

Sygn. akt: KIO 1591/25

WYROK

Warszawa, dnia 29 maja 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Katarzyna Poprawa

Protokolant: P.P.

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 maja 2025 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 kwietnia 2025 roku przez wykonawcę **J.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J.W. w Bytomiu** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Bytom – Miejski Zarząd Dróg i Mostów w Bytomiu** przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego wykonawcy **FIORI Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowskich Górach**

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu naruszenia art. 223 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (t.j. z 2024 r. poz. 1320 ze zm.) poprzez bezpodstawne dwukrotne wzywanie wykonawcy FIORI sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowskich Górach do złożenia wyjaśnień
2. oddala odwołanie
3. kosztami postępowania obciąża odwołującego J.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J.W. w Bytomiu i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego: kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego J.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J.W. w Bytomiu tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

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 1591/25

Uzasadnienie

Zamawiający - Gmina Bytom Miejski Zarząd Dróg i Mostów w Bytomiu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zadanie pn: „Całoroczne utrzymanie rabat i donic oraz utrzymanie nowych nasadzeń drzew na terenie Gminy Bytom”, nr sprawy: DNP.260.3.2025.TP2.U. zwane dalej „Postępowaniem”.

Postępowanie prowadzone jest w trybie podstawowym, zgodnie z ustawą ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. z 2024 r. poz. 1320 ze zm.) zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”,

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 22 stycznia 2025 r. nr 2025/BZP 00056356/01.

W dniu 23 kwietnia 2025 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę J.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J.W. w Bytomiu, zwanego dalej „Odwołującym” wobec czynności oraz zaniechań Zamawiającego podjętych w toku Postępowania polegających na wadliwym wyborze oferty Wykonawcy FIORI sp. z o.o. (ul. Gliwicka 213, 42-603 Tarnowskie Góry), jako najkorzystniejszej.

W związku z powyższym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 16 pkt 1 i art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców (w związku z naruszeniem niżej wymienionych przepisów):

- 1.art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp – poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy FIORI sp. z o.o., mimo że Wykonawca ten wskazał w wykazie usług realizację, która nie spełnia warunku udziału w postępowaniu opisanego w rozdziale XXI pkt. 4.1 SWZ, zaś z uwagi na świadome, kilkukrotne podanie nieprawdziwej informacji w tym zakresie, Wykonawca nie może być wezwany do uzupełnienia wykazu na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp,
- 2.art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej

konkurencji – poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy FIORI sp. z o.o. z postępowania, mimo że Wykonawca ten dwukrotnie oświadczył nieprawdę wskazując w wykazie usług, że wykonywał usługi odpowiadające treści warunku postawionego w rozdziale XXI pkt 4.1 SWZ w okresie od 30.08.2021 do 30.11.2024, podczas gdy co najmniej w okresie od 01.04.2023 usług tych nie świadczył, bowiem robił to sam Odwołujący,

3.art. 223 ust. 1 ustawy Pzp – poprzez bezpodstawne dwukrotne wzywianie Wykonawcy FIORI sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień, mimo że w sprawie tej zostały złożone już dwa odwołania oparte o te same zarzuty, ponadto na etapie badania i oceny ofert Wykonawca miał możliwość dwukrotnego złożenia wykazu czy to złożenia wyjaśnień zarówno na etapie postępowania odwoławczego, czy na etapie odpowiedzi na pierwsze wezwanie Zamawiającego z dnia 1 kwietnia 2025 roku do złożenia wyjaśnień – w odpowiedzi na to wezwanie Wykonawca nie wyjaśnił Zamawiającemu czy wartość usługi utrzymania i pielęgnacji rabat wynosiła co najmniej 50 tys. zł (mimo jednoznacznego pytania Zamawiającego), a zatem bezpodstawnie Zamawiający skierował do Wykonawcy ponowne wezwanie w tym samym zakresie w dniu 8 kwietnia 2025 roku.

Z uwagi na powyższe Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1.dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów wskazanych w treści uzasadnienia odwołania,
- 2.uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert - i w ramach tej czynności odrzucenie oferty Wykonawcy FIORI sp. z o.o. z postępowania,
- 3.zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji według przedstawionej na rozprawie faktury.

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę wskutek naruszenia przepisów przez Zamawiającego, z uwagi na to, że oferta Odwołującego znajduje się na drugim miejscu w zestawieniu złożonych ofert. W konsekwencji, w przypadku uwzględnienia odwołania i wyeliminowaniu oferty poprzedzającej Odwołujący wciąż może spodziewać się uzyskania dla siebie tego zamówienia. Tym samym Odwołujący jest Wykonawcą zainteresowanym udzieleniem zamówienia i na skutek nieprawidłowych decyzji Zamawiającego może utracić korzyści związane z realizacją przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący przedstawił następujący stan faktyczny.

Odwołujący przedstawił następujący stan faktyczny.

Zamawiający w dniu 18 kwietnia 2025 roku dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, za którą została uznana oferta złożona przez Wykonawcę FIORI sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowskich Górach (dalej jako: „FIORI”). Przedmiotowy wybór, jest już trzecim wyborem oferty najkorzystniejszej w postępowaniu. Poprzednie dwa zostały przez Zamawiającego unieważnione, a złożone odwołania od tych czynności Zamawiającego o sygnaturach akt: KIO 699/25 oraz KIO 1140/25 umorzone.

W treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej „SWZ”) Rozdział XXI INFORMACJE O WARUNKACH UDZIAŁU POSTĘPOWANIU pkt 4. Zamawiający ustanowił następujący warunek udziału w postępowaniu:

Wykonawca musi wykazać, iż

- 4.1 w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonał należycie co najmniej
- 1 usługę związaną z utrzymaniem i pielęgnacją rabat o wartości minimum 50 000,00 zł w ramach jednej umowy.

Odwołujący wskazuje, że w wyniku uznania oferty wykonawcy FIORI za najkorzystniejszą, Zamawiający wezwał tegoż wykonawcę (wezwanie z dnia 5 lutego 2025) do złożenia podmiotowych środków dowodowych. Wykonawca FIORI złożył wykaz usług,

w którym wskazał:

W kolumnie: Podmioty na rzecz których usługi były wykonywane:

- EUROVIA POLSKA S.A.

W kolumnie: Zakres usługi:

-zakres usługi: zagospodarowanie terenów zielonych wraz z pielęgnacją

-wartość usługi: 970.631,33

-okres trwania: 30.08.2012 – 30.11.2024

W kolumnie: Data wykonania:

-30.08.2021 – 30.11.2024.

Do wykazu usług zostało załączone Poświadczenie należytego wykonania usługi.

W wyniku unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, Zamawiający unieważnił czynność wezwania z dnia 5 lutego 2025 roku i ponownie wezwał Wykonawcę FIORI sp. z o.o. do złożenia podmiotowych środków dowodowych pismem z dnia 10 marca 2025 roku.

