Wskazuję w pierwszej kolejności, iż zastrzeżenia konkurencyjnego wykonawcy (cyt. za Zamawiającym – „Odwołującego”) są tendencyjne i nie odzwierciedlają sposobu kalkulacji cen poszczególnych rodzajów usług przez Wykonawcę w ramach realizacji usługi dla Górnośląskiego Akceleratora Przedsiębiorczości Rynkowej Sp. z o.o. (dalej jako „GAPR”). Przede wszystkim Odwołujący w swych wyliczeniach zakłada, że w ramach wyceny swoich usług Należała przyjęła dla każdego rodzaju wykonywanych usług ten sam poziom ponoszonych kosztów oraz marży, a tym samym, że każdy m<sup>2</sup> jakiegokolwiek usług jest wart dla Wykonawcy tyle samo. Żądanie przez GAPR konieczność wyliczenia uśrednionej stawki wszystkich rodzajów usług dla poszczególnych części jednego obszaru, zróżnicowanego przez GAPR ze względu na rodzaj wykonywanych prac, wynikający ze sposobu zabudowy i użytkowania jest sztucznym podziałem. Nie wiedzieć czemu GAPR dokonał dzielenia przez powierzchnię, mimo, że wynagrodzenie jest ryczałtowe za całość umowy, tj. za wszystkie 3 części obszaru. Taki podział nie uwzględnia podziału ceny przyjętego przez Wykonawcę w ramach rzeczywistej kalkulacji ceny, który wartość poszczególnych rodzajów usług wyceniał różnie, przede wszystkim biorąc pod uwagę szacowane zaangażowanie czasowe jak i osobowe, jak również okres i częstotliwość ich wykonywania w czasie trwania umowy. Przykładowo, bieżące pielnie rabatek oraz nasadzeń w donicach wraz z ich podlewaniem nie jest tożsame w zakresie zaangażowania zarówno czasowego jak i osobowego jak np. opróżnianie koszy na śmieci. Absolutnie nie da się zrównać choćby tylko w z odniesieniu do ponoszonych przez Wykonawcę kosztów – koszenia trawy z choćby ogólnym utrzymaniem czystości. Usługa samego koszenia trawy wymaga przykładowo (choć nie tylko) (i) zaangażowania wielu osób, co wiąże się z kosztami pracy tych osób, (ii) użycia sprzętów i maszyn, co wiąże się z kosztami ich amortyzacji, (iii) wywozu skoszonej trawy, co wiąże się natomiast z kosztami szeroko pojętej utylizacji. Wskazać należy, że najbliższa instalacja, która przetwarza odpad biodegradowalny znajduje się w innym mieście (w Zabrze). Składowych wpływających na cenę jest więc znacznie więcej niż próbuje to udowodnić Odwołujący. Dlatego też sztuczne założenie, że 1m<sup>2</sup> każdego rodzaju usługi dla nawet 1 części obszaru kosztuje tyle samo w żaden sposób nie odnosi się do rzeczywistości - rzeczywiście ponoszonych przez Wykonawcę kosztów. Uprawnieniem Wykonawcy w tym zakresie jest przyjmowanie różnych stawek za różne rodzaje usług, nawet jeśli GAPR dla swoich potrzeb wylicza średnią stawkę za 1m<sup>2</sup> wykonanej usługi dzieląc ogólną kwotę wyłącznie przez liczbę metrów kwadratowych.

Kolejnym aspektem przytaczanym niewłaściwie przez Odwołującego jest sztuczny podział na 3 zadania jednej Umowy GAPR, które w rzeczywistości stanowią jedną całość i tak samo przez GAPR są postrzegane. Odwołujący w sposób nieuprawniony twierdzi, że tylko część 1 (i to nie cała) oraz część 3 mogą z bezrefleksyjnym przeliczeniem przez średnią stawkę za 1m<sup>2</sup> być brane pod uwagę co do wartości, jako odpowiadające warunkowi udziału w Postępowaniu. Z powyższych względów podział przyjęty, jako właściwy przez Odwołującego, że tylko 1/3 obszaru części 1 obszaru to teren zielony, możliwy do uwzględniania przy obliczeniu poprzez przemnożenie przez sztucznie uśrednioną stawkę za 1m<sup>2</sup> jest niedorzeczny. Dodatkowo należy uwzględnić, że w Umowie GAPR podzielił cały obszar na 3 części, aby rozróżnić zakres prac inny dla każdego z nich ze względu na wynikający sposób zabudowy i użytkowania, ale wciąż stanowiący jedną całość. Kształtowanie kosztów poszczególnych usług składowych wykonywanych dla GAPR jest ceną wiedzą, a ponadto sposób kalkulacji nie jest znany Odwołującemu - co jak widać potwierdza niedorzeczne szacowanie w odwołaniu. Wyliczanie poszczególnych kosztów stanowi know-how firmy i jego ujawnienie mogłoby doprowadzić do utraty w przyszłości zamówienia, które na dziś przynosi Wykonawcy zysk. Rozliczenie z GAPR za wykonaną usługę jest ryczałtowe i w każdym miesiącu realizowania usługi uwzględnia cały zakres usług, bez względu na to, kiedy poszczególne czynności są wykonywane. Oznacza to, że część wynagrodzenia np. w maju pokrywa np.: koszty odśnieżania w grudniu oraz odwrotnie część wynagrodzenia np. w grudniu pokrywa usługi koszenia w miesiącach letnich. Dodać należy, że nie ma zapisów w Umowie, które sugerowałyby każdorazowego zlecenia przez GAPR wykonania danego zadania i rozliczanie według stawki za m<sup>2</sup> w konkretnym czasie (rozliczanie kosztorysowe) - w kalkulacji należało uwzględnić nadto usługi interwencyjne dodatkowego koszenia rejonów wskazywanych na bieżąco przez GAPR, które nie były dodatkowo rozliczane. Założenie więc Odwołującego, że skoro Wykonawca nie kosi np. trawy w listopadzie nie otrzymał w tym miesiącu za to wynagrodzenia jest nieuprawnione, manipulacyjne oraz kreowane tylko na potrzeby argumentacji z odwołania.

Zgodnie z treści wykazu usług z dnia 17 stycznia 2025 r., wskazana kwota 375 882,77 zł była kwotą brutto za realizację Umowy na dzień wystawienia referencji załączonej pierwotnie do wykazu usług, tj. referencji z dnia 18 listopada 2024 r. Natomiast zgodnie z oświadczeniem Wykonawcy w wykazie usług złożonym w dniu 25 marca 2025 r. wartość usługi utrzymania zieleni, w tym koszenia gruntów i pielęgnacji roślin i krzewów wynosiła 172.000,00 zł brutto. Tak jak zostało wskazane powyżej, kwoty te wynikają z wyższych kosztów wykonywania usług w zakresie ogólnopojętego utrzymania terenów zielonych, obejmującego swoim zakresem koszenie gruntów oraz pielęgnację roślin i krzewów, niż pozostałych

rodzajów usług. Z tego względu wartość tych usług określona została na takim poziomie. Z uwagi na fakt, iż referencje mają ważność 3 miesięcy, do wykazu usług złożonego w dniu 25 marca 2025 r. został przedłożona zaktualizowana treść referencji.

Zgodnie z umową „wartość usług objętych umową wynosi 34 803,96 zł netto miesięcznie i uwzględnia cały zakres zamówienia, z tego:

- a) 27 843,17 zł netto za teren, o którym mowa w § 1 pkt 1 [przyp. aut. Utrzymanie terenu zewnętrznego utwardzonego i terenów zielonych o łącznej powierzchni ok. 68.108 mkw. na terenie Centrum Edukacji i Biznesu Nowe Gliwice w Gliwicach przy ul. Bojkowskiej] (iloczyn powierzchni i stawki w wysokości 0,41 zł/mkw. netto),
- b) 5 220,59 zł netto za teren, o którym mowa w § 1 pkt 2 [przyp. aut. Utrzymanie terenu zewnętrznego utwardzonego o powierzchni ok. 18.051 mkw. na terenie Centrum Edukacji i Biznesu Nowe Gliwice w Gliwicach przy ul. Bojkowskiej] (iloczyn powierzchni i stawki w wysokości 0,29 zł/mkw. netto),
- c) 1 740,20 zł netto za teren, o którym mowa w § 1 pkt 3 [przyp. aut. Utrzymanie terenu zewnętrznego o powierzchni ok. 6.423 mkw. na terenie Centrum Edukacji i Biznesu Nowe Gliwice w Gliwicach przy ul. Bojkowskiej] (iloczyn powierzchni i stawki w wysokości 0,27 zł/mkw. netto).

Z powyższego wprost wynika, że działania matematyczne podejmowane przez Odwołującego (np. mnożenia jakiejś przyjętej wartości przez okres 6 miesięcy, tj. okres, w którym występuje koszenie) jest czystą manipulacją. Usługa do czasu złożenia oferty w Postępowaniu (a dokładniej do czasu wystawienia pierwszej referencji – 18 listopada 2024 r.) była wykonywana przez 10 pełnych miesięcy.

Uwzględniając więc treść umowy z GAPR oraz założenia Natezja do wyceny usług dla GAPR, które powinny być bardziej wiarygodne niż kreowane przez Odwołującego różne założenia (bo tylko założenia Natezja odnoszą wprost do otrzymywanego przez niego wynagrodzenia) wskazać należy, że poziom wynagrodzenia na utrzymanie i pielęgnację terenów zielonych w ramach realizacji umowy GAPR znacznie przewyższa wartość wskazaną w warunku udziału w Postępowaniu przez Zamawiającego, tj. kwotę 150 000 zł brutto dla zadania 1 czy też kwotę 75 000,00 zł brutto dla zadania 2.

W ocenie Natezji zarówno zarzuty Odwołującego jak i wątpliwości Zamawiającego (przyjmującego argumentację Odwołującego) są niezasadne. Mamy nadzieję, że Państwa wątpliwości zostały rozwiane. Wskazane w wykazie usług z dnia 25 marca 2025 r. wskazana wartość odnosi się do wynagrodzenia Wykonawcy w zakresie utrzymania zieleni, w tym koszenia i pielęgnacji zieleni nasadzonej, a zatem Wykonawca potwierdził spełnianie warunków udziału w Postępowaniu, określonego w SWZ. Wskazuję przy okazji, iż przekazana referencja z 24 marca 2025 r. uwzględnia również wynagrodzenie wypłacone po terminie składania ofert w Postępowaniu.”

Zamawiający pismem z 4 kwietnia 2025 r. wezwał Przystępującego na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących informacji zawartych w złożonym Wykazie usług, a w szczególności sposobu wyliczenia kwoty 172 000 zł, która – zgodnie z oświadczeniem Wykonawcy – ma potwierdzać spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający wskazał, że „z przedstawionych przez Państwa dokumentów wynika, że wartość całkowita usługi (referencji) wynosi 487 255,44 zł i obejmuje szeroki zakres świadczeń. Prosimy o szczegółowe wyjaśnienie, w jaki sposób wyodrębniono z tej kwoty wartość 172 000 zł, a także na jakiej podstawie oszacowano, że ta część usługi odpowiada przedmiotowi zamówienia i stanowi potwierdzenie spełnienia wymaganego warunku. W przypadku, gdy wskazana kwota została wyliczona szacunkowo lub przy zastosowaniu określonej proporcji, prosimy o przedstawienie przyjętej metodyki (np. zakres rzeczowy, procentowy udział, czas realizacji, udział pracowników itp.).”

W odpowiedzi na to wezwanie Przystępujący przedstawił metodykę obliczenia wartości dla wykonanej usługi w zakresie utrzymania terenów zielonych obejmującą swoim zakresem koszenie gruntów oraz pielęgnację roślin i krzewów dla Zamawiającego GAPR sp. z o.o. Przystępujący wyjaśnił: „Jak wspomniano w poprzedniej wiadomości usługa dotycząca utrzymania terenów zieleni w ciągu roku jest rozliczana ryczałtowo, a więc wartość/koszty usługi są rozliczane w każdym miesiącu roku niezależnie od tego kiedy usługa jest wykonywana. Na podstawie zawartej Umowy wykonywaliśmy usługi koszenia terenów (6 miesięcy w roku i 3 miesiące w roku); dodatkowego koszenia terenów, pielienia rabat i nasadzeń oraz dwukrotnego nawożenia roślin. Koszenie trawników (w ciągu 6 miesięcy) czas trwania 2 tygodnie/ miesiąc, ilość zaangażowanych pracowników: 4 osoby 8 godzin/dzień. Zaangażowany sprzęt: samochód ciężarowy o DMC do 3,5 tony, traktor z kosiarką bijakową, kosiarka samojezdna duża, podkaszarki ręczne oraz dmuchawy. Utylizacja odpadów- kontener 7m3 wywóz odpadów bramowcem- szacowana ilość 1 kontener na miesiąc. Koszenie trawników (w ciągu 3 miesięcy) czas trwania 4 dni/ miesiąc, ilość zaangażowanych pracowników: 2 osoby 8 godzin/ dzień. Zaangażowany sprzęt: : samochód ciężarowy o DMC do 3,5 tony kosiarka pchana, podkaszarki ręczne oraz dmuchawy. Utylizacja odpadów- kontener 7m3 wywóz odpadów bramowcem- szacowana ilość 1 kontener na cały okres koszenia. Nawożenie: 4 dni 2 osoby 8 godzin/ dzień. Zaangażowany sprzęt: samochód ciężarowy o DMC do 3,5 tony, siewnik. Pielienienie i przycinanie roślin: 12 dni 1 osoba 8 godzin/ dzień. Zaangażowany sprzęt: samochód ciężarowy o DMC do 3,5

tony, narzędzia do przycinania i pielęgnacji. Koordynacją prac zajmuje się dodatkowo koordynator. Koszty roczne: Koszty pracownicze: 110 137,35zł, Paliwo do sprzętu oraz samochodów: 8 260,44zł, Koszt utylizacji oraz wywozu odpadów na instalację: 11 150,00zł, Koszty BHP oraz ubrań roboczych: 2 689,00zł, Amortyzacja i/lub leasing sprzętu: 7 200,00zł, Środki ochrony roślin wraz z utylizacją opakowań: 17 440,00zł, Przewidziany koszt dodatkowego koszenia wybranych terenów: 5000,00zł, Koszty biura (BDO, rozliczanie pracowników) 3009,00zł. Łącznie koszty: 164 885,80zł netto. Narzut/zysk- 26 225,32zł / rok około 16% wartości zamówienia- norma w branży. Razem netto: 191 111,11zł. Razem Brutto: 206 400,00zł/ ok pracy/ Referencje dotyczyły okresu 10 miesięcy: 206 400,00zł : 12 x 10= 172 000,00zł brutto.”

Zamawiający pismem z 14 kwietnia 2025 r. zawiadomił wykonawców o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w Zadaniu 1 i 2.

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawarty w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba za niezasadny uznała zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i art. 226 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, pomimo że wykonawca ten nie spełnił warunku udziału w postępowaniu wskazanego w rozdziale IX ust. 2 pkt 4 lit. a SWZ w zakresie doświadczenia wymaganego od wykonawcy, lecz przedstawił Zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd co do spełnienia tego warunku, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji (zarzut nr 1) oraz zarzut naruszenia art. 274 ust. 1 w zw. z art. 128 ust. 1 i w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp przez niezgodne ustawą Pzp ponowne wezwanie Przystępującego, do przedstawienia wykazu wykonanych usług dla zadania 1 i zadania 2, pomimo że Przystępujący już na wcześniejsze wezwanie takie wykazy usług złożył (z tym, że zawierają one informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd), co stanowi obejście zasad przedstawiania i uzupełniania dokumentów (podmiotowych środków dowodowych), w tym art. 128 ust. 1 ustawy Pzp (zarzut nr 3).

Zgodnie z art. 16 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny. Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, zaś pkt 7 tego przepisu, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ponadto zgodnie z art. 274 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni od dnia wezwania, podmiotowych środków dowodowych, jeżeli wymagał ich złożenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych. W myśl art. 128 ust. 1 ustawy Pzp 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.

W ocenie Izby stanowisko Odwołującego co do złożenia przez Przystępującego oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji i manipulacji wartością usługi utrzymania terenów zielonych wskazanej w wykazie usług, realizowanej na rzecz GAPR, było zbyt daleko idące.

Nie stanowiło okoliczności spornej w sprawie to, że Przystępujący składając wykaz usług na wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych wskazał całkowitą wartość wykonywanej na rzecz GAPR usługi i nie wyodrębnił wartości tych konkretnych usług, które dotyczyły utrzymania terenów zielonych, a do których odnosiła się wartość usługi wskazana w treści warunku. Tym samym określił wartość usługi w odmienny sposób niż oczekiwał tego Zamawiający, który w treści wykazu zawarł adnotację, że „w przypadku gdy zadanie obejmowało szerszy zakres, niż określony do spełnienia warunku udziału w postępowaniu, należy wskazać wartość/ilość niezbędną do spełnienia warunku udziału w postępowaniu.” W tym zakresie Przystępujący faktycznie nie dochował należytej staranności. Niemniej powyższe, po pierwsze, nie jest równoznaczne z faktem, że wykonawca, powołując się na tę usługę, materialnie nie spełnił warunku udziału w postępowaniu. Po drugie, wraz z wykazem usług Przystępujący złożył referencje wystawione przez GAPR, w których wskazano pełną nazwę zadania oraz wartość usługi i na podstawie których bardzo łatwo było tę nieprawidłowość wychwycić. Trudno w takiej sytuacji wywodzić, że Odwołujący miał złożyć ofertę w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, bynajmniej Odwołujący takiej okoliczności nie wykazał.

Zgodzić się należy z tym, że w takiej sytuacji Zamawiający mógł powziąć wątpliwości co do spełnienia przez Przystępującego warunku udziału w postępowaniu w zakresie wartości zrealizowanych do upływu terminu składania ofert

usług utrzymania zieleni, niemniej okoliczność ta powinna wówczas po prostu podlegać procedurze wyjaśnienia treści podmiotowych środków dowodowych opisanej w art. 128 ust. 4 ustawy Pzp. I tak też w postępowaniu o udzielenie zamówienia się stało, Zamawiający przeprowadził procedurę wyjaśniającą wartość usługi referencyjnej, a Przystępujący w odpowiedzi na wystosowane do niego wezwania udzielił konkretnych odpowiedzi. Izba nie stwierdziła podstaw, aby wyjaśnieniom tym odmówić wiarygodności. Natomiast przywołana w odwołaniu okoliczność (zarzut nr 3) skierowania przez Zamawiającego do Przystępującego wezwania do złożenia aktualnych podmiotowych środków dowodowych nie miała istotnego znaczenia w sprawie. Zamawiający faktycznie nieprawidłowo uzasadniał, dlaczego skierował takie wezwanie do Przystępującego (aktualizacja referencji nie była niezbędna), niemniej zasadniczo, zgodnie z art. 274 ust. 3 ustawy Pzp, zamawiający może w każdym czasie wezwać wykonawcę lub wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych podmiotowych środków dowodowych aktualnych na dzień ich złożenia, jeżeli zachodzą uzasadnione podstawy do uznania, że złożone uprzednio podmiotowe środki dowodowe nie są już aktualne. Okoliczność ta mogłaby mieć wpływ na wynik postępowania, gdyby w jej efekcie doszło do naruszenia zasady jednokrotności wezwania do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia podmiotowych środków dowodowych lub do naruszenia zakazu zastępowania informacji wprowadzających w błąd nowymi informacjami. Z takim przypadkiem jednak, w ocenie Izby, nie mamy do czynienia w sprawie. W konsekwencji okoliczność, że Przystępujący w odpowiedzi na tego rodzaju wezwanie złożył ponownie wykaz usług, poprawiając wartość usług utrzymania zieleni, w realiach tego postępowania nie przekładała się na jego wynik. Ponadto pod uwagę przy ocenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu brana była wartość usług utrzymania zieleni wykonanych do dnia upływu terminu składania ofert, a nie według stanu aktualnego na dzień ponownego złożenia podmiotowych środków dowodowych przez Przystępującego.

Dalej należy wskazać, że Przystępujący, w odpowiedzi na wezwania do wyjaśnienia wartości usług utrzymania zieleni stanowiących element usług realizowanych na rzecz GAPR, udzielił wyjaśnień prezentujących nie tylko założenia związane z wykonywaniem ww. usług, ale też szczegółowe wyliczenia w zakresie wartości usług utrzymania zieleni. W ocenie Izby Odwołujący nie podważył treści tych wyjaśnień. Twierdzenia Odwołującego nie przekonały Izby o tym, że Przystępujący przedstawił wyliczenia dotyczące wartości usług utrzymania zieleni znacząco zawyżone w stosunku do rzeczywistych nakładów. Argumentacja Odwołującego w znacznej mierze została oparta na odniesieniu do kosztów skalkulowanych przez Przystępującego na potrzeby przedmiotowego postępowania, niemniej należy podkreślić, że każde zamówienie charakteryzuje się inną specyfiką, a wykonawcy nie muszą przyjmować tego samego sposobu realizacji zamówienia, poziomu kosztów czy marży. Odwołujący podważał wyliczenie wartości usług w zamówieniu dla GAPR zakładając, że Przystępujący powinien przyjąć koszty za m<sup>2</sup> obsługi terenu zielonego, koszenia, wydajności pracowników czy utylizacji odpadów na podobnym poziomie jak zaoferował obecnie. Odwołujący pominął jednak okoliczność, na którą Przystępujący wskazał w wyjaśnieniach, że składając ofertę na zapytanie GAPR wykonawca musiał uśrednić stawki za m<sup>2</sup> dla wszystkich rodzajów usług dla poszczególnych części jednego obszaru, zróżnicowanego przez GAPR ze względu na rodzaj wykonywanych prac, wynikający ze sposobu zabudowy i użytkowania, co przekładało się na okoliczność, że stawki nie odzwierciedlały w pełni podziału ceny przyjętego przez wykonawcę w ramach rzeczywistej kalkulacji ceny, który wartość poszczególnych rodzajów usług wyceniał różnie, przede wszystkim biorąc pod uwagę szacowane zaangażowanie czasowe jak i osobowe, jak również okres i częstotliwość ich wykonywania w czasie trwania umowy. Przystępujący w ramach wyjaśnień odniósł się także do innych założeń przyjętych przez Odwołującego (które stały się bazą do skierowania przez Zamawiającego do Przystępującego wezwania do wyjaśnień), podważając ich prawidłowość. Z większością informacji zawartych w wyjaśnieniach Przystępującego Odwołujący w treści odwołania nie podjął polemiki. W ocenie Izby porzucenie na samym prostym porównaniu zamówienia realizowanego dla GAPR z ofertą złożoną przez Przystępującego w niniejszym postępowaniu, nie stanowi porównania miarodajnego i mogącego wykazać nieprawidłowość wyliczenia wartości usługi utrzymania zieleni przez Przystępującego. W konsekwencji nie przekonały Izby także złożone przez Odwołującego dowody dotyczące usługi realizowanej na rzecz GAPR (zapytanie ofertowe, wzór umowy, komunikat o rozstrzygnięciu postępowania, wyliczenie kosztów nawożenia, cennik usług komercyjnych za przyjęcie odpadów). Z kolei pozostałe dowody złożone przez Odwołującego (oferty złożone w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia) dotyczyły twierdzeń niepodniesionych uprzednio w odwołaniu, tj. poziomu cen oferowanych przez Przystępującego czy inne podmioty w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia. W odwołaniu referowano tylko do usługi wykonywanej przez Przystępującego na rzecz GAPR oraz przedmiotowego zamówienia, a nie do cen oferowanych przez Przystępującego czy inne podmioty w innych postępowaniach. Izba stwierdziła ponadto, że Odwołujący, mimo że zidentyfikował rzekome nieprawidłowości w wyliczeniach Przystępującego co do wartości usługi utrzymania zieleni wskazanej w wykazie usług, to zaniechał wskazania, jaka w jego ocenie mogła być rzeczywista wartość usług utrzymania zieleni realizowanych przez Przystępującego na rzecz GAPR. Odwołujący twierdził, że została ona zawyżona, ale nie powiedział, w jakim stopniu. Miało to natomiast istotne znaczenie dla oceny spełnienia przez

Przystępującego warunku udziału w postępowaniu, wymagana wartość usług wynosiła bowiem 150 000 zł dla zadania 1, ale jedynie 75 000 dla zadania 2.

Mając na uwadze powyższe Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia, że Zamawiający dokonując wyboru oferty Przystępującego naruszył art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i art. 226 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp. Odwołujący nie dowiódł, że wykonawca nie spełnił warunku udziału w postępowaniu wskazanego w rozdziale IX ust. 2 pkt 4 lit. a specyfikacji warunków zamówienia (dla zadania 1 i zadania 2) w zakresie doświadczenia wymaganego od wykonawcy, a tym bardziej, że przedstawił Zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd co do spełnienia tego warunku, co świadczyć miałyby o złożeniu oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał także zasadności zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 i 8 i art. 224 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp dotyczącego złożenia przez Przystępującego oferty z cenami znacząco niższymi niż ponoszone przez niego koszty rzeczywiste, tj. zarówno ofertę z rażąco niską ceną, jak i ofertę z cenami dumpingowymi, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k., jak i dotyczącego zaniechania wezwania Przystępującego do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w sytuacji, gdy zaoferowana cena świadczenia usługi jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i przez to powinna budzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania za tę cenę przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia i wynikającymi z przepisów.

Zgodnie z 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. Art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k. wskazuje zaś, że czynnem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Odnosząc się do tego zarzutu w pierwszej kolejności podkreślenia wymaga fakt, że Przystępujący nie był wzywany do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp wobec czego twierdzenia Odwołującego o rażąco niskiej cenie, w tym o zaoferowaniu sprzedaży usług poniżej kosztów ich świadczenia, są zdecydowanie przedwczesne. Gdy w grę wchodzi ocena czy doszło do rażącego zaniżenia ceny oferty wykonawca zasadniczo powinien najpierw zostać wezwany do wyjaśnień w tym przedmiocie, mogą bowiem po jego stronie zachodzić określone czynniki umożliwiające obniżenie ceny. Sam Odwołujący wskazywał, że skierowanie takiego wezwania stanowi obowiązek Zamawiającego. Natomiast zarzutu naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy Pzp Odwołujący, na którym spoczywał ciężar dowodu w tym zakresie zgodnie z regułą określoną w art. 534 ust. 1 ustawy Pzp, nie wykazał. Odwołujący istnienie wątpliwości co do ceny oferty Przystępującego uzasadniał wyłącznie różnicami wynikającymi w stosunku do stawek oferowanych w postępowaniu prowadzonym przez GAPR, jak jednak stwierdzono powyżej, takie proste porównanie obu postępowań nie może być uznane za dostatecznie miarodajne. Odwołujący nie przedstawił żadnych innych okoliczności mogących uzasadniać skierowanie do Przystępującego wezwania do wyliczenia ceny. Tymczasem wartość szacunkowa zamówienia, jak i bardzo zbliżony poziom cen ofert złożonych w postępowaniu, nie wskazują na jakiegokolwiek wątpliwości, które uzasadniałyby podejrzenie, że cena oferty Przystępującego może być ceną, za którą nie jest możliwa należyta realizacja zamówienia bez straty.

W konsekwencji Izba za niewykazane uznała także stanowisko Odwołującego, że Zamawiający naruszył naczelnie zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności zasady uczciwej konkurencji i przejrzystości postępowania.

Biorąc pod uwagę wszystko powyższe Izba stwierdziła, że odwołanie podlega oddaleniu w całości i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. a i b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Z uwagi na oddalenie odwołania w całości Izba kosztami postępowania obciążyła Odwołującego, zasądzając od niego na rzecz Zamawiającego kwotę w łącznej wysokości 4060 zł, stanowiącą uzasadnione koszty postępowania poniesione przez Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (3 600 zł) oraz dojazdu na rozprawę (460 zł).

Przewodnicząca:.....