

Sygn. akt: KIO 267/22

KIO 268/22

WYROK

z dnia 15 lutego 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 lutego 2022 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 31.01.2022 r. przez wykonawcę: **W. D. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą "ARBOR" W. D., ul. ks. Ignacego Czechowskiego 2d/lok. 4, 64-800 Chodzież (KIO 267/22);**
- B. w dniu 31.01.2022 r. przez wykonawcę: **W. D. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą "ARBOR" W. D., ul. ks. Ignacego Czechowskiego 2d/lok. 4, 64-800 Chodzież (KIO 268/22);**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Miejska w Chodzieży, ul. Paderewskiego 2, 64-800 Chodzież,**

przy udziale:

- A. wykonawcy: **T. D. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Komunalnych T. D., ul. Młyńska 4, 64-800 Chodzież** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 267/22 po stronie zamawiającego;
- B. wykonawcy: **M. D. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą "Zieleń" Zakład Usługowo-Handlowy M. D., ul. Leśna 58A/3, 64-800 Chodzież** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 268/22 po stronie zamawiającego,

orzeka:

- 1. oddala odwołania;**

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: wykonawcę: **W. D. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą "ARBOR" W. D.**, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **W. D. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą "ARBOR" W. D. ul. ks. Ignacego Czechowskiego 2d/lok. 4, 64-800 Chodzież** tytułem wpisów od odwołań, w tym:

2.1.1. kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **W. D. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą "ARBOR" W. D. ul. ks. Ignacego Czechowskiego 2d/lok. 4, 64-800 Chodzież** tytułem wpisu od odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 267/22;

2.1.2. kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **W. D. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą "ARBOR" W. D. ul. ks. Ignacego Czechowskiego 2d/lok. 4, 64-800 Chodzież** tytułem wpisu od odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 268/22;

2.2. zasądza od wykonawcy: **W. D. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą "ARBOR" W. D. ul. ks. Ignacego Czechowskiego 2d/lok. 4, 64-800 Chodzież** na rzecz zamawiającego: **Gmina Miejska w Chodzieży, ul. Paderewskiego 2, 64-800 Chodzież** kwotę **5 463 zł 27 gr** (słownie: pięć tysięcy czterysta sześćdziesiąt trzy złote dwadzieścia siedem groszy) tytułem kosztów poniesionych na wynagrodzenie pełnomocnika w sprawie o sygn. akt KIO 267/22 i o sygn. akt KIO 268/22 oraz dojazdu na posiedzenie w sprawie o sygn. akt KIO 268/22.

Stosownie do art. 579 ust.1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący

**Sygn. akt: KIO 267/22
KIO 268/22**

Uzasadnienie

KIO 267/22

Zamawiający Gmina Miejska w Chodzieży prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym pn.: „Utrzymanie terenów zielonych oraz prace związane z utrzymaniem dróg gruntowych i wewnętrznych na terenie miasta Chodzieży w 2022r.” Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2021/BZP 00305459/01 z dnia 8 grudnia 2021 r.

Zamawiający przekazał wykonawcom informację o odrzuceniu oferty złożonej przez wykonawcę W. D. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą W. D. „ARBOR” z siedzibą w Chodzieży oraz o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę T. D. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Komunalnych T . D. z siedzibą w Chodzieży w dniu 24.01.2022 r.

KIO 268/22

Zamawiający Gmina Miejska w Chodzieży prowadzi także postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym pn.: „Omiatanie i zimowe utrzymanie ulic na terenie miasta Chodzieży w 2022 r.” Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2021/BZP 00309010/01 z dnia 10 grudnia 2021 r.

Zamawiający przekazał wykonawcom informację o odrzuceniu oferty złożonej przez wykonawcę W. D. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą W. D. „ARBOR” z siedzibą w Chodzieży oraz o wyborze oferty najkorzystniejszej w dniu 24.01.2022 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty złożonej przez wykonawcę M. D. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowo – Handlowy „ZIELEŃ” M. D. z siedzibą w Chodzieży.

KIO 267/22

Wykonawca W. D. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą W. D. „ARBOR” na podstawie art. 513 pkt 1 w zw. z art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy z dnia 11.09.2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) zwanej dalej „Pzp”, wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegających na:

1. odrzuceniu oferty Odwołującego pomimo, że Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz nie podlega wykluczeniu z postępowania;
2. zaniechaniu przedstawienia uzasadnienia faktycznego i prawnego decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego.

Odwołujący zarzucił naruszenie przez Zamawiającego następujących przepisów:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. a w związku z art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp, poprzez odrzucenie oferty odwołującego i uznanie, że odwołujący podlega wykluczeniu z uwagi na wprowadzenie zamawiającego w błąd „przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych” – podczas, gdy odwołujący przedstawił na wezwanie zamawiającego informacje zgodne z rzeczywistością, natomiast zamawiający w decyzji o odrzuceniu oferty nie wskazał żadnych informacji, które zawierałyby dane nieprawdziwe, które mogłyby wprowadzić zamawiającego w błąd;
- 2) art. 253 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie podania uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty odwołującego, podczas gdy ustawodawca nakłada na zamawiającego obowiązek wskazania szczegółowych informacji uzasadniających podjęcie decyzji o odrzuceniu oferty.
- 3) art. 16 pkt 1 i 2 Pzp, poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niegwarantujący zachowania równego traktowania wykonawców oraz w sposób niegwarantujący zachowanie zasady przejrzystości w związku z brakiem udostępnienia informacji, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności oceny ofert, w tym wyboru oferty wykonawcy Zakład Usług Komunalnych T. D. jako najkorzystniejszej,
- przeprowadzenia ponownej oceny ofert i dokonania ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty,
- zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji.

Odwołujący wyjaśnił, że jego oferta jest najkorzystniejszą ofertą (pod względem ceny oraz pozostałych kryteriów łącznie) złożoną w postępowaniu. Zamawiający niezasadnie odrzucił ofertę uznając, że zachodzą przesłanki do jego wykluczenia co jest decyzją rażąco naruszającą przepisy ustawy, zwłaszcza, że Zamawiający nie uzasadnił w żaden sposób podstaw podjęcia ww. decyzji.

Przedmiotem postępowania jest usługa polegająca na utrzymaniu na terenie miasta Chodzieży terenów zielonych: parków i rond (na powierzchni 13 745,00 m²), skwerów (na powierzchni 7 890,00 m²), ciągów pieszych i deptaków (na powierzchni 29 910,00 m²), zieleni w ciągach ulic (na powierzchni 39 916,00 m²), terenów zrewitalizowanych (na powierzchni 13 550,00 m²), terenów osiedli mieszkaniowych i parkingów (na powierzchni 27 495,00 m²) poprzez: w okresie zimowym odśnieżanie, likwidacja gołoledzi; opróżnianie

koszy, przegląd drzewostanu, wykonanie dekoracji przedświątecznej, usuwanie zagrożenia w zakresie bezpieczeństwa ze strony drzew uszkodzonych, utrzymanie ciągów spacerowych oraz obsadzenie kwiatami rabat kwiatowych, montaż i renowacja ławek oraz koszy na śmieci, utrzymanie obiektów kultu pamięci narodowej, koszenie terenów (pobocza, skarpy) a także oczyszczanie jezdni przy krawężniku i czyszczenie studzienek ściekowych kanalizacji.

W związku z tym, że oferta Odwołującego została najwyżej oceniona (oferta najkorzystniejsza cenowo, jak i ze względu na pozostałe kryteria łącznie) Zamawiający działając na podstawie art. 274 ust. 1 Pzp wezwał Odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych. Odwołujący przedstawił podmiotowe środki dowodowe zgodnie z wezwaniem oraz zgodnie z postanowieniami SWZ. W odpowiedzi Zamawiający wzywał wielokrotnie Odwołującego do udzielenia wyjaśnień, na które Odwołujący odpowiadał. W konsekwencji Zamawiający w dniu 24.01.2022 r. poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę „Zakład Usług Komunalnych T. D.” oraz o odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego.

Zamawiający poinformował Odwołującego, że jego oferta została odrzucona na podstawie „*art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. a, ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.; dalej ustawy PZP), zgodnie z którym „Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania”.*

Zamