

**WYROK**

Warszawa, dnia 27 maja 2025 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

Przewodnicząca: Joanna Stankiewicz-Baraniak

Protokolantka: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 kwietnia 2025 r. przez wykonawcę G.C. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Robót Drogowych "CHADO" G.C. w miejscowości Przeclaw 24 (95 – 060 Brzeziny) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miasto Łódź – Zarząd Zieleni Miejskiej przy ul. Retkińskiej 41 (94 – 004 Łódź)

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego wykonawcy D.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „SZADEK” D.S. w Łodzi przy ul. Chodkiewicza 21 (94-028 Łódź)

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę G.C. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Robót Drogowych "CHADO" G.C. w miejscowości Przeclaw 24 i:

2.1 zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę G.C. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Robót Drogowych "CHADO" G.C. w miejscowości Przeclaw 24 tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę G.C. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Robót Drogowych "CHADO" G.C. w miejscowości Przeclaw 24 tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez uczestnika wnoszącego sprzeciw od uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania tj. wykonawcy D.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „SZADEK” D.S. w Łodzi tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

2.2 zasądza od wykonawcy G.C. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Robót Drogowych "CHADO" G.C. w miejscowości Przeclaw 24 na rzecz uczestnika wnoszącego sprzeciw od uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania tj. wykonawcy D.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „SZADEK” D.S. w Łodzi kwotę 3 600 zł 00 gr (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:.....

Sygn. akt: KIO 1629/25

**Uzasadnienie**

Miasto Łódź – Zarząd Zieleni Miejskiej (zwany dalej: „Zamawiającym”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Utrzymanie parków, skwerów i zieleńców w latach 2025-2027” – nr referencyjny DOM-WZP-IV.271.61.2024 (zwane dalej: „postępowaniem”).

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 16 grudnia 2024 r. pod numerem 767034-2024. Wartość zamówienia przekracza progi unijne określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm.) (zwanej dalej: „pzp” lub „ustawą Pzp”).

W dniu 25 kwietnia 2025 r. wykonawca G.C. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Robót Drogowych "CHADO" G.C. w miejscowości Przeclaw 24 (zwany dalej: „Odwołującym”) wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego podjętych w części 5 postępowania, polegających na dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy S.D., 94 – 028 Łódź, ul. Chodkiewicza 21 (zwanego dalej również: „SZADEK”) i zaniechaniu odrzucenia tej oferty w postępowaniu.

We wniesionym środku zaskarżenia Odwołujący postawił Zamawiającemu następujące zarzuty naruszenia:

- 1)art. 226 ust. 1 pkt 8 pzp w związku z art. 224 ust. 5 i 6 pzp i art. 16 pkt 1 pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy S.D., 94 – 028 Łódź, ul. Chodkiewicza 21, co w konsekwencji spowodowało wybranie tej oferty jako najkorzystniejszej, podczas gdy oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską ceną w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- 2)art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy S.D., 94 – 028 Łódź, ul. Chodkiewicza 21, co w konsekwencji spowodowało wybranie tej oferty jako najkorzystniejszej, podczas gdy oferta ta została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej (pkt 8.1.4.1 SWZ),
- 3)art. 226 ust. 1 pkt 7 pzp w związku z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy S.D., 94 – 028 Łódź, ul. Chodkiewicza 21, co w konsekwencji spowodowało wybranie tej oferty jako najkorzystniejszej, podczas gdy oferta ta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r. poz. 1233 z późn. zm.) (zwanej dalej również: „uznk”) w postaci działań sprzecznych z prawem i dobrymi obyczajami, które miały doprowadzić do naruszenia interesu Odwołującego, jak również Zamawiającego.

W oparciu o podniesione zarzuty Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy S.D., 94 – 028 Łódź, ul. Chodkiewicza 21,
- 2)odrzucenie oferty wykonawcy S.D., 94 – 028 Łódź, ul. Chodkiewicza 21
- 3)dokonanie powtórnego badania i oceny ofert z pominięciem oferty wykonawcy S.D., 94 – 028 Łódź, ul. Chodkiewicza 21,
- 4)zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika na podstawie przedłożonej faktury VAT.

Odwołujący wyjaśnił, że przysługuje mu prawo do wniesienia odwołania zgodnie z przepisem art. 505 ust. 1 pzp, bowiem ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Odwołujący złożył ofertę w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i został sklasyfikowany jako drugi. Oferta Odwołującego nie została odrzucona. Naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, jakich dopuścił się Zamawiający w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, uniemożliwiają Odwołującemu uzyskanie zamówienia i tym samym bezpośrednio narażają Odwołującego na szkodę w postaci utraty określonego zysku z tytułu realizacji przedmiotowego zamówienia.

W uzasadnieniu odwołania została przedstawiona przez Odwołującego argumentacja dla podniesionych zarzutów.

W dniu 30 kwietnia 2025 r. w ramach przedmiotowego postępowania zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawca D.S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „SZADEK” D.S. w Łodzi (zwany dalej: „Przystępującym”).

W dniu 19 maja 2025 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uznaje odwołanie w całości.

W dniu 23 maja 2025 r. na posiedzeniu Przystępujący oświadczył, że składa sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania w całości przez Zamawiającego.

**Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i uczestnika postępowania odwoławczego, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez Zamawiającego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie oraz zgłoszeniu przystąpienia, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp i skierowała odwołanie na rozprawę.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba stwierdziła spełnienie przesłanek art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp.

Strony nie zgłosiły zastrzeżeń co do skuteczności przystąpienia wykonawcy D.S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „SZADEK” D.S. w Łodzi nie zgłosiły również opozycji. Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego wykonawcę D.S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „SZADEK” D.S. w Łodzi. W związku z tym ww. wykonawca stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego, odwołania wraz z załącznikami, zgłoszenia przystąpienia wraz z załącznikami oraz dowody złożone na rozprawie przez Odwołującego i Przystępującego.

Izba ustaliła co następuje:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na utrzymanie parków, skwerów i zieleńców w latach 2025-2027 z podziałem na 9 części.

Odwolujący, a także Przystępujący prawidłowo przedstawili stan faktyczny, nie zachodziła więc konieczność jego powtórzenia. Dodatkowo wszystkie pisma, na które powołują się Strony i Przystępujący znajdują się w aktach sprawy. Porządkowo jedynie Izba przytoczyła treść:

1.pkt VIII Specyfikacji Warunków Zamówienia (zwanej dalej: „SWZ”) gdzie Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu wskazując, w pkt: „

2.pisma z dnia 18 lutego 2025 r., w którym to piśmie Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny wskazując:

Izba zważyła co następuje.

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

Odnosząc się w pierwszej kolejności do zarzutu odwołania wskazującego na zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego z powodu tego, że oferta jego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, czym Zamawiający zdaniem Odwołującego, naruszył art. 226 ust. 1 pkt 8 pzp w związku z art. 224 ust. 5 i 6 pzp i art. 16 pkt 1 pzp, Izba uznała zarzut ten za niezasadny stwierdzając przy tym, że kluczowe znaczenie dla jego rozpoznania miały dwa dokumenty tj. wezwanie do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny i złożone w odpowiedzi na to wezwanie, wyjaśnienia Przystępującego wraz z załącznikami.

Na wstępie wskazać należy, mając na względzie ugruntowane orzecznictwo i dorobek doktryny, że ceną rażąco niską jest cena nierealistyczna, tzn. taka za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia w należyty sposób i która wskazuje na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych ponoszonych przez wykonawcę, niepozwalająca na osiągnięcie przez niego zysku. Podkreślenia wymaga, że dysproporcja cen zaoferowanych przez wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest niewystarczająca do uznania, że cena niższa podana przez jednego z nich jest ceną rażąco niską.

Następnie należy zwrócić uwagę na treść normy art 226 ust. 1 pkt 8 pzp, która mówi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. W tym miejscu wspomnieć należy również o treści przepisu art. 224 ust. 5 ustawy Pzp, który w sposób jednoznaczny wskazuje, że to na wykonawcy wezwanym do złożenia wyjaśnień spoczywa obowiązek wykazania, czy możliwe i realne jest wykonanie zamówienia za określoną w ofercie cenę. Jeżeli wykonawca nie wykaże, że złożona przez niego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej, jego oferta będzie podlegała odrzuceniu. Z racji tego, że celem wyjaśnień jest wzruszenie przyjętego domniemania, że zaoferowana cena jest ceną rażąco niską, wyjaśnienia takie muszą być konkretne, wyczerpujące oraz spójne, uzasadniające realność dokonanej przez wykonawcę kalkulacji. Wykonawca składający wyjaśnienia Zamawiającemu, winien wskazać okoliczności, które stanowiły podstawę dokonanej przez niego wyceny. Wyjaśnienia powinny być adekwatne do przedmiotu zamówienia, uwzględniać jego założenia oraz specyfikę właściwą dla danej branży. Sposób wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny zależy od indywidualnych okoliczności sprawy, zwłaszcza w związku z rodzajem podawanych informacji, będzie można ocenić i przyjąć konieczny sposób i stopień uwiarygodnienia podawanych danych (tak też wyrok KIO z dnia 7 marca 2023 r. sygn. akt KIO 442/23).

Mając na uwadze powyższe, istotą procedury wyjaśnień rażąco niskiej ceny jest wykazanie Zamawiającemu, że zaoferowana przez wykonawcę cena daje gwarancje należytego wykonania zamówienia, a założenie niższej ceny wynika z przypisanych danemu wykonawcy cech, posiadanych przez niego zasobów kadrowych i sprzętowych czy możliwości organizacyjnych i cena taka dalej pozostaje ceną rynkową. Na skutek tak złożonych wyjaśnień Zamawiający powinien mieć pewność, że jest możliwe zrealizowanie przedmiotu zamówienia zgodnie z określonymi przez niego warunkami za cenę wskazaną w ofercie, a także co do tego, że wątpliwości Zamawiającego w zakresie zbyt niskiej ceny były niezasadne. Wykonawca składając odpowiedź na wezwanie powinien w jak najwłaściwszy sposób wykazać, że zaoferowane przez niego cena nie nosi znamion rażąco niskiej. Potwierdzeniem tego powinny być złożone dowody, które mają korespondować z wyjaśnieniami zaoferowanej ceny. Co jednak istotne, wyjaśnienia wykonawcy muszą odpowiadać wezwaniu wystosowanemu przez Zamawiającego, szczególnie w sytuacji, gdy Zamawiający precyzuje szczegółowo, jakie elementy ceny budzą jego wątpliwości. Izba podziela w tym zakresie stanowisko przedstawione w wyroku o sygn. akt KIO 3750/21 z dnia 18 stycznia 2022 r.: „(...) ocena wyjaśnień ceny złożonych przez wykonawcę musi odbywać się, w kontekście wezwania zamawiającego – jego szczegółowości oraz wyrażonych w nim skonkretyzowanych wątpliwości. Jeżeli Zamawiający wskaże w wezwaniu do wyjaśnień elementy ceny oferty, które jego zdaniem wymagają takich

wyjaśnień to wykonawca zobowiązany jest udzielić wyjaśnień co najmniej w zakresie określonym przez Zamawiającego. (...) obowiązkiem wykonawcy jest, aby w odpowiedzi na wezwanie wystosowane przez zamawiającego udzielił wyjaśnień dotyczących okoliczności, które wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny w taki sposób, aby na ich podstawie możliwe było jednoznaczne ustalenie, że cena oferty (odpowiednio koszt, istotna część składowa) nie jest ceną rażąco niską. Efektem składanych wyjaśnień ma być stworzenie podstaw do uznania przez zamawiającego, że podejrzenie dotyczące rażąco niskiej ceny oferty nie było uzasadnione. Podkreślić trzeba, iż nie tylko nieudzielenie wyjaśnień w wyznaczonym terminie skutkować będzie koniecznością odrzucenia oferty, ale także złożenie takich wyjaśnień, które nie uzasadniają podanej w ofercie ceny." Nie można również tracić z pola widzenia, mimo iż ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego, to powyższe nie zwalnia jednak Odwoływającego z konieczności uzasadnienia zarzutów odwołania w taki sposób, który przekona Izbę o ich słuszności i pozwole na ich weryfikację w oparciu o dokumentację postępowania.

Przenosząc powyższe rozważania na kanwę przedmiotowej sprawy, w pierwszej kolejności Izba zwraca uwagę na treść wezwania Zamawiającego w zakresie rażąco niskiej ceny. Zamawiający wezwał Przystępującego do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w zakresie wskazanych przez Zamawiającego 15 punktów, z czego pierwszych 8 tak naprawdę sprowadzało się do przywoływania treści art. 224 ust. 3 ustawy Pzp. Następnie Zamawiający wskazał na cztery pozycje z Formularza cenowego tj. poz. 3, 21, 60 i 62, koszt pracy sprzętu koniecznego do zrealizowania przedmiotu zamówienia, koszt ogólny działalności firmy i innych niezbędnych kosztów poniesionych przez wykonawcę w celu realizacji zamówienia oraz wartość zysku.

Odwołujący w uzasadnieniu dla podnoszonego zarzutu wskazywał, że „wyjaśnienia wykonawcy D. Szadkowskiego nie uzasadniają realności zaoferowanej ceny i nie potwierdzają, aby za zaoferowaną cenę możliwe było wykonanie zamówienia zgodnie z wymaganiami postawionymi przez Zamawiającego w dokumentach postępowania. Wyjaśnienia te są ogólnikowe, wybiórczo odnoszą się do wezwania Zamawiającego, pozostają niespójne i nie jest możliwa weryfikacja ich wiarygodności. Nadto podnieść należy, że wykonawca D. Szadkowski nie złożył dowodów, które potwierdzałyby realność ceny. (...) Zamawiający odnosił się tym samym do całości ceny, dodatkowo wskazując na budzące jego wątpliwości koszty w zakresie poz. 3, 21, 60 i 62 Formularza cenowego”. Dodatkowo Odwołujący wskazał, że Przystępujący w wyjaśnieniach na dowód tego, iż cena jego oferty nie może zostać uznana za rażąco niską, załączył stosowne kalkulacje. Odwołujący podnosił, także że załączone kalkulacje dotyczą wyłącznie czterech pozycji, a w istocie Przystępujący nie odpowiedział tym samym na wezwanie Zamawiającego. Zdaniem Odwołującego treść wyjaśnień nie uzasadnia w żaden sposób zaoferowanej ceny, a treść kalkulacji, które ewentualnie miałyby takie wyjaśnienie i uzasadnienie stanowić, odnosi się tylko do czterech pozycji, a Formularz cenowy dla zakresu podstawowego wyszczególnia 62 pozycje.

Izba nie przychyliła się do tak prezentowanego stanowiska Odwołującego. Dostrzec należy, że Przystępujący zobowiązany był złożyć wyjaśnienia, które korespondują z treścią wezwania Zamawiającego. Wykonawca zobowiązany był przedstawić rzetelne wyjaśnienia, które spowodują, że Zamawiający dojdzie do przekonania, iż cena wskazana przez Przystępującego w ofercie nie jest ceną rażąco niską, a szczegółowe wyjaśnienia w zakresie kosztów z Formularza cenowego Przystępujący zobowiązany był podać tylko dla pozycji 3, 21, 60 i 62, a nie tak jak twierdzi Odwołujący, skoro Formularz cenowy dla zakresu podstawowego wyszczególnia 62 pozycje to wszystkie te pozycje powinny podlegać szczegółowym wyjaśnieniom w zakresie kosztów. W odpowiedzi na wezwanie i mając na uwadze jego treść, Przystępujący przedstawił w odniesieniu do tych czterech pozycji tj. poz. 3 – zakładanie trawników, poz. 21 - karczowanie samosiewów drzew, poz. - 60 tygodniowe przeglądy techniczne obiektów sportowo-rekreacyjnych (7 obiektów) i poz. 62 - utrzymanie i konserwacja placów zabaw oraz urządzeń sportowo – rekreacyjnych (179 – wszystkie urządzenia) kosztorys szczegółowy, a twierdzenia Odwołującego wskazujące, że Przystępujący powinien się odnieść szczegółowo do wszystkich pozycji z Formularza cenowego są zbyt daleko idące i nie mają odzwierciedlenia w zebranych materiałach dowodowych.

Nie może również umknąć uwadze, że Odwołujący w odwołaniu, w odniesieniu do tych czterech pozycji podniósł jedynie: „że nawet załączona kalkulacja (dla pozycji 3, 21, 60 i 62 Formularza cenowego) nie pozwala na przyjęcie, że wskazane tam wartości umożliwiają należyty wykonanie przedmiotu zamówienia”, a dodatkowo Przystępujący, zdaniem Odwołującego nie dostrzega, jakie wymagania stawia Zamawiający poszczególnym czynnościom, składającym się na przedmiot zamówienia opisanym przez niego w dokumentacji postępowania. Jednakże Odwołujący co istotne, poprzestał na takim ogólnym stanowisku nie wskazując argumentacji dla czego jego zdaniem wskazane w szczegółowej kalkulacji Przystępującego wartości, uniemożliwiają należyty wykonanie przedmiotu zamówienia. Odwołujący nie negocjował przyjętych przez Przystępującego kosztów robocizny, materiałów czy sprzętu, a także samych wycień zawartych w szczegółowym kosztorysie. Dlatego też argumentację podjętą przez Odwołującego na rozprawie w tym zakresie, wraz ze złożonym dowodem w postaci przykładowej mapki dla lokalizacji obiektów, dla których wymagany jest tygodniowy przegląd dla części 5, na okoliczność wykazania nakładu czasu jaki jest wymagany w minimalny zakresie dla

realizacji czynności wymaganych dla tych obiektów, należało uznać za spóźnioną.

Izba doszła do przekonania, że w niniejszym postępowaniu Odwołujący nie zdołał wykazać, że oferta Przystępującego została oceniona przez Zamawiającego niezgodnie z obowiązującymi przepisami. W ocenie Izby, Odwołujący podważając wyjaśnienia Przystępującego powinien był wykazać, że Przystępujący nie uzasadnił realności zaoferowanej ceny w sposób przekładający się na brak możliwości prawidłowej realizacji zamówienia za cenę całkowitą wskazaną w ofercie. Odwołujący temu obowiązkowi nie podołał ograniczając się w odwołaniu do poddawania pewnych okoliczności w wątpliwość, nie odnosząc się do ich przełożenia na możliwość należytego wykonania zamówienia jako całości. Odwołujący w tym zakresie chociażby wskazał, że dla realizacji przedmiotu zamówienia konieczne jest używanie przez wykonawców szeregu materiałów (typu nawozy mineralne, mieszanki trawnikowe, sadzonki roślin, krzewów i drzew, mieszanki nasienne dla łąk kwiatnych, wiązania elastyczne, budki dla ptaków i nietoperzy, hotele dla owadów, elementy urządzeń na placach zabaw itp.), a Przystępujący w żaden sposób nie odnosi się do kosztów materiałów, czy nie załączył jakiegokolwiek dowodu, który miałby pozwolić na ocenę, że jego cena uwzględni koszty tych materiałów i że koszty te są realne w aktualnych warunkach gospodarczych, jednakże Odwołujący w tej kwestii nie przedstawił żadnych, wyliczeń jak również nie wykazał jak się to przekłada do niemożliwości wykonywania prawidłowo przedmiotu zamówienia za cenę podaną w ofercie przez Przystępującego.

Izba doszła do przekonania, że wyjaśnienia złożone przez Przystępującego zostały ocenione przez Zamawiającego prawidłowo. Wykonawca w swych wyjaśnieniach wskazał, oprócz szczegółowych wyliczeń co do czterech pozycji z Formularza cenowego, że na wysokość jego ceny ma wpływ m.in. to, że jest lokalnym przedsiębiorcą, a baza sprzętowa znajduje się blisko głównej arterii miasta co powoduje szybki dojazd do miejsca wykonywania zamówienia, że posiada w większości własny sprzęt który jest wymagany przez Zamawiającego do wykonania zamówienia, co pozwala również znacząco ograniczyć koszty, że posiada wykwalifikowany personel – operatorów maszyn, ogrodników, pilarzy, pracowników fizycznych, mających długoletnie doświadczenie przy wykonywaniu usług tożsamych do przedmiotu zamówienia, a pracownicy którzy zostaną skierowani do realizacji zamówienia są zatrudnieni w oparciu o umowy o pracę oraz wynagradzani na poziomie wyższym (to jest około 36-40 zł brutto/godzina) niż obowiązujące przepisy w zakresie minimalnego wynagrodzenia za pracę które w roku 2025 wynosi 4666,00 brutto, a z kosztami pracodawcy 5621,59 zł na miesiąc. Przystępujący wskazał, także w wyjaśnieniach że przyjął na przedmiotowe zamówienie koszt ogólny działalności firmy na poziomie około 1 500,00 zł -3 000,00 miesięcznie (w zależności od ilości zleconych prac przez Zamawiającego), a także wskazał, że zaoferowane wyceny pozwalają mu na osiągnięcie zysku na poziomie około 15%.

W ocenie Izby, tak złożone wyjaśnienia, uzasadniają zaoferowaną przez Przystępującego cenę dla części 5 zamówienia. Wyjaśnień tych nie można uznać, jak twierdzi Odwołujący, za ogólnikowe, niespójne czy wybiórczo odnoszące się do wezwania Zamawiającego. Tym samym należało stwierdzić, iż zebrany materiał dowodowy okazał się niewystarczający do uznania, że Zamawiający naruszył art. 226 ust. 1 pkt 8 pzp w związku z art. 224 ust. 5 i 6 pzp i art. 16 pkt 1 pzp, dlatego też zarzut ten podlegał oddaleniu.

Kolejnym zarzutem podnoszonym przez Odwołującego był zarzut zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego, co w konsekwencji spowodowało wybranie tej oferty jako najkorzystniejszej, podczas gdy oferta ta została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej tj. pkt 8.1.4.1 SWZ, czym Zamawiający naruszył przepisy art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) pzp.

Odwołujący swoją argumentację zbudował w oparciu o okoliczność, że Przystępujący w złożonym przez siebie Wykazie usług powołuje się na prace, których zdaniem Odwołującego realizacji Zamawiający nie jest w stanie zweryfikować, pomimo tego, że prace te miałyby być świadczone na rzecz Zamawiającego, a jedynym dokumentem mającym potwierdzać ich realizację jest oświadczenie złożone przez osobę, z którą według Odwołującego, Przystępującego łączą relacje rodzinne i biznesowe. Odwołujący dalej wskazywał, „*że brak zgłoszenia podwykonawcy nie pozwala ustalić, czy te prace w ogóle były przez dany podmiot realizowane, jeżeli tak to w jakim zakresie i jaka była jakość realizowanych prac*”. *Brak zgłoszenia podwykonawcy uniemożliwia ustalenie i weryfikację powyższych okoliczności przez kompetentny do wystawienia referencji podmiot tj. Zamawiającego*”.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący wywiódł, że skoro Przystępujący nie został zgłoszony jako podwykonawca do realizacji zamówienia, to tym samym nie można ustalić czy wskazane prace były przez Przystępującego wykonywane, a w konsekwencji należy stwierdzić, że Przystępujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zdaniem Izby powyższe stanowisko Odwołującego należało uznać za chybione. W pierwszej kolejności zdaniem składu orzekającego, zaniechanie zgłoszenia podwykonawcy do Zamawiającego, nie wyklucza możliwości powoływania się przez takiego niezgłoszonego podwykonawcę na doświadczenie zdobyte w ramach realizacji określonej inwestycji. Niezgłoszenie podwykonawcy do Zamawiającego, mimo że taki obowiązek wynikał z umowy łączącej Zamawiającego i wykonawcę zamówienia nie może powodować automatycznie, że doświadczenie zdobyte w ramach tak realizowanej umowy może być podważone tylko z tego względu, że podwykonawca ten nie został zgłoszony Zamawiającemu. Skład orzekający podziela pogląd prezentowany w wyroku z dnia 7 listopada 2022 r. o sygn. akt: KIO 2806/22, wskazujący na

to, że: „dla zaistnienia stosunku podwykonawstwa nie jest koniecznym zgłoszenie podwykonawstwa zamawiającemu. Podwykonawcą zamówienia publicznego będzie również podmiot, który nie został zamawiającemu zgłoszony. Jak zostało wskazane wcześniej, zgłoszenie podwykonawcy i akceptacja umowy z podwykonawcą przez zamawiającego nie warunkują ważności umowy podwykonawczej. Dla zaistnienia stosunku podwykonawstwa kluczowym jest zlecenie przez wykonawcę realizacji określonych prac podwykonawcy. Niedokonanie zgłoszenia podwykonawstwa nie warunkuje istnienia tego stosunku, który należy rozpatrywać jedynie na płaszczyźnie zlecający>przyjmujący zlecenie. Z tego względu, podanie informacji o zrealizowaniu określonego zamówienia w formie podwykonawstwa, pomimo braku formalnego zgłoszenia zamawiającemu, nie jest informacją wprowadzającą w błąd. Podwykonawcą jest bowiem także podmiot niezgłoszony zamawiającemu.”

Uwzględniając powyższe, aby móc uznać twierdzenia Odwołujący za zasadne zobowiązany był by on wykazać, że Przystępujący faktycznie nie wykonywał prac, na które powoływał się w Wykazie usług, a tym samym przedstawił Zamawiającemu informacje niezgodne z prawdą. Zdaniem Izby, Odwołujący nie zdołał wykazać takiej okoliczności. Z korespondencji prowadzonej przez Zamawiającego z podmiotem Magnum M.J., znajdującej się w aktach sprawy wynika, że przy realizacji umowy o nr CUW-WE-263.64.2022 podwykonawcą był Przystępujący i zrealizował on zakres prac wskazany w Poświadczeniu wykonania usługi z dnia 14 stycznia 2025 r. wystawionym przez podmiot Magnum M.J.. Dodatkowo Przystępujący na rozprawie przedstawił dowód w postaci oświadczenia podmiotu Magnum M.J. na okoliczność, że Przystępujący wykonywał zakres prac wskazany w treści poświadczenia wykonania usług, prace te były odbierane protokołami odbioru, a za wykonane prace zostały wystawione faktury, które następnie zostały opłacone. Na dowód czego zostały przedłożone potwierdzenia przelewu, które dodatkowo potwierdzają wykonanie wskazanej usługi przez Przystępującego. Zdania Izby w tym zakresie, nie mogły zmienić dowodu przedłożone przez Odwołującego na rozprawie w postaci umowy nr CUW-WE-263.64.2022 zawartej w dniu 9 czerwca 2022 r. pomiędzy Zamawiającym, a podmiotem Magnum M.J., wraz z fakturami i protokołami odbioru z realizacji tej umowy. Okoliczności, na które dowody te zostały powołane tj. na okoliczność obowiązku zgłaszania podwykonawców oraz na okoliczność tego, że cały zakres prac został wykonywany przez wykonawcę Magnum M.J. nie wymagały udowodnienia, dlatego też Izba dowody te uznała za nieprzydatne do rozstrzygnięcia sprawy.

Mając na uwadze powyższe jak również dostarczony materiał dowodowy, Izba doszła do przekonania, że Przystępujący wykazał w postępowaniu za pomocą złożonych na wezwanie Zamawiającego podmiotowych środków dowodowych – Wykazu usług oraz Poświadczenia wykonania usługi, spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Przystępujący przedstawił usługę realizowaną w okresie od 1 kwietnia 2024 r. do 30 listopada 2024 r. na rzecz podmiotu Magnum M.J., o wartość 405.095,60 zł brutto, a do Wykazu usług zostało załączone Poświadczenie wykonania usług z dnia 14 stycznia 2025 r. wystawione przez podmiot zlecający Magnum Małgorzatę Jarzębowską. Wobec tego, że Odwołujący nie dostarczył dowodów, które potwierdzałyby okoliczności przeciwne, Izba zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) pzp. oddaliła jako niezasadny.

Ostatnim z zarzutów podnoszonym przez Odwołującego był zarzut wskazany w pkt 3 *petitum* odwołania dotyczący naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7) Pzp w zw. art. 3 ust. 1 uznk - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego podczas, gdy oferta ta została zdaniem Odwołującego złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w postaci działań sprzecznych z prawem i dobrymi obyczajami, które miały doprowadzić do naruszenia interesu Odwołującego, jak również Zamawiającego.

Zamawiający co istotne, dokonując badania oferty obowiązany jest ustalić, czy jej złożenie nie stanowiło czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów uznk. Zgodnie z art. 3 ust. 1 uznk znamiona czynu nieuczciwej konkurencji wyczerpuje takie działanie przedsiębiorcy, które jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. W tym miejscu podkreślić należy, że odrzucenie oferty jest najdotkliwszą sankcją dla wykonawcy. Tym bardziej, odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp możliwe jest tylko wtedy, gdy zarzut dopuszczenia się przez wykonawcę czynu nieuczciwej konkurencji został udowodniony i uzasadniony, a istnienie jedynie jego podejrzenia jest niewystarczające. Izba wskazuje, iż to na Odwołujący w takim przypadku ciążył obowiązek wykazania, że oferta Przystępującego została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji i Odwołujący temu wymaganiu nie sprostał. Odwołujący w odwołaniu wskazywał, iż: „wobec zgromadzonej w postępowaniu dokumentacji należy dojść do wniosku, że wykonawca D. Szadkowski w sposób świadomy posłużył się oświadczeniami, których treści nie można zweryfikować”, a „w okolicznościach niniejszej sprawy w ocenie Odwołującego D. Szadkowski złożył nierzetelne oświadczenia, których treść nie pozwala na weryfikację wskazywanych tam okoliczności. Wykonawca, posługując się nieweryfikowalnymi informacjami, dopuszcza się działania sprzeczne z dobrymi obyczajami. Działanie takie narusza interes innych przedsiębiorców, którzy konkurując z nierzetelnym wykonawcą tracą szansę na uczciwe uzyskanie zamówienia.” Izba dostrzega, mając na uwadze argumentację przedstawianą powyżej dla zarzutu 2, że Przystępujący złożył w postępowaniu wymagane podmiotowe

środki dowodowe – Wykaz usług, jak również Poświadczenie wykonania usług. Dokumenty te złożone na wezwanie Zamawiającego potwierdzają spójnie spełnienie warunku oraz fakt wykonania zamówienia referencyjnego przez Przystępującego.

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, aby Przystępujący dopuścił się działania sprzecznego z prawem lub dobrymi obyczajami. Odwołujący wskazał, że Przystępujący zachował się w sposób noszący znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, jednakże Izba uznała te twierdzenia za gołosłowne, ponieważ Odwołujący nie poparł ich żadnymi dowodami, a podnoszenie przez Odwołującego, że Przystępującego z podmiotem Magnum M.J. łączy realizacja biznesowe czy rodzinne, jest irrelevantne dla rozstrzyganej sprawy.

W związku z powyższym i ten zarzut podlegał oddaleniu.

Wobec niestwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, odwołanie podlegało w całości oddaleniu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 2 ust. 1 pkt 2 w zw. § 5 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodnicząca: .....