W odpowiedzi wykonawca FIORI złożył w dniu 17 marca 2025 r. wykaz usług, w którym wskazał:

W kolumnie: Podmioty na rzecz których usługi były wykonywane:

- EUROVIA POLSKA

W kolumnie: Zakres usługi:

-zakres usługi: zagospodarowanie, utrzymanie i pielęgnacja terenów zielonych

-wartość usługi: 970.631,332

-okres trwania: 30.08.2012 – 30.11.2024

W kolumnie: Data wykonania:

-30.08.2021 – 30.11.2024.

Do wykazu usług zostało ponownie załączone Poświadczenie, które zostało złożone wraz z wykazem usług z 5 lutego 2025 r .

Wykonawca FIORI powołał się w wykazie usług na usługę wykonywaną w latach od 30.08.2021 do 30.11.2024 r. w ramach zadania pn. „Zachodnia Brama Metropolii Silesia – Centrum Przesiadkowe w Gliwicach.

Odwołujący podnosi, że niemożliwe jest, aby Wykonawca FIORI wykonywał prace w ramach zadania pn. „Zachodnia Brama Metropolii Silesia – Centrum Przesiadkowe w Gliwicach” w czasie opisanym w warunku (tj. utrzymanie i pielęgnacja rabat) w okresie od 30.08.2021 do 30.11.2024, bowiem od 01.04.2023 r. usługi na tym terenie i w zakresie opisanym w warunku (utrzymanie i pielęgnacja rabat) świadczył sam Odwołujący.

Również w kolejnym roku, tj. od 01.04.2024 r. do 30.11.2024 r. to Odwołujący świadczył analogiczne usługi na rzecz Centrum Przesiadkowego w Gliwicach, co potwierdza zawarta umowa pomiędzy Odwołującym, a Śląską Siecią Metropolitalną

Analogicznie zatem, Wykonawca FIORI sp. z o.o. oświadczył nieprawdę, bowiem nie mógł realizować na tym samym obszarze i w tym samym czasie analogicznych usług jak Odwołujący (utrzymanie i pielęgnacja rabat kwiatowych), a jednak w swoim wykazie i referencjach wskazał, że realizował takie usługi w całym okresie od 30.08.2021 do 30.11.2024, podczas gdy co najmniej w okresie od 01.04.2023 usług tych nie świadczył, bowiem robił to sam Odwołujący.

Nie jest więc prawdą że firma FIORI, która realizowała usługę budowlaną polegającą na nasadzeniach bylin, krzewów, drzew, wykonaniu systemów napowietrzających i nawadniających wykonywała na tym obiekcie również usługi utrzymaniowe. Usługi takie nie były objęte robotami budowlanymi i zostały zlecone przez właściciela tych obiektów innym podmiotom niż FIORI – w tym Odwołującemu. W ramach wniesionego przystąpienia Wykonawca FIORI sp. z o.o. potwierdził te twierdzenia, bowiem przedłożył umowy z których jednoznacznie wynika budowlany charakter zrealizowanych prac. Ponadto, wszystkie dołączone do przystąpienia umowy i protokoły dotyczą umów zakończonych w 2022 roku, stąd również niezrozumiałe jest wskazywanie przez Wykonawcę w wykazie, że realizował usługi odpowiadające treści warunku w okresie od 30.08.2021 do 30.11.2024 r.

Podsumowując tę część odwołania – Odwołujący wskazał, że nie jest możliwe, aby Wykonawca FIORI sp. z o.o. realizował usługi utrzymaniowe w okresie od 30.08.2021

do 30.11.2024, skoro umową na utrzymanie i pielęgnację w tym samym okresie związane były inne podmioty (w tym Odwołujący). Co istotne – Wykonawca FIORI nie przedstawił żadnego kontrdowodu potwierdzającego realizację usługi utrzymaniowej. Przedstawił wraz

z przystąpieniem w sprawie KIO 1140/25 umowy, które jednoznacznie dotyczą robót budowlanych i kończą się w 2022 – na jakiej zatem podstawie twierdzi, że wykonywał usługi utrzymaniowe w kolejnych latach i na jakiej podstawie Zamawiający uznał takie twierdzenia za prawidłowe, mimo przedstawionych przez Odwołującego dokumentów, że usługi te były świadczone przez inny podmiot. Nie jest możliwe, aby takie same prace na tym samym obszarze wykonywało kilka podmiotów.

Należy zatem wskazać, że Wykonawca FIORI sp. z o.o. nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, bowiem przedstawił nieprawdziwą realizację, której faktycznie nie realizował we wskazanym przez siebie czasie. Wątpliwości budzi również zakres wskazany w referencjach oraz kwota, bowiem skoro Wykonawca przypisał sobie wykonywanie prac przez inny podmiot to nie wykluczone, że również co do kwoty oraz co do zakresu prac oświadczone nieprawdę.

Odnosząc się do zakresu prac – Odwołujący wskazał, że Zamawiający wymagał, aby Wykonawca wykonał należycie co najmniej 1 usługę „związaną z utrzymaniem i pielęgnacją rabat o wartości minimum 50 000,00 zł w ramach jednej umowy”. Zamawiający jednoznacznie określił zatem, że referencyjna usługa ma polegać na utrzymaniu i pielęgnacji rabat. Tymczasem Wykonawca FIORI przedstawił usługę, która – zgodnie z poświadczeniem wystawionym przez EUROVIA Polska S.A. dotyczyła wykonania usługi nasadzeniowej polegającej na wykonaniu trawników, sadzeniu drzew, sadzeniu krzewów, sadzeniu bylin, sadzeniu cebul, obsadzeniu donic, wykonaniu systemów antykompresyjnych

i nawadniających, wykonaniu automatycznego systemu nawadniającego, pielęgnacji nasadzonej roślinności. Wskazany zakres nie polega zatem na utrzymaniu i pielęgnacji rabat o wartości co najmniej 50 tys. zł. Rabata to nic innego jako grządka kwiatowa – i to utrzymanie i pielęgnację tych kwiatów Wykonawca miał wykonywać w ramach referencyjnej usługi. Wykonawca FIORI takiego zakresu nie realizował, bowiem co najwyżej wykonał nasadzenia drzew, krzewów itd. – bez utrzymania i pielęgnacji rabat. Potwierdza to zarówno treść wystawionego poświadczenia, gdzie nie ma nic na temat pielęgnacji i utrzymania rabat (kwiatów), jak również „Operat pielęgnacyjny zieleni” który został sporządzony przez FIORI po wykonaniu zadania pn. „Zachodnia Brama Metropolii Silesia” Centrum Przesiadkowe w Gliwicach. Budowa dworca autobusowego z zadaszeniem wraz z budynkiem głównym, budynkiem pomocniczym i tunelem oraz zagospodarowaniem terenu obejmującym układ komunikacyjny, parkingi i miejsca postojowe oraz niezbędną infrastrukturę techniczną.

Operat ten sporządzono w listopadzie 2022 roku, co również potwierdza fakt, że Wykonawca nie wykonywał przywołanej przez siebie w wykazie usługi w okresie do 30.11.2024 r.

W Operacie na str. 3 opisany jest zakres robót, gdzie wskazano prace pielęgnacyjne drzew, krzewów, bylin, pnączy, trawników z siewu i rolki. Nie wymieniono tam natomiast utrzymania i pielęgnacji rabat.

Odwolujący podkreśla, że warunek opisany w rozdziale XXI pkt. 4.1 SWZ został ustanowiony w taki sposób, że wymaga się, by Wykonawca wykazał się doświadczeniem zdobytym w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonał należycie co najmniej 1 usługę związaną z utrzymaniem i pielęgnacją rabat o wartości minimum 50 000 zł w ramach jednej umowy. Warunek ten jest jasno sprecyzowany i jak wynika z jego treści wymagane jest wykazanie się doświadczeniem z wykonania czynności utrzymania rabat i pielęgnacji rabat

w ramach jednej umowy o wartości minimum 50 000 zł. Tak postawiony wymóg koresponduje z przedmiotem zamówienia, gdzie Zamawiający wyraźnie rozdziela 2 czynności

W SOPZ w Dziale III pkt. 1 wypunktowano czynność utrzymywania rabat, która polega m.in. na usuwaniu zanieczyszczeń, opadłych liści, opadłych kwiatostanów oraz innych zanieczyszczeń naniesionych różnych zjawisk pogodowych, ruchu samochodowego

i pieszego, zdarzeń losowych. Co ważne utrzymanie to polega również na usuwaniu odpadów niebezpiecznych np. zwierzęcych odchodów. W tym samym dziale, ale w punkcie 2 wskazano czynność pielęgnacji. W przypadku nowych nasadzeń drzew w Dziale IV wskazano,

że przedmiot zamówienia dotyczy wyłącznie utrzymania drzew. Także czynność utrzymania ma istotny w tym zamówieniu charakter.

W Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ) w Rozdziale V w pkt. 10 wskazano,

że w ramach utrzymania rabat i donic oraz utrzymania nowych nasadzeń drzew usuwane będą odpady z oczyszczania ulic i placów, niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne, ulegające biodegradacji, opakowania ze środków ochrony roślin, tekstylia, tworzywa sztuczne, metale, szkło, papier i tektura, gleba i ziemia, w tym kamienie oraz inne niewymienione odpady znajdujące się w rabatach i donicach. Zaś w punkcie 11 Zamawiający postępując się słownikiem CPV wymienił usługi związane z przedmiotem zamówienia wskazując, że ich podstawowy charakter to usługi utrzymaniowe polegające na wywozie stałych odpadów miejskich, usłudze sprzątnięcia oraz usłudze sanitarnej na obszarach miejskich oraz usługi

z tym powiązane. Co ważne usługi te o związane z nimi wymogi znajdują odzwierciedlenie

w projekcie umowy. Z uwagi na ich charakter wymaga się od Wykonawcy tych usług, by

on przekazywał zebrane odpady do przedsiębiorcy, który uzyskał wpis do właściwego rejestru na tego typu działalności w zakresie gospodarki odpadami. Aktualne procedury związane

z gospodarką odpadami wymagają od przedsiębiorców prowadzenia dokumentacji m.in. ewidencji kart przekazywania odpadów. Wymogi w tym zakresie określono w § 4 ust 1 pkt. 5

i 6, a także w §4 ust. 3 umowy.

Wykonawca FIORI sp. z o.o. był już dwukrotnie wzywany do przedłożenia wykazu usług wraz z potwierdzeniem podmiotowych środków dowodowych w zakresie spełnienia warunku, o którym mowa powyżej – przedstawił on poświadczenie wystawione przez prywatnego przedsiębiorcę EUROVIA Polska S.A. Z poświadczenia tego nie wynika jednak spełnienie warunku, ponieważ brak jest tam informacji, że Wykonawca ten wykonywał czynność utrzymania rabat i donic. Odwołujący podnosi, że Wykonawca FIORI nie wykonywał prac utrzymaniowych, w tym w szczególności polegających na utrzymaniu czystości tych obiektów, sprzątnięciu tych obiektów, selektywnej zbiórki odpadów czy usługi wywozu tych odpadów według sortów ustalonych przez Zamawiającego.

Istotnym w sprawie jest okoliczność, że przedsiębiorca FIORI. (NIP: 645 253 70 26, REGON: 243168910, KRŚ

0000447838) nie figuruje, nie jest ewidencjonowana w Bazie Danych Odpadowych, (dalej „BDO”). BDO to baza danych o produktach, opakowaniach

a przede wszystkim o gospodarce odpadami. Dotyczy ona wszystkich przedsiębiorców, którzy zajmują się gospodarką odpadami w tym m.in. transportem odpadów. Każdy przedsiębiorca który wytwarza lub gospodaruje odpadami musi być w tej bazie ujęty. Przedsiębiorca FIORI sp. z o.o. nie figuruje w BDO, co oznacza że nie posiada on koncesji, decyzji czy zezwoleń

w zakresie gospodarki odpadami. Oznacza to, że nie realizował on wcześniej usług związanych z gospodarką odpadami czy sprzątnięciem. Te braki kompetencyjne potwierdzają brak poświadczenia usługi utrzymania rabat i donic w doświadczeniu tej firmy.

Prac utrzymaniowych w szczególności obejmujących usługę sprzątnięcia rabat i donic Wykonawca ten nie mógł wykonywać choćby z uwagi na brak wymaganych uprawnień związanych z gospodarką odpadami. Ponadto, z ogólnodostępnych informacji oraz poświadczenia wynika, że EUROVIA (podmiot wystawiający poświadczenie należytego wykonania umowy dla Wykonawcy FIORI) była wykonawcą Centrum przesiadkowego

w Gliwicach i jej zakres prac dotyczył budowy i zagospodarowania terenu. FIORI był podwykonawcą i wykonał zagospodarowanie terenów zielonych i ewentualnie pielęgnację tych nasadzeń w okresie budowy lub w okresie gwarancyjnym. Żaden jednak wykonawca robót budowlanych nie kontynuuje swoich prac w zakresie utrzymaniowym. Utrzymanie obiektu

to obowiązek inwestora, który po zakończeniu budowy za te zadania odpowiada. Z tego powodu czystość na obiekcie - w tym na rabatach i w donicach, ich bieżące utrzymanie nie mogło być przedmiotem umowy budowlanej o wykonanie centrum przesiadkowego. Utrzymanie gotowego obiektu to nie budowa.

Odwołujący podnosi zatem, że wskazana w wykazie usługa nie odpowiada treści warunku udziału postawionemu w tym postępowaniu, bowiem była to robota budowlana, która nie obejmowała wskazanych w warunku czynności. Twierdzenia te potwierdziły się również

na podstawie dokumentów, które przedłożył sam Wykonawca FIORI wraz z przystąpieniem w sprawie KIO 1140/25. Z dokumentów tych jednoznacznie wynika, że prace które realizował na rzecz przedsiębiorcy Eurovia Polska dotyczyły prac budowlanych, w tym w ramach tej inwestycji budowlanej zagospodarowania terenów zieleni. Świadczy o tym załączona do przystąpienia umowa nr 7157.SM0146/17/2021 zawarta przez Eurovia Polska S.A. i firmę FIORI sp. z o.o. W §1 tej umowy pkt. 2 wskazano, że wykonawca (Eurovia) zleca

a podwykonawca (FIORI) przyjmuje do wykonania na ządaniu o którym mowa w §1 ust. 1 roboty budowlane. Roboty budowlane to nie roboty utrzymaniowe, które są wykonywane na obiektach, na których proces budowlany został zakończony. Już chociażby z tego powodu nie sposób uznać, że firma FIORI posiada doświadczenie w obsłudze i utrzymaniu oddanych do eksploatacji obiektów. Również w przedłożonym i powoływanym w wyjaśnieniach poświadczeniu wystawionym przez Eurovia Polska o zakresie wykonanych prac brak jest jakichkolwiek informacji, że firma FIORI wykonywała usługi utrzymaniowe. Również z treści umowy, która została zawarta pomiędzy FIORI a Eurovie nie wynika, by realizował on prace utrzymaniowe. Pośrednim dowodem na niewykonywanie takich usług są również załączone do przystąpienia zdjęcia. Na fotografiach widać prace nasadzeniowe związane z zagospodarowaniem terenów w procesie budowlanym. Tereny, na którym te prace są wykonywane są zabezpieczone ogrodzeniem, nie udostępnione użytkownikom.

Na zdjęciach widać sprzęt budowlany, widać jak trwają budowlane prace wykończeniowe w nawierzchniach i donicach. To nie jest utrzymanie i pielęgnacja, to nasadzenia.

Przechodząc do kwestii wartości referencyjnej usługi - ani z dokumentacji złożonej w postępowaniu na etapie badania i oceny ofert, ani z dokumentów załączonych do przystąpienia nie wnika również jaka jest wartość prac. Wykonawca FIORI nie załączył kompletnej umowy, która by potwierdzała rodzaj i wartość wykonanych prac. Wykonawca do przystąpienia w sprawie KIO 1450/25 przedłożył umowę, jednakże zgodnie z §14 pkt. 15 integralną częścią tej umowy był m.in. kosztorys ofertowy, harmonogram prac. Brak tych dokumentów jest dowodem na chęć ukrycia informacji o rodzaju i wartości wykonanych prac.

Również na wezwania Zamawiającego z dnia 1 i 8 kwietnia 2025 roku Wykonawca nie przedstawił żadnych dokumentów – faktur, kosztorysów, protokołów odbioru, które potwierdzałyby jego twierdzenia co do wartości prac. Należy podkreślić, że w niniejszym postępowaniu mamy już 3 odwołanie, a Zamawiający dwukrotnie wzywał Wykonawcę do złożenia wykazu, a także dwukrotnie wzywał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień – Wykonawca miał zatem co najmniej kilkukrotnie możliwość przedstawienia jednoznacznych informacji i dowodów na to jakie prace wykonywał i jaka była ich wartość. Takich dokumentów jednakże nie mamy, co pokazuje jednoznacznie, że Wykonawca przedstawia niepełne, ogólne i fragmentaryczne informacje próbując wywrzeć wrażenie jakoby spełniał warunek udziału w postępowaniu. Ku zaskoczeniu Odwołującego, pomimo szeregu informacji i zarzutów popartych dowodami (w tym dowodów na to, że usługę na która powołuje się Wykonawca FIORI realizowały inne podmioty – w tym sam Odwołujący)

Zamawiający kolejny raz wierzy Wykonawcy FIORI, mimo że ten nie przedstawia żadnych wiarygodnych dokumentów. Warunek udziału w postępowaniu został określony jest adekwatny i zgodny z przedmiotem zamówienia. Z ustalonego warunku jednoznacznie wynika, że doświadczenie jakim winien się wykazać przyszły Wykonawca to wykonanie usługi związanej z utrzymaniem i pielęgnacją rabat. Nie chodzi więc o „jakąś tam usługę” utrzymania i pielęgnacji np. zwierząt, a o usługę, której zakres czynności utrzymania i pielęgnacji odnosi się do rabat. Dodatkowo Zamawiający wskazał, że wartość doświadczenia z wykonania prac na rabatach musi wynosić minimum

50 000 zł. Jednoznacznie chodzi tu o wykonanie tych czynności a nie wartość roślin, w związku z czym istotnym jest wykazanie, że takie czynności rodzajowo zostały wykonane i ich wartość wynosi minimum 50 000 zł, a tego Wykonawca FIORI nie wykazał i nie odniósł się do tego ani w przystąpieniu, ani odpowiadając na wezwania Zamawiającego.

W dniu 1 kwietnia 2025 roku Zamawiający skierował do Wykonawcy FIORI wezwanie, w którym wskazał, że oczekuje wyjaśnień co do wartości usługi polegającej na utrzymaniu i pielęgnacji rabat (tj. w zakresie określonym w warunku). W odpowiedzi na to wezwanie Wykonawca FIORI przyznał, że wartość wskazana w wykazie, tj. 970 631,33 zł nie była prawidłowa co już pokazuje manipulację Wykonawcy, który wartość 970 631,33 zł wpisał do treści wykazu.

Wykonawca FIORI udzielił następującej odpowiedzi:

Informujemy, że nasza firma FIORI Sp. z o.o. wykonywała w pełnym zakresie utrzymanie i pielęgnację wszystkich wykonanych rabat oraz terenów zielonych tj. krzewów, bylin, cebul a także drzew jak również założonych w ramach kontraktu trawników. (...)

Informujemy iż, przedmiotowe zadanie o którym mowa realizowane było w okresie 12 miesięcy a po dokonaniu odbioru końcowego nastąpił okres dwuletniego utrzymanie

i pielęgnacji (łącznie usługa utrzymania i pielęgnacji przez okres 3 lat). Przy wycenie tego typu inwestycji należy mieć świadomość, iż w momencie rozpoczęcia prac związanych

z nasadzeniem firma odpowiada za nasadzony materiał co wiąże się z tym iż musi utrzymywać i pielęgnować wykonane rabaty do momentu odbioru końcowego. W przypadku tej inwestycji wartość samej usługi pielęgnacji wynosiła 10% całości kontraktu co daje 97.063,13 zł.

Odwołujący podnosi, że Wykonawca po raz kolejny wymijająco odpowiada na pytania Zamawiającego – wskazując, że wykonał „w pełnym zakresie utrzymanie i pielęgnację wszystkich wykonanych rabat oraz terenów zielonych tj. krzewów, bylin, cebul a także drzew jak również założonych w ramach kontraktu trawników” – Zamawiający nie pytał jednak o drzewa i trawniki - wręcz jednoznacznie wskazał, że nie mieszczą się one w zakresie warunku, a zatem Wykonawca po raz kolejny nie odnosi się do przedmiotu tego postępowania. Wykonawca nie złożył również żadnych dowodów na potwierdzenie wartości prac. Zamiast wskazać i udokumentować fakturami, protokołami odbioru czy jakimkolwiek innym dokumentem wartość prac, o których mowa w warunku ponownie przedstawia jakieś ogólnikowe wyliczenia wskazujące na 10% umowy – co nie wynika jednak z żadnego wiarygodnego dokumentu.

W dniu 8 kwietnia 2025 roku Zamawiający ponownie wzywa Wykonawcę FIORI do złożenia wyjaśnień. Wskazujemy, że wezwanie to jest bezpodstawne, bowiem jest to drugie wezwanie w tej samej sprawie – w odpowiedzi na pierwsze wezwanie z dnia 1 kwietnia 2025 roku Wykonawca miał możliwość złożenia wyjaśnień, czego nie zrobił. W drugim wezwaniu Zamawiający powiela to samo pytanie co w wezwaniu z dnia 8 kwietnia 2025 roku, czym dopuszcza się nieuprawnionej komunikacji z Wykonawcą:

Zamawiający wzywa do złożenia wyjaśnień, czy w ramach wskazanych 10 % całości kontraktu, co daje kwotę 97.063,13 zł, wartość samego utrzymania i pielęgnacji rabat (przez usługę utrzymania i pielęgnacji rabat, Zamawiający rozumie wyłącznie utrzymanie

i pielęgnację nasadzonych wcześniej krzewów, bylin, cebul oraz pozostałej nasadzonej roślinności, z wyjątkiem drzew i krzewów) wynosiła co najmniej 50 000,00 zł?

W odpowiedzi na to wezwanie Wykonawca wyjaśnił, że koszt pielęgnacji i utrzymania wcześniej posadzonych krzewów, bylin, roślin cebulowych oraz pozostałej roślinności

(z wyjątkiem drzew i trawników) wyniósł 74 567,34 zł. jeśli zaistnieje potrzeba przedstawienia szczegółowego kosztorysu, jesteśmy gotowi go Państwu przedstawić.

Po raz kolejny Wykonawca wskazał na jakąś wartość – niepopartą żadnymi dowodami. Rodzaj i wartość usług nie został udokumentowany i nie wynika z załączonych dowodów

w formie poświadczenia czy też umowy, faktur, protokołów odbioru. W odpowiedzi na każde odwołanie oraz wezwanie Wykonawca przedstawia inną wartość i inną argumentację – jednak żadna z nich nie wynika z wiarygodnych rzetelnych dokumentów. Wykonawca wskazuje,

że jest gotowy przedstawić szczegółowy kosztorys – dlaczego jednak do tej pory, pomimo tylu wezwań i możliwości wyjaśnień taki dokument się nie pojawił?

Z tego powodu wskazać należy, że Wykonawca nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu

również w zakresie wartości, w konsekwencji czego wybór oferty tego Wykonawcy jest nieprawidłowy.

Wobec tego, że Wykonawca FIORI sp. z o.o. świadomie podał nieprawdziwe informacje o tym, że wykonywał usługi odpowiadające treści warunku w okresie od 30.08.2021 do 30.11.2024, podczas gdy co najmniej w okresie od 01.04.2023 usług tych nie świadczył, bowiem robił to sam Odwołujący, stwierdzić należy, że Wykonawca dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji, a zatem jego oferta winna zostać odrzucona już na tym etapie postępowania, bez wzywania Wykonawcy do uzupełnienia wykazu usług.

Jednocześnie Odwołujący podkreślił, że Wykonawca FIORI dwukrotnie przedstawił nieprawdziwe informacje, bowiem Zamawiający raz unieważnił swoje wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych i skierował je do Wykonawcy FIORI ponownie.

Na ponowne wezwanie Wykonawca przedstawił tę samą, nieprawdziwą realizację, mimo że znał już zarzuty co do tej realizacji (z wniesionego odwołania). Co istotne – w pierwszym „wykazie usług” Wykonawca ten zgodnie z załączonym do wykazu poświadczeniem zamieścił informacje, że zakres usługi którą poświadcza polega na zagospodarowaniu terenów zielonych wraz z pielęgnacją. Aktualnie do tego wykazu dopisał „utrzymanie”, które jednak nie jest potwierdzone w poświadczeniu. Wykonawca ten więc rozszerzył zakres tego doświadczenia o „utrzymanie” czego pierwotnie nie deklarował i co jak wskazano wyżej faktycznie nie było przedmiotem tej realizacji.

W dniu 25 kwietnia 2025 roku do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca FIORI Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowskich (dalej jako „Przystępujący”) wnosząc o oddalenie odwołania.

Zamawiający, pismem z dnia 26 maja 2025 roku (wpływ do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 maja 2025 roku) złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości oraz o obciążenie Odwołującego kosztami postępowania odwoławczego.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk Stron złożonych pisemnie oraz ustnie do protokołu, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 1320 ze zm.) skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 kwietnia 2025 roku wobec czynności Zamawiającego z dnia 18 kwietnia 2025 roku.

Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał w ustawowym terminie kopię odwołania Zamawiającemu. Izba ustaliła również, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 505 ust 1 ustawy – środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Izba za skuteczne uznała zgłoszone przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego i dopuściła wykonawcę FIORI Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością

z siedzibą w Tarnowskich Górach do udziału w postępowaniu w charakterze Uczestnika postępowania odwoławczego.

Przywołując regulacje prawne stanowiące podstawę zarzutów wniesionego odwołania należy wskazać, iż zgodnie:

- z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:
 - 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.
- z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu,
- z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.
- z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Izba ustaliła i zważyła:

W pierwszej kolejności, Izba wskazuje, że związku z wycofaniem przez Odwołującego podczas posiedzenia zarzutu podniesionego w pkt 3 petitum odwołania, dotyczącego naruszenia art. art. 223 ust. 1 ustawy Pzp – poprzez bezpodstawne dwukrotne wzywanie Wykonawcy FIORI sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień, mimo że w sprawie tej zostały

złożone już dwa odwołania oparte o te same zarzuty, ponadto na etapie badania i oceny ofert Wykonawca miał możliwość dwukrotnego złożenia wykazu czy to złożenia wyjaśnień zarówno na etapie postępowania odwoławczego, czy na etapie odpowiedzi na pierwsze wezwanie Zamawiającego z dnia 1 kwietnia 2025 roku do złożenia wyjaśnień – w odpowiedzi na to wezwanie Wykonawca nie wyjaśnił Zamawiającemu czy wartość usługi utrzymania i pielęgnacji rabat wynosiła co najmniej 50 tys. zł (mimo jednoznacznego pytania Zamawiającego), a zatem bezpodstawnie Zamawiający skierował do Wykonawcy ponowne wezwanie w tym samym zakresie w dniu 8 kwietnia 2025 roku - Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie tego zarzutu.

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

Izba wskazuje, że rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniu ocenia czynności podjęte przez Zamawiającego odpowiadając na pytanie, czy Zamawiający poprzez ich wykonanie lub zaniechanie czynności do których wykonania był zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, naruszył przepisy prawa zamówień publicznych w zakresie mającym lub mogącym mieć wpływ na wynik postępowania. W analizowanym stanie faktycznym w ocenie Izby Zamawiający nie naruszył przepisów prawa zamówień publicznych w zakresie podnoszonym w odwołaniu.

Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp – poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy FIORI sp. z o.o., mimo że Wykonawca ten wskazał w wykazie usług realizację, która nie spełnia warunku udziału w postępowaniu opisanego w rozdziale XXI pkt. 4.1 SWZ, zaś z uwagi na świadome, kilkukrotne podanie nieprawdziwej informacji w tym zakresie, Wykonawca nie może być wezwany do uzupełnienia wykazu na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp.

Analiza stanu faktycznego wskazuje, że spór między stronami dotyczy tego, czy Przystępujący spełnia ustanowiony przez Zamawiającego warunek udziału w postępowaniu w zakresie wartości wymaganego doświadczenia oraz jego zakresu, a także czy wskazany okres realizacji usługi referencyjnej odpowiada prawdzie. Odnosząc się ustanowionego przez Zamawiającego w rozdziale XXI pkt. 4.1 SWZ warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, wskazać należy, że Zamawiający wymagał aby wykonawca wykazał, iż:

w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonał należycie co najmniej 1 usługę związaną z utrzymaniem i pielęgnacją rabat o wartości minimum 50 000,00 zł w ramach jednej umowy.

W Rozdziale XXII pkt 1. Zamawiający wskazał:

Zamawiający wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 5 dni terminie od dnia wezwania, podmiotowych środków dowodowych, aktualnych na dzień ich złożenia.

W celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu, o których mowa w Rozdziale XXI pkt 4 niniejszej SWZ :

-Wykazu usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 5 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; – wzór stanowi Załącznik nr 4 do SWZ.

Przystępujący, na wezwanie Zamawiającego z dnia 10 marca 2025 roku do złożenia podmiotowych środków dowodowych złożył Wykaz usług w którym wskazał:

W kolumnie: Podmioty na rzecz których usługi były wykonywane:

- EUROVIA POLSKA

W kolumnie: Zakres usługi:

-zakres usługi: zagospodarowanie, utrzymanie i pielęgnacja terenów zielonych

-wartość usługi: 970.631,332

-okres trwania: 30.08.2012 – 30.11.2024

W kolumnie: Data wykonania:

-30.08.2021 – 30.11.2024.

Do wykazu usług Przystępujący załączył dokument POŚWIADCZENIE wystawiony przez podmiot EUROVIA Polska S.A.

Izba podkreśla, że w związku z unieważnieniem czynności Zamawiającego

tj. wezwaniem Przystępującego z dnia 5 lutego 2025 roku do złożenia podmiotowych środków dowodowych, Wykaz usług, który został złożony przez Przystępującego w dniu 5 lutego 2025 roku w odpowiedzi na to wezwanie, nie może być brany pod uwagę przy ocenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Jedynym dokumentem stanowiącym podstawę do oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu jest Wykaz usług wraz z Poświadczeniem należytego wykonania, złożony przez Przystępującego w dniu 17 marca 2025 roku, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 10 marca 2025 roku.

Wobec powyższego, cała argumentacja Odwołującego odnosząca się do kilkukrotnego podania nieprawdziwej informacji w tym wykazie nie mogła zostać uwzględniona przez Izbę, bowiem ocenie podlegał jedynie Wykaz usług z dnia 17 marca 2025 roku, o treści w nim zawartej, która nie została zmieniona innym Wykazem usług.

W ocenie Izby treść złożonego Wykazu usług wraz z Poświadczeniem, nie odnosiła się do wymaganego warunku udziału w postępowaniu (usługa związana z utrzymaniem i pielęgnacją rabat o wartości min. 50 000,00 zł w ramach jednej umowy), a do szerszego zakresu i wartości, obejmującego zakres i wartość całej umowy z podmiotem EUROVIA Polska, na którą powołał się Przystępujący (zagospodarowanie, utrzymanie i pielęgnacja terenów zielonych o wartości 970.631,332). W tym zakresie, zdaniem Izby Wykaz usług zawierał błędy podlegające sanacji w trybie art. 128 ust. 1 Pzp.

Zgodnie bowiem z art. 128 ust. 1 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.

Potwierdzeniem tych błędów, w ocenie Izby jest procedura wyjaśnienia podmiotowych środków dowodowych, wszczęta przez Zamawiającego w trybie art. 128 ust. 4 Pzp, której zasadności Odwołujący nie kwestionował, a także wartość umowy wskazującej jako grosze trzy miejsca po przecinku.

Izba zwraca jednak uwagę, że prawo Zamawiającego wynikające z art. 124 ust. 4 Pzp do wyjaśnienia treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów i oświadczeń składanych

w postępowaniu, nie świadczy automatycznie o błędach w treści tych dokumentów. Jednakże

w przedmiotowym stanie faktycznym, okoliczność, że Zamawiający dwukrotnie (1 kwietnia 2025 roku oraz 8 kwietnia 2025 roku) wzywał Przystępującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 128 ust. 4 Pzp, w odniesieniu do szczegółowego zakresu oraz wartości doświadczenia nabytego w ramach wskazanej w Wykazie usług usługi, prowadzi do wniosku, że Przystępujący, w wymagany sposób tj. w treści Wykazu usług, takich informacji nie przekazał Zamawiającemu.

Nie można się jednak zgodzić z Odwołującym, że informacje zawarte w Wykazie usług nie są zgodne z prawdą. Odnoszą się one bowiem do umowy zawartej przez Przystępującego z podmiotem EUROVIA S.A., której Odwołujący nie kwestionował (a nawet sam potwierdził jej zawarcie składając kopię tej umowy). Natomiast wskazane daty: początkowa

i końcowa zostały potwierdzone w złożonym przez Przystępującego Poświadczeniu należytego wykonania. W tych okolicznościach zarzut Odwołującego dotyczący podania

w Wykazie usług informacji nieprawdziwych jest całkowicie nieuzasadniony.

Powyższe w ocenie Izby świadczy o tym, że Przystępujący złożył Wykaz usług zawierający błędy a nie informacje nieprawdziwe, dlatego Zamawiający winien wezwać Przystępującego w trybie art. 128 ust. 1 Pzp do jego poprawienia lub uzupełnienia.

Izba wskazuje, że podstawą oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu jest wykaz usług, dostaw lub robót budowlanych (tu Wykaz usług) złożony przez wykonawcę na wezwanie Zamawiającego potwierdzony dowodami określającymi, czy usługi, dostawy lub roboty budowlane (tu usługi) zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Podstawą oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu nie będą natomiast wyjaśnienia udzielone przez wykonawcę w toku postępowania w trybie art. 128 ust. 4 Pzp, które mają charakter fakultatywny i służą jedynie wyjaśnieniu ich treści, a nie tworzeniu treści w nich uprzednio niezawartych. Co więcej, brak reakcji wykonawcy na wezwanie do wyjaśnienia w trybie art. 128 ust. 4 Pzp lub złożenie niewystarczających wyjaśnień nie skutkuje odrzuceniem oferty.

Odwołujący podczas rozprawy dowodził, że wartość usługi na którą powoływał się Przystępujący nie spełnia wymaganej przez Zamawiającego wartości, odnosząc ją wyłącznie do wyjaśnień udzielonych przez Przystępującego w trybie art. 128 ust. 4 Pzp, które nie mogą być podstawą odrzucenia oferty.

Izba zauważa, że złożone przez Przystępującego dowody w postaci:

- zestawienia wartości „pielęgnacji” wykonanej przez Przystępującego na podstawie umowy nr 7157.SM0146/17/2021 (wartość netto: 44 003,90 zł, wartość brutto z 8% Vat: 47 524,21 zł) oraz
- zestawienia „pielęgnacji” wykonanej przez Przystępującego na podstawie umowy nr 7157.SM0146/17/2021 (bez trawników) (wartość netto: 42 749,90 zł, wartość brutto z 8% Vat: 46 169,89 zł)

opracowane na podstawie Przedmiaru Ofertowego netto dla tej umowy, odnoszą się wyłącznie do wartości złożonej oferty netto określonej na podstawie Przedmiaru Ofertowego.

Nie stanowią one potwierdzenia faktycznej wartości zrealizowanej usługi w ramach przedmiotowej umowy, odpowiadającej warunkowi udziału w postępowaniu. Ponadto, informacje wynikające z Przedmiaru Ofertowego nie muszą stać w sprzeczności

z wyjaśnieniami udzielonymi przez Przystępującego co do wartości zrealizowanej usługi, bowiem odnoszą się one do innych stanów faktycznych. Odwołujący odnosi się do wartości ofertowej (wartości początkowej) a Przystępujący odnosi się do wartości zrealizowanej usługi

(tj. wartości końcowej), dlatego każda z tych informacji może być zgodna z prawdą.

Ponadto analiza treści Przedmiaru Ofertowego, postanowień umowy nr 7157.SM0146/17/2021 z dnia 30 sierpnia 2021r. wraz z Aneksem nr 2 z dnia 8 listopada 2022 r., oraz wyczerń Odwołującego przedstawionych w ww. zestawieniach może prowadzić do wniosku, że to właśnie Odwołujący próbuje wprowadzić Krajową Izbę Odwoławczą w błąd. Odwołujący bowiem przedstawia wyczerń wartości pielęgnacji określone w Przedmiarze Ofertowym, próbując dowodzić że nie osiąga ona wymaganej wartości min. 50 000, 00 zł, doliczając do cen netto podatek Vat w stawce 8%. Tymczasem, podatek Vat w stawce 8%

(jak wynika z dowodu złożonego przez Odwołującego obowiązywał dopiero od dnia 8 listopada 2022 roku i został wprowadzony Aneksem nr 2 do umowy, a więc ponad 14 miesięcy od daty zawarcia umowy). W dniu zawarcia umowy, tj. 30 sierpnia 2021 roku obowiązywał podatek Vat w stawce 23%. Dlatego Odwołujący przywołując dane z Kosztorysu Ofertowego obowiązujące w dniu zawarcia umowy, powinien doliczyć podatek Vat, w wysokości obowiązującej w tej samej dacie, tj. w dniu zawarcia umowy, w stawce 23%. Doliczając zatem podatek w stawce 23% do wartości usługi pielęgnacji obliczonej przez Odwołującego w powyższych zestawieniach, wartość tej usługi będzie wynosiła odpowiednio 54 124,80 zł oraz 52 582,38 zł. W obu zatem przypadkach przekroczy ona wymagane min. 50 000,00 zł.

Dlatego również i w tych okolicznościach, w ocenie Izby Odwołujący nie dowiódł, że wyjaśnienia udzielone przez Przystępującego w trybie art. 128 ust. 4 Pzp w zakresie wartości posiadanego doświadczenia wymaganego na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu, nie odpowiadają prawdzie.

W odniesieniu do kwestionowanego zakresu doświadczenia Przystępującego wskazanego w Wykazie usług, które w ocenie Odwołującego nie odpowiada warunkowi udziału w postępowaniu, Izba nie uwzględniła argumentacji Odwołującego, zgodnie z którą Przystępujący nie posiada wymaganego doświadczenia, bowiem Zamawiający wymagał wykazania się doświadczeniem związanym z utrzymaniem i pielęgnacją rabat o wartości minimum 50 000,00 zł w ramach jednej umowy, a Przystępujący wykazał się doświadczeniem, w którym nie wykonywał utrzymania i pielęgnacji rabat o wymaganej wartości.

W ocenie Izby treść warunku udziału w postępowaniu, poprzez wymóg posiadania doświadczenia w wykonaniu usługi związanej z utrzymaniem i pielęgnacją rabat wskazuje na szerokie rozumienie warunku. Wynika to z konstrukcji samego warunku, w którym Zamawiający posłużył się określeniem „związanej” a nie polegającej – jak błędnie twierdzi Odwołujący. Zamawiający nie odnosił się zatem bezpośrednio do usługi polegającej na utrzymaniu i pielęgnacji rabat, ale do usługi związanej z utrzymaniem i pielęgnacją rabat. Uprawnione jest zatem stanowisko Zamawiającego, że „utrzymanie i pielęgnacja” to w istocie synonimy, a także że rabata to to „wąska grządka, na której posadzono lub posiano rośliny ozdobne” (za Wielkim Słownikiem Języka Polskiego Instytutu Języka Polskiego PAN), a nie jak twierdzi Odwołujący, że „rabata to nic innego jako grządka kwiatowa”.

Dlatego wyjaśnienia udzielone przez Przystępującego w trybie art. 128 ust. 4 Pzp, że wykonał on w pełnym zakresie utrzymanie i pielęgnację wszystkich wykonanych rabat oraz terenów zielonych tj. krzewów, bylin, cebul a także drzew jak również założonych w ramach kontraktu trawników, oraz że koszt pielęgnacji i utrzymania wcześniej posadzonych krzewów, bylin, roślin cebulowych oraz pozostałej roślinności (z wyjątkiem drzew i trawników) wyniósł 74 567,34 zł. można uznać za wpisujące się w wymóg „utrzymania i pielęgnacji rabat”.

Nieuprawnione jest również twierdzenie Odwołującego, że utrzymanie jest równoznaczne

z oczyszczaniem rabat. W tym zakresie Zamawiający nie zdefiniował określenia „utrzymanie” oraz nie wskazał, jakie czynności należy uznać za wchodzące w zakres utrzymania rabat, dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Istotne jest również to,

że Zamawiający nie rozgraniczył warunku udziału w postępowaniu na usługi związane

z utrzymaniem rabat i usługi związane z pielęgnacją rabat – których wyodrębnienie byłoby istotne dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu, ale postawił wymóg łączny, polegający na usługach związanych z utrzymaniem i pielęgnacją rabat, w najszerszym tego słowa zakresie.

Izba podkreśla również, że zakres doświadczenia wykonawcy oceniany jest na podstawie informacji przedstawionych w Wykazie usług, które winny odpowiadać rzeczywistemu doświadczeniu wykonawcy. Natomiast dokumenty złożone wraz z Wykazem usług, służą potwierdzeniu należytego wykonania usługi. Ich celem nie jest potwierdzanie wykonanego zakresu i wartości usługi, lecz okoliczność, czy usługa taka została wykonana należycie. Dlatego brak odniesienia się w złożonym Poświadczeniu do jakiegoś zakresu czynności, lub ich ogólna kwalifikacja, (która może zostać inaczej określona przez wystawcę Poświadczenia niż wskazany przez innego Zamawiającego warunek udziału w postępowaniu) nie oznacza, że czynności takie nie zostały wykonane.

W tych okolicznościach, Izba nie uwzględniła argumentacji Odwołującego, że złożone Poświadczenie, wystawione przez podmiot EUROVIA nie potwierdza wykonania przez Przystępującego utrzymania i pielęgnacji rabat, ponieważ w jego treści brak jest bezpośredniego określenia do utrzymania i pielęgnacji rabat.

Na marginesie Izba dodaje, że z treści Poświadczenia wynika potwierdzenie należytego wykonania pielęgnacji nasadzonej roślinności, jednakże w ocenie Odwołującego nie wpisuje się ono w spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Izba nie podzieliła również argumentacji Odwołującego, iż Przystępujący nie może wykazywać się doświadczeniem nabytym przy wykonaniu wskazanej usługi, ponieważ jej realizacja nastąpiła w ramach umowy na wykonanie roboty budowlanej, jako usługa podwykonawcza.

W tym zakresie Izba w pełni podziela stanowisko Zamawiającego, uznając że istotne jest faktyczne doświadczenie wykonawcy nabyte w ramach czynności które wykonywał, a nie kwalifikacja umowy, w ramach której czynności te były wykonywane.

Reasumując powyższe, aby Zamawiający mógł odrzucić ofertę, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp, konieczne jest przeprowadzenie procedury przewidzianej przepisem

art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, który swoją dyspozycją daje możliwość do uzupełnienia, poprawienia lub złożenia podmiotowych środków dowodowych, które potwierdzałyby spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Jest to obowiązek Zamawiającego a nie uprawnienie,

od którego nie może on odstąpić. Celem przepisu jest ograniczenie sytuacji, w których prawidłowa merytorycznie oferta musi być odrzucona z powodu braków lub błędów

w złożonych dokumentach. Art. 128 ust. 1 Pzp przenosi art. 56 ust. 3 *dyrektywy klasycznej*. Zgodnie z art. 56 ust. 3 *dyrektywy klasycznej*, jeżeli informacje lub dokumentacja, które mają zostać złożone przez wykonawców, są lub wydają się niekompletne lub błędne, lub gdy brakuje konkretnych dokumentów, instytucje zamawiające mogą – chyba że przepisy krajowe wdrażające dyrektywę klasyczną stanowią inaczej – zażądać, aby dani wykonawcy złożyli, uzupełnili, doprecyzowali lub skompletowali stosowne informacje lub dokumentację w odpowiednim terminie, pod warunkiem że takie żądania zostaną złożone przy pełnym poszanowaniu zasad równego traktowania i przejrzystości.

Ustawodawca w art. 128 ust. 1 pkt 1) i 2) Pzp przewidział okoliczności, po spełnieniu których, Zamawiający może odstąpić od wezwania wykonawcy do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, jednakże takich okoliczności nie wykazał Odwołujący, ponadto nie wystąpiły one w Postępowaniu. Co więcej, Odwołujący podnosił brak możliwości wezwania Przystępującego do uzupełnienia Wykazu usług na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp, z uwagi na kilkukrotne podanie nieprawdziwej informacji w tym zakresie. Jak wynika jednak z art. 128 ust. 1 pkt 1) i 2) Pzp, okoliczności takie nie stanowią podstawy do odstąpienia od wezwania z art. 128 ust. 1 Pzp, a także -co Izba przedstawiła w rozważaniach powyższych, Przystępujący nie podał w Wykazie usług informacji nieprawdziwych.

W okolicznościach analizowanej sprawy, w których Zamawiający nie wzywał Przystępującego do złożenia Wykazu usług w trybie art. 128 ust. 1 Pzp, bowiem w jego ocenie złożony Wykaz usług wraz z wyjaśnieniami uzyskanymi w trybie art. 128 ust. 4 Pzp, potwierdzał spełnienie warunku udziału w postępowaniu, nie był on uprawniony do odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp.

Ponadto, Izba zauważa jako istotne dla sprawy, że Odwołujący nie zarzucił Zamawiającemu zaniechania wezwania do uzupełnienia Wykazu usług na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp, a tylko taki zarzut mógłby stanowić podstawę oceny czynności Zamawiającego

w kontekście dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem podnoszonych przepisów Pzp.

Wobec powyższego zarzut podlegał zatem oddaleniu.

Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji – poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy FIORI sp. z o.o. z postępowania, mimo

że Wykonawca ten dwukrotnie oświadczył nieprawdę wskazując w wykazie usług,

że wykonywał usługi odpowiadające treści warunku postawionego w rozdziale XXI pkt 4.1 SWZ w okresie od 30 sierpnia 2021 do 30 listopada 2024, podczas gdy co najmniej w okresie od 1 kwietnia 2023 usług tych nie świadczył, bowiem robił to sam Odwołujący.

W odniesieniu do zarzutu podania informacji nieprawdziwych w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczących wartości oraz zakresu wskazanej usługi, Izba odwołuje się do rozważań dla zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp, podkreślając, że analiza dokumentacji postępowania wskazuje na to, że informacje podane

w Wykazie usług zawierały błędy, a nie jak niezasadnie twierdzi Odwołujący – informacje nieprawdziwe.

W odniesieniu do okresu realizacji usługi wskazanego w Wykazie usług, Izba podkreśla że w przypadku błędu w tym zakresie, przed odrzuceniem oferty Przystępującego konieczne byłoby również skorzystanie przez Zamawiającego z procedury przewidzianej w art. 128 ust. 1 Pzp, której Zamawiający nie przeprowadził.

Jednakże w okolicznościach przedmiotowej sprawy, w ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, że informacje podane w Wykazie usług w zakresie okresu realizacji są nieprawdziwe. W ocenie Izby, na podstawie zgromadzonej dokumentacji nie można również stwierdzić, że są to informacje zawierające błędy.

Okoliczność, że w tym samym czasie Odwołujący realizował usługę polegającą na Oczyszczaniu Rynku i Starówki w Gliwicach nie wykluczyła możliwości realizacji przez Przystępującego umowy z wykonawcą EUROVIA w ramach świadczeń gwarancyjnych.

Na taką okoliczność wskazał Przystępujący w wyjaśnieniach, natomiast okres realizacji usługi został potwierdzony w Poświadczeniu wystawionym przez podmiot EUROVIA, na zlecenie którego usługa została wykonana.

Odwołujący nie wykazał zatem, że Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty Przystępującego z uwagi na to, że jego czynności były sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, które zagrażały lub naruszały interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Dlatego zarzut nie mógł zostać uwzględniony.

W tych okolicznościach nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 16 pkt 1

i art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania.

Wobec powyższego, zależało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1) oraz § 8 ust. 2 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).

Przewodnicząca: