

**WYROK
z 13 stycznia 2023 roku**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie 12 stycznia 2023 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 28 grudnia 2022 r. przez D. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Biuro Projektowe Ogrody Hesperyd D. B. z siedzibą w Żaganiu w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: 2 Wojskowy Oddział Gospodarczy we Wrocławiu przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Gwarant Agencja Ochrony Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu, Impel Facility Services Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, R. P. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Paroks R. P. z siedzibą w Pęcicach zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Umarza postępowanie w zakresie zarzutów nr 2, 4 i 5 odwołania.
2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.
3. Kosztami postępowania obciąża odwołującego: D. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Biuro Projektowe Ogrody Hesperyd D. B. z siedzibą w Żaganiu i:
 - 3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania,
 - 3.2 zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego: 2 Wojskowego Oddziału Gospodarczego we Wrocławiu kwotę 4 666 zł 00 gr (słownie cztery tysiące sześćset sześćdziesiąt sześć złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego z tytułu wynagrodzenia i kosztów dojazdu oraz noclegu pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych

(t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1710) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

2 Wojskowy Oddział Gospodarczy we Wrocławiu (dalej: Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. — Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1710, dalej: Pzp) postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Sprzątanie terenów zewnętrznych oraz utrzymanie i pielęgnacja terenów zielonych na potrzeby Sekcji Obsługi Infrastruktury w Brzegu, Oleśnicy, Jastrzębiu i Kłodzku”, numer: INFR/420/2022, zwane dalej postępowaniem.

Ogłoszenie w sprawie zamówienia publicznego zostało opublikowane 29 lipca 2022 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem: 2022/S 145-413860.

28 grudnia 2022 r. D. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Biuro Projektowe Ogrody Hesperyd D. B. z siedzibą w Żaganiu (dalej: Odwołujący), wniósł odwołanie, w którym zaskarżył niezgodne z przepisami ustawy czynności Zamawiającego podjęte w postępowaniu i postawił następujące zarzuty (pisownia oryginalna):

1. Naruszenie Art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 252 ust.1 oraz art. 253 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 16 pkt 1 ustawy Pzp i art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum firm:
 - Gwarant Agencja Ochrony Sp. z o.o. – Lider ul. Cygana 2, 45-131 Opole
 - Impel Facility Services Sp. z o.o. – Partner, ul. A. Słonimskiego 1, 50-304 Wrocław
 - Paroks R. P.-Partner, gm. Skarbimierz, 49-317 Pępice 38

w sytuacji, gdy złożona przez niego oferta była droższa od oferty Biuro Projektowe Ogrody Hesperyd D. B. 68-100 Żagań ul. B. Chrobrego 14, jak też podlegała odrzuceniu na podstawie art. 226 ust.1 pkt. 2a, przez co zostały naruszone podstawowe zasady ustawy Pzp.

Ponadto Oferta Biuro Projektowe Ogrody Hesperyd D. B. 68-100 Żagań ul. B. Chrobrego 14 nie została odrzucona jak też Zamawiający nie podjął decyzji o unieważnieniu wyboru oferty Odwołującego, lecz bezpodstawnie przystąpił do ponownego badania ofert tj. do tzw. procedury odwróconej wzywając w dniu 6 grudnia 2022 r. Konsorcjum do przedstawienia podmiotowych środków dowodowych ważnych

- na dzień składania dokumentów czym złamał zapisy art. 16 i 17 Pzp. oraz art. 252 ust. 1 Pzp.
2. Naruszenie przepisu ustawy Pzp określonego w art. 253 ust. 2 poprzez nie wskazanie faktycznej podstawy odrzucenia oferty Odwołującego.
 - a. Zamawiający powołuje się na otrzymane informacje pozyskane bezpośrednio od pracownika pełniącego obowiązki na terenie SOI Nowogród Bobrzański podlegającemu 44 Wojskowemu Oddziałowi Gospodarczemu w Krośnie Odrzańskim. Jednak informacje te zostały pozyskane od osoby (Dominika Sitek pracownik 44WOG Krosno Odrzańskie, SOI Nowogród Bobrzański) nie mogącej składać oświadczeń woli w imieniu Skarbu Państwa reprezentowanego przez Dowódcę 44 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Krośnie Odrzańskim.
 - b. Zamawiający nie dowiódł nieprawdziwości złożonego przez Odwołującego wykazu usług załącznik nr 9 do SWZ jak też nie wykazał niezgodności z treścią SWZ.
 - c. Zaniechania uznania oferty Biuro Projektowe Ogrody Hesperyd D.B. 68-100 Żagań ul. B. Chrobrego 14 jako najkorzystniejszej, z najniższą ceną i spełniająca warunki określone w SWZ przez co dopuścił się złamania art. 252 ust. 1.
 3. Naruszenie art. 18 ust. 1, 2 Pzp poprzez odmowę przez Zamawiającego udostępnienia całości dokumentacji Odwołującemu w niniejszym postępowaniu dot. Zadania 3 Jastrzębie, czym uniemożliwił zapoznanie się z dokumentacją i uzyskanie pełnych, weryfikowalnych informacji dot. całości postępowania w tym faktycznych i domniemyanych podstaw do podjęcia decyzji przez Zamawiającego o odrzuceniu oferty Biuro Projektowe Ogrody Hesperyd D. B. 68-100 Żagań ul. B. Chrobrego 14, przez co uniemożliwił poprawne przygotowanie treści odwołania skutkujące możliwością wskazania właściwej argumentacji prawnej, co może mieć wpływ na przygotowanie merytorycznego uzasadnienia treści odwołania,
 4. Naruszenie art. 109 ust. 1pkt 8 Pzp poprzez bezpodstawne i bezprawne uznanie, że Odwołujący nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych wskazanych w SWZ jako warunek przystąpienia do postępowania o zamówienie publiczne,
 5. Naruszenie art. 128 i 125 Ustawy Pzp poprzez brak wezwania przez Zamawiającego, Oferenta Biuro Projektowe Ogrody Hesperyd D. B. 68-100 Żagań ul. B. Chrobrego 14 odpowiednio do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie dokumentów, co do których nabrał wątpliwości lub zawierających błędy.

6. Art. 226 ust 1 pkt 2 lit. a i b ustawy Pzp w zw. art. 112 ust. 1 i 2 ustawy Pzp oraz art. 117 ust. 1, 2, 3 i 4 art. 118 ustawy poprzez zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum nie spełniającego warunków opisanych w SWZ.
7. Naruszenie art. 117 w związku z 226 ust. 1 pkt 2a, pkt 5, art. 118 nie spełnienie warunków 109 art. 226 ust. 1 pkt 2a przez Oferenta Konsorcjum firm:
 - Gwarant Agencja Ochrony Sp. z o.o. – Lider ul. Cygana 2, 45-131 Opole
 - Impel Facility Services Sp. z o.o. – Partner, ul. A. Słonimskiego 1, 50-304 Wrocław
 - Paroks R. P.-Partner, gm. Skarbimierz, 49-317 Pępice 38.

W zakresie żądań Odwołujący wskazał:

„W związku z powyższymi naruszeniami ustawy wnoszę uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum firm:
 - Gwarant Agencja Ochrony Sp. z o.o. – Lider ul. Cygana 2, 45-131 Opole
 - Impel Facility Services Sp. z o.o. –Partner, ul. A. Słonimskiego 1, 50-304 Wrocław
 - Paroks Roksana Partyka-Partner, gm. Skarbimierz, 49-317 Pępice 38
2. Wykluczenie Konsorcjum firm:
 - Gwarant Agencja Ochrony Sp. z o.o. – Lider ul. Cygana 2, 45-131 Opole
 - Impel Facility Services Sp. z o.o. –Partner, ul. A. Słonimskiego 1, 50-304 Wrocław
 - Paroks R. P.-Partner, gm. Skarbimierz, 49-317 Pępice 38 na podstawie art. 109 ust. 1 pkt. 8 i 10 Pzp,
3. Nakazanie Zamawiającemu uznanie prawomocności wyboru oferty Biuro Projektowe Ogrody Hesperyd D. B. 68-100 Żagań ul. B. Chrobrego 14 jako najkorzystniejszej w niniejszym postępowaniu i spełniająca warunki określone w SWZ zgodnie z Postanowieniem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 listopada 2022 r. (sygn. Akt: KIO 3058/22) o umorzeniu postępowania odwoławczego w zw. z art. 253 Pzp, i art. 520 ustawy Pzp gdzie odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy, a cofnięte odwołania nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby, a tym samym uznanie odwołania przez Zamawiającego także nie wywołuje skutków prawnych,
4. Nakazanie Zamawiającemu podpisanie umowy z Biuro Projektowe Ogrody Hesperyd D. B. 68-100 Żagań ul. B. Chrobrego 14 jako najkorzystniejszej w niniejszym postępowaniu,

Z ostrożności procesowej w przypadku nie uznania argumentów wskazanych powyżej w całości wnoszę o:

1. Unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum firm:
 - Gwarant Agencja Ochrony Sp. z o.o. – Lider ul. Cygana 2, 45-131 Opole
 - Impel Facility Services Sp. z o.o. –Partner, ul. A. Słonimskiego 1, 50-304 Wrocław
 - Paroks R. P.-Partner, gm. Skarbimierz, 49-317 Pęcice 38.
2. Powtórzenia czynności badania i oceny ofert
3. Nakazanie Zamawiającemu udostępnienie pełnej dokumentacji Odwołującemu w niniejszym postępowaniu dot. Zadania 3 Jastrzębie,
4. Nakazanie Zamawiającemu wezwanie oferenta Biuro Projektowe Ogrody Hesperyd D. B. 68-100 Żagań ul. B. Chrobrego 14 do wyjaśnień w zakresie podmiotowych środków dowodowych, co do których ma wątpliwości lub które uznał za błędne,
5. Nakazanie Zamawiającemu wybór oferty Biuro Projektowe Ogrody Hesperyd D.B. 68100 Żagań ul. B. Chrobrego 14 jako najkorzystniejszej w niniejszym postępowaniu spełniającej warunki opisane w SWZ”.

12 stycznia 2023 r. w toku posiedzenia z udziałem stron Zamawiający uwzględnił zarzuty nr 2, 4 i 5 odwołania. Przystępujący (tj. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Gwarant Agencja Ochrony Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu, Impel Facility Services Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, R. P. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Paroks R. P. z siedzibą w Pęcicach) nie wniósł sprzeciwu, co do uwzględnienia odwołania w powyższym zakresie.

Wraz z oświadczeniem o częściowym uwzględnieniu odwołania Zamawiający zobowiązał się do:

Zamawiający zobowiązał się przy tym do:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty Przystępującego,
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
3. wezwania Odwołującego do wyjaśnień w zakresie podmiotowych środków dowodowych, co do których miał wątpliwości lub które uznał za błędne.

W uzasadnieniu nieuwzględnionych zarzutów odwołania Odwołujący wskazał (pisownia oryginalna):

„Zamawiający wybierając ofertę Konsorcjum (...) realizując obowiązek zawarty w art. 128 Ustawy Pzp oraz pismo Zamawiającego z dnia 6.12.2022 r. wzywające Konsorcjum (...) do przedstawienia podmiotowych środków dowodowych aktualnych na dzień składania dokumentów. Konsorcjum przekazując w dniu 14.12.2022 r., że spełnia warunki określone w SWZ, a wymagane pismem z dnia 6.12.2022 r. przez Zamawiającego, świadomie wprowadziło w błąd Zamawiającego celem uzyskania zamówienia, mimo, że nie spełnia warunków określonych w SWZ w zakresie podmiotowym uczestnictwa w postępowaniu, łamiąc zapisy Ustawy Pzp w obszarze art. 16, 17, 128, 226, 109.

Konsorcjum (...) łamiąc zapisy Ustawy Pzp w obszarze art. 16, 17, 128, 226, 109 przedłożyło m.in. Załącznik nr 9 Wykaz Usług wraz z referencjami potwierdzającymi wykonanie usług wskazanych w treści Wykazu Usług – Załącznik nr 9. W wykazie Usług zawarto informację nieprawdziwą, że Konsorcjum spełnia warunki w zakresie wiedzy i doświadczenia. W pozycji 1 wskazano usługę jakoby spełniającą warunki SWZ w zakresie wiedzy i doświadczenia wskazując usługę wykonywaną na rzecz 31 Oddziału Gospodarczego w Zgierzu, w okresie 01.12.2017-30.11.2019. Zamawiający wymagał od oferentów biorących udział w postępowaniu przedstawienia wykazu usług wraz z dowodami potwierdzającymi poprawne wykonanie zamówienia:

Punkcie 8 SWZ - 8. INFORMACJA O WARUNKACH UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU.

Zadanie nr 3 zdolności technicznej lub zawodowej:

a) *wykazanie się wykonaniem lub wykonywaniem w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie usług odpowiadających swoim zakresem przedmiotowi zamówienia niniejszego postępowania, tj.: -zadanie nr 3:*

-jednej usługi sprzątnięcia terenów zewnętrznych utwardzonych o powierzchni minimum 80 000 m² miesięcznie na podstawie maksymalnie dwóch umów trwających co najmniej 12 miesięcy każda; -jednej usługi utrzymania i pielęgnacji terenów zielonych o powierzchni 600 000 m² miesięcznie na podstawie maksymalnie dwóch umów trwających co najmniej 12 miesięcy każda. W przypadku usług wykonywanych Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli usługa jest wykonywana przez co najmniej 9 miesięcy.

W dyspozycji SWZ 9. PODMIOTOWE ŚRODKI DOWODOWE. zapisano

9.1. Zamawiający, zgodnie z art. 126 ust. 1 ustawy Pzp wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni od dnia wezwania, aktualnych na dzień złożenia

podmiotowych środków dowodowych, zgodnych z Rozporządzeniem Ministra
Rozwoju, Pracy

i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać Zamawiający od wykonawcy, tj.:

- wykazu usług wykonanych lub wykonywanych w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wraz z podaniem: zadanie nr 3:

- jednej usługi sprzątania terenów zewnętrznych utwardzonych o powierzchni minimum 80 000 m² miesięcznie na podstawie maksymalnie dwóch umów trwających co najmniej 12 miesięcy każda;

- jednej usługi utrzymania i pielęgnacji terenów zielonych o powierzchni 600 000 m² miesięcznie na podstawie maksymalnie dwóch umów trwających co najmniej 12 miesięcy każda. W przypadku usług wykonywanych Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli usługa jest wykonywana przez co najmniej 9 miesięcy.

wraz z podaniem ich rodzaju, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których usługi te zostały wykonane, zgodnie z wzorem zawartym w załączniku nr 9, oraz załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane należycie. Dowodami może być poświadczenie np. referencje, w odniesieniu do nadal wykonywanych usług poświadczenie powinno być wydane nie wcześniej niż na 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert albo oświadczenie wykonawcy – jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia, o którym mowa powyżej.

W przypadku usług wykonywanych a nie zakończonych, Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli usługa była/jest wykonywana przez/od co najmniej 9 miesięcy przed terminem składania ofert.

Zamawiający wzywał Konsorcjum do przedłożenia referencji aktualnych na dzień składania podmiotowych środków dowodowych warunkujących uczestnictwo w postępowaniu tj. przedstawienia referencji aktualnych na dzień 14 grudnia 2022 r. Przedłożone referencje z wykonania usługi dla 31 WOG w Zgierzu utraciły swoją aktualność w dniu 30.11.2022 r.

Ponadto Konsorcjum powołując się na posiadane doświadczenie w zakresie m.in. utrzymania terenów zielonych w Załączniku nr 9 Wykaz Usług pozycja 4 wskazało, iż legitymuje się doświadczeniem w wykonaniu usługi utrzymania terenów zielonych na powierzchni 382.354,40 m² jednocześnie przekazując referencje wystawione przez 11 WOG Bydgoszcz. Zamawiający bezkrytycznie przyjął dane zawarte w wykazie usług, że Impel Facility Services Sp. z o.o. wykonała usługę utrzymania terenów zielonych w okresie

1.12.2017-20.11.2021

na obszarze 382.354,40 m². Wskazanie w treści Wykazu Usług, że firma Impel Facility Services Sp. z o.o. wykonało 100% usługi na obszarze 382.354,40 m² wprowadziło w błąd Zamawiającego co do zakresu posiadanego doświadczenia przez firmę Impel Facility Services Sp. z o.o.. Jak wynika z treści referencji wystawionych w dniu 28.12.2021 r. przedmiotowe zadanie realizowało Konsorcjum firm Lider Impel Facility Services Sp. z o.o. z siedzibą

we Wrocławiu, oraz Partner Konsorcjum Zakład Sprzątnia Wnętrz Józef Jankowski „MOP-83” Sp. z o.o. z siedzibą w Gronowie Górnym. Zgodnie z zapisami SWZ postępowania INFR /420/22 oferent aby spełnił obowiązek posiadania wiedzy i doświadczenia winien wykazać się wykonaniem jednej usługi utrzymania i pielęgnacji terenów zielonych o powierzchni 600 000 m² miesięcznie na podstawie maksymalnie dwóch umów trwających co najmniej 12 miesięcy każda.

Z uwagi na realizację umowy na rzecz 11 WOG w Bydgoszcz, którą w ramach Konsorcjum realizowało Konsorcjum firm Lider Impel Facility Services Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, oraz Partner Konsorcjum Zakład Sprzątnia Wnętrz Józef Jankowski „MOP-83” Sp. z o.o. z siedzibą w Gronowie Górnym przedstawiający referencje podał nieprawdę, że wykonał zadanie samodzielnie w obszarze 382354,40 m², lecz faktycznie wykonywał usługę dla 11 WOG w Bydgoszczy wspólnie z innym podmiotem gospodarczym.

Dowód - Treść referencji, zapisy umowy zawartej z 11 WOG w Bydgoszczy przez Konsorcjum firm Lider Impel Facility Services Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, oraz Partner Konsorcjum Zakład Sprzątnia Wnętrz Józef Jankowski „MOP-83” Sp. z o.o. z siedzibą w Gronowie Górnym – w załączeniu

Konsorcjum (...) przedkładając nieprawdziwe dane w Załączniku nr 9 Wykaz Usług naruszyło zapisy Ustawy Pzp art. 226 ust. 1 i 2, w zw. z art. 118, art. 112,.

Konsorcjum (...) na wezwanie Zamawiającego z dnia 6.12.2022 r. przedłożyło Załącznik nr 10

Wykaz osób, wskazując w Tabeli – kolumna – Podstawa Dysponowania, że będzie dysponował pracownikiem „Michał Partyka – bezpośrednio dysponowanie / pełnomocnik firmy”. Zgodnie z treścią Wezwania oraz zapisami SWZ, miał przedstawić wykaz osób, zgodnie z wzorem zawartym w załączniku nr 10, z podaniem danych osobowych 2 pracowników - ogrodników posiadającymi wykształcenie zawodowe ogrodnicze lub rolnicze i doświadczenie zawodowe ogrodnicze lub rolnicze minimum 2 letnie oraz wskazaniem podstawy dysponowania pracownikami. Wskazanie podstawy dysponowania pracownikiem Michał Partyka jako bezpośrednio dysponowanie / Pełnomocnik nie realizuje obowiązku wskazanego w treści SWZ oraz Załącznika nr 10. Pełnomocnik może realizować

reprezentację prawną osoby, firmy na podstawie udzielonego pełnomocnictwa ze wskazaniem zakresu pełnomocnictwa. Do przedstawionego dokumentu nie przedłożono żadnego pełnomocnictwa, nie wskazano czy Michał Partyka jest pełnomocnikiem Konsorcjum, czy też innej firmy lub osoby prywatnej i jaki ma to wpływ na realizację obowiązku zapisanego w SWZ w zakresie dysponowania osobami o określonych kwalifikacjach. W CEiDG firmy R. P. nie ujawniono pełnomocników, w KRS pozostałych firmach M. P. nie widnieje jako Pełnomocnik. Dysponowanie bezpośrednio M. P. nie ma odzwierciedlenia w dokumentach, nie wskazano jaka umowa łączy M. P. z Konsorcjum lub z każdym członkiem Konsorcjum. Pełnomocnictwo udzielone M. P. nie jest związane z relacją umowną opisaną np. w umowach cywilno-prawnych jak zlecenie, dzieło itp.

Pełnomocnictwo służy reprezentacji i w zasadzie Kodeks Cywilny art. 99, określa pełnomocnictwo do dokonywania czynności zwykłego zarządu, tak więc nie realizuje bezpośrednio dysponowania M. P. w oferowanym zadaniu – wykonywania czynności związane z utrzymaniem zieleni, prac ogrodniczych pielęgnacyjnych. Z uwagi na brak więzi prawnej pomiędzy członkami Konsorcjum a M. P. należy stwierdzić, że M. P. jest do dyspozycji pośredniej, zachodzi tutaj element udostępnienia zasobów zgodnie z art. 118 Prawa zamówień publicznych. Natomiast Konsorcjum nie załączyła do oferty Załącznika nr 5 oraz nie wskazała w dokumentach JEDZ faktu korzystania z zewnętrznych zasobów w zakresie dysponowania osobami o kwalifikacjach określonych w SWZ i Załączniku nr 10 do SWZ, lecz w Formularzu Ofertowym Załącznik nr 3 p.10 wskazano, że nie powołuje się na zasoby podmiotów określonych w art. 118 ustęp 1 ustawy Pzp, a więc osobiście spełniam warunki określone w punkcie 8 SWZ. Korzystanie z usług Pełnomocnika przy wykonywaniu zadań ogrodnika, nie związanego z umową z członkami Konsorcjum jest dysponowaniem pośrednim zasobami ludzkimi o określonych kwalifikacjach. Faktycznie Konsorcjum przedłożyło wykaz osób, które nie potwierdza samodzielnego spełnienia warunku SWZ pkt.9 1 ppkt.1 , Brak Załącznika nr 5 składanego wraz z ofertą powoduje, że oferta jako niekompletna winna być odrzucona. W Załączniku nr 6

do oferty wskazano, że Gwarant Agencja Ochrony Sp. z o.o. – Lider ul. Cygana2, 45-131 Opole oraz Partner Konsorcjum Paroks R. P. zrealizuje następujące usługi w ramach realizacji zamówienia wsparcia w zakresie utrzymania czystości. Zapis ten nie realizuje obowiązku jasnego, pełnego wskazania podziału ról w realizacji zamówienia przez Konsorcjum wskazanego w art. 117 p. 4 Ustawy Pzp, uniemożliwia weryfikacji, czy planowany podział zadań pomiędzy członków konsorcjum zapewnia realne wykorzystanie deklarowanych przez nich zasobów w celu potwierdzenia spełnienia warunków w postępowaniu. Odwołujący wskazuje, że Konsorcjum opiera się na wiedzy i doświadczeniu

Lidera Konsorcjum, tak więc wskazanie roli Gwarant Agencja Ochrony Sp. z o.o. – Lider ul. Cygana2, 45-131 Opole oraz Partnera Paroks R. P. przy wykonaniu zadania polegającej na wsparciu

w zakresie utrzymania czystości jest ukryciem faktu, że Gwarant Agencja Ochrony Sp. z o.o. – Lider ul. Cygana2, 45-131 Opole oraz Partner Konsorcjum Paroks R. P. nie spełnia warunków kwalifikacji udziału w postępowaniu, a faktycznie będzie wykonywała usługi utrzymania terenów utwardzonych i zielonych, i jest ominięciem prawa w realizacji dyspozycji art. 117 p. 4 Ustawy Pzp. Dzięki składanym oświadczeniom, Zamawiający jest w stanie dokonać weryfikacji i ustalić, czy w przypadku powierzenia realizacji konsorcjum, przedmiot zamówienia będzie wykonany w sposób należyty. Odwołujący wskazuje, że zasadą wynikającą z art. 117 ust. 3 ustawy Pzp jest to, że doświadczenie poszczególnych wykonawców nie jest przekazywane pomiędzy nimi w ramach konsorcjum, a wymaganym doświadczeniem winien legitymować się ten z konsorcjantów, który będzie realizował usługi do których wykonania doświadczenie to jest potrzebne. Przepisy ust. 2 i 3 zostały sformułowane w taki sposób, że wprowadzają warunek co do możliwości polegania na zdolnościach poszczególnych członków grupy w postaci rzeczywistego zaangażowania danego członka w etap realizacji odpowiedniej części zamówienia. Oferent Konsorcjum nie wykazał jakim doświadczeniem dysponuje Partner Gwarant Agencja Ochrony Sp. z o.o. – Lider ul. Cygana 2, 45-131 Opole oraz Partner Konsorcjum Paroks R. P. oraz Konsorcjum Firma Paroks Roksana Partyka w wspieraniu usługi utrzymania czystości (...).

Oświadczenie firm Gwarant Agencja Ochrony Sp. z o.o. – Lider ul. Cygana 2, 45-131 Opole Paroks Roksana Partyka w formularzu JEDZ cz. III C – Zależność od innych Podmiotów zawiera zapis NIE, a zapis w części IV JEDZ zakreślono TAK, że spełnią kryteria kwalifikacji uczestnictwa w postępowaniu, Zapisy te są sprzeczne z treścią Załącznika nr 6, Załącznika nr 9 Wykaz Usług oraz SWZ gdzie jednym z kryteriów kwalifikacji było posiadaniem zdolności technicznej lub zawodowej:

b) terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie usług odpowiadających swoim zakresem przedmiotowi zamówienia niniejszego postępowania, tj.: zadanie nr 3:

-jednej usługi sprzątania terenów zewnętrznych utwardzonych o powierzchni minimum 80 000 m2 miesięcznie na podstawie maksymalnie dwóch umów trwających co najmniej 12 miesięcy każda; -jednej usługi utrzymania i pielęgnacji terenów zielonych o powierzchni 600 000 m2 miesięcznie na podstawie maksymalnie dwóch umów trwających co najmniej 12 miesięcy każda.

W przypadku usług wykonywanych Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli usługa jest wykonywana przez co najmniej 9 miesięcy.

Faktycznie Partnerzy Konsorcjum są zależni od wiedzy i doświadczenia Lidera Konsorcjum i nie spełniają samodzielnie kryteriów kwalifikacji udziału w postępowaniu, zawarte dane są nieprawdziwe, wprowadzają w błąd Zamawiającego co do spełniania kryteriów kwalifikacji, są sprzeczne z treścią Załącznika nr 6, 9 i 10, a więc nie spełniają warunków postępowania o zamówienie publiczne”.

W odpowiedzi na odwołanie z 10 stycznia 2023 r. złożonej przed oświadczeniem o częściowym uwzględnieniu odwołania Zamawiający wniósł o jego oddalenie, ale nie odniósł się do zarzutów dotyczących oferty Przystępującego. W zakresie zarzutu nr 3 Zamawiający zaprzeczył, by w jakikolwiek sposób utrudniał Odwołującemu dostęp do dokumentacji postępowania.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść SWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie i piśmie procesowym, 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 Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając, że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

Rozpoznając odwołanie Izba przeprowadziła dowody z:

1. dokumentacji postępowania, ze szczególnym uwzględnieniem SWZ wraz z załącznikami,
2. oferty Przystępującego ze szczególnym uwzględnieniem dokumentów złożonych na potrzeby wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu,
3. korespondencji Zamawiającego z Odwołującym w zakresie przekazania Odwołującemu określonych części dokumentacji postępowania,
4. dokumentów złożonych przez podmioty biorące udział w postępowaniu odwoławczym w toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron.

Izba ustaliła, co następuje:

Zarzut dotyczący odmowy udostępnienia Odwołującemu przez Zamawiającego całości dokumentacji dot. Zadania 3.

Zarzut ten oparty był na podejrzeniu Odwołującego, że Zamawiający po unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty jakie nastąpiło po uwzględnieniu odwołania KIO 3058/22 wytworzył jakieś dokumenty związane z dodatkową weryfikacją oferty Odwołującego. Odwołujący zakładał, że ta weryfikacja została w jakikolwiek sposób udokumentowana, stąd w sytuacji, gdy kierowane przez niego do Zamawiającego wnioski o udostępnienie stosownych dokumentów nie przynosiły spodziewanego efektu przyjął on, że Zamawiający te dokumenty zataił.

Po przeprowadzeniu dowodu z dokumentacji postępowania Izba uznała, że podejrzenia Odwołującego były niesłuszne. Weryfikacja oferty Odwołującego związana z uwzględnieniem odwołania KIO 3058/22 przez Zamawiającego nie miała żadnego pisemnego odzwierciedlenia. Tym samym Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie miał rację twierdząc, że żadnego dokumentu nie zataił przed Odwołującym.

W konsekwencji zarzut nr 3 podlegał oddaleniu.

Zarzuty dotyczące oferty Przystępującego

Biorąc pod uwagę sposób, w jaki sformułowane zostały zarzuty odwołania oraz uzasadnienie faktyczne tych zarzutów Izba pominęła w rozpoznawanych zarzutach kwestię ewentualnego naruszenia tych przepisów Pzp, które nie miały żadnego związku z oceną i wyborem najkorzystniejszej oferty w postępowaniu. Wobec treści uzasadnienia odwołania Izba uznała, że z poszanowaniem reguły zawartej w art. 555 Pzp (Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu) rozpoznaniu podlegają zarzuty zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego, jako wykonawcy podlegającemu wykluczeniu z postępowania

lub niespełniającemu warunków udziału w postępowaniu z przyczyn wymienionych w uzasadnieniu odwołania.

W zakresie wykraczającym poza zarzuty odwołania pominięte zostało stanowisko procesowe Odwołującego złożone w charakterze repliki na odpowiedź Zamawiającego na odwołanie.

W zakresie objętym zarzutami odwołania SWZ zawierała następujące wymogi dotyczące warunków udziału w postępowaniu:

„8. Informacja o warunkach udziału w postępowaniu.

4) zdolności technicznej lub zawodowej:

a) wykazanie się wykonaniem lub wykonywaniem w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie usług odpowiadających swoim zakresem przedmiotowi zamówienia niniejszego postępowania, tj.:

– jednej usługi sprzątania terenów zewnętrznych utwardzonych o powierzchni minimum 80 000 m² miesięcznie na podstawie maksymalnie dwóch umów trwających co najmniej 12 miesięcy każda;

– jednej usługi utrzymania i pielęgnacji terenów zielonych o powierzchni 600 000 m² miesięcznie na podstawie maksymalnie dwóch umów trwających co najmniej 12 miesięcy każda.

W przypadku usług wykonywanych Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli usługa jest wykonywana przez co najmniej 9 miesięcy.

b) dysponowanie 2 pracownikami – ogrodnikami, tj. osobami posiadającymi wykształcenie zawodowe ogrodnicze lub rolnicze i doświadczenie zawodowe ogrodnicze lub rolnicze minimum 2-letnie”.

W zakresie podmiotowych środków dowodowych Zamawiający wymagał:

1. wykazu usług wykonanych lub wykonywanych w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wraz z podaniem informacji odpowiadających wymogom warunku udziału w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej (załącznik nr 9);

2. wykazu osób „z podaniem danych osobowych 2 pracowników - ogrodników posiadającymi wykształcenie zawodowe ogrodnicze lub rolnicze i doświadczenie zawodowe ogrodnicze lub rolnicze minimum 2 letnie oraz wskazaniem podstawy dysponowania pracownikami”.

6 grudnia 2022 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych, w tym wykazu usług i wykazu osób.

W odpowiedzi Przystępujący złożył wymagane dokumenty, przy czym w treści wykazu usług, w rubryce „Rodzaj usługi”, przy każdym z czterech wskazanych zadań wskazał „sprzątania terenów zewnętrznych utwardzonych o powierzchni minimum 80 000 m² miesięcznie, oraz usługa utrzymania i pielęgnacji terenów zielonych o powierzchni 600 000 m² miesięcznie”. Odwołujący nie kwestionował takiego sposobu wykazania się wymaganym przez Zamawiającego doświadczeniem. W toku rozprawy między stronami nie było sporu, co do faktu, że ze względu na sezonowy charakter prac przy utrzymaniu i pielęgnacji terenów zielonych Zamawiający dopuszczał wykazanie się realizacją usług, które trwały minimum

12 miesięcy i nie obejmowały comiesięcznej pracy na wskazanej w warunku powierzchni tych terenów.

W wykazie usług Przystępujący powołał się na realizację następujących zadań:

1. Podmiot na rzecz którego została wykonana usługa: 31 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Zgierzu,

Miejsce wykonania: Teren kompleksów wojskowych administrowany przez 31 WOG:

Data (okres) wykonania: 01.12.2017-30.11.2019,

Powierzchnia w m² miesięcznie wykonanej usługi:

- teren zewnętrzny – 722.094,36 m²,
- teren zielony – 1.230.521,19 m²;

2. Podmiot na rzecz którego została wykonana usługa: 22 Baza Lotnictwa Taktycznego w Malborku,

Miejsce wykonania: 22 Baza Lotnictwa Taktycznego,

Data (okres) wykonania: 01.06.2017-01.06.2020,

Powierzchnia w m² miesięcznie wykonanej usługi:

- teren zewnętrzny – 207.281,50 m²,
- teren zielony – 490.685 m²;

3. Podmiot na rzecz którego została wykonana usługa: 22 Baza Lotnictwa Taktycznego w Malborku,

Miejsce wykonania: Jednostka Wojskowa w Pruszczu Gdańskim,

Data (okres) wykonania: 01.06.2017-01.06.2020,

Powierzchnia w m² miesięcznie wykonanej usługi:

- teren zewnętrzny – 114.222,13 m²,
- teren zielony – 321.136,1 m²;

4. Podmiot na rzecz którego została wykonana usługa: 11 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Bydgoszczy,

Miejsce wykonania: 11 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Bydgoszczy,

Data (okres) wykonania: 01.12.2017-20.11.2021,

Powierzchnia w m² miesięcznie wykonanej usługi:

- teren zewnętrzny – 324.613,80 m²,
- teren zielony – 382.0354,40 m².

Na potwierdzenie należytej realizacji powyższych usług Przystępujący złożył referencje.

Odwołujący nie kwestionował w odwołaniu referencji wystawionych przez 22 Bazę Lotnictwa Taktycznego w Malborku. Zarzuty dotyczące tej usługi pojawiły się dopiero w piśmie procesowym Odwołującego i zostały uznane przez Izbę za spóźnione.

W odniesieniu do usługi wykonanej na rzecz 31 WOG w Zgierzu Izba uznała, że mieściła się ona w określonym w warunkach udziału w postępowaniu trzyletnim okresie liczonym do dnia składania ofert (20 września 2022 r.). Odwołujący nie uzasadnił z kolei z jakiej okoliczności wywodził, że referencje dotyczące usługi na rzecz tego zamawiającego utraciły swoją ważność. W konsekwencji, wobec faktu, że usługi wskazane w punktach 1 do 3 były wystarczające do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych (zgodnie ze sposobem w jaki strony rozumiały sens tego warunku) zarzuty Odwołującego dotyczące referencji wystawionych przez 11 WOG w Bydgoszczy na rzecz konsorcjum w skład którego wchodziła spółka Impel Facilities Services Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu nie mogły doprowadzić do uznania, że Przystępujący nie spełnił warunków udziału w postępowaniu.

Jako jeden z wymaganych przez Zamawiającego podmiotowych środków dowodowych Przystępujący złożył również wykaz osób. W dokumencie tym wpisany został m. in. p. Michał Partyka. Przystępujący jako podstawę dysponowania osobą wpisał „bezpośrednie dysponowanie / pełnomocnik firmy”. Odwołujący kwestionował podstawę dysponowania podważając umocowanie p. Partyki do reprezentacji jednego z konsorcjantów Przystępującego. W toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron Przystępujący złożył jednak dowody potwierdzające prawdziwość twierdzenia, że p. Partyka jest umocowany do reprezentacji R. P. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Paroks R. P. z siedzibą w Pępicach. Tym samym Przystępujący udowodnił prawdziwość informacji zawartych w wykazie osób w zakresie kwestionowanym przez Odwołującego.

Podkreślenia wymaga przy tym, że Odwołujący skoncentrował się na podważeniu umocowania p. P. do reprezentacji R. P. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Paroks R. P. z siedzibą w Pępicach, nie wyjaśnił jednak z jakich powodów kwestia ta miałaby prowadzić do wniosku o nieprawdziwości informacji zawartej w wykazie osób o bezpośrednim dysponowaniu p. P. przez Przystępującego.

Z powyższych względów Izba uznała, że Odwołujący nie określił przyczyn, dla których informacje zawarte w wykazie osób Przystępującego miałyby nie potwierdzać spełnienia przez Przystępującego warunku udziału w postępowaniu.

Oddaleniu podlegały pozostałe zarzuty skierowane przeciwko Przystępującemu i jego ofercie wskazane w uzasadnieniu odwołania. Izba wskazuje, że podstawowym obowiązkiem odwołującego jest jasne sformułowanie zarzutów tj. wyjaśnienie z jakich okoliczności i dlaczego odwołujący wywodzi, że Izba powinna orzec na jego korzyść. W przypadku przedmiotowego odwołania obowiązek ten nie został w znacznej mierze wypełniony – część twierdzeń Odwołującego została sformułowana w sposób chaotyczny i niezrozumiały. Przesądziło to o oddaleniu odwołania – Izba nie może się domyślać istoty i sensu podniesionych zarzutów.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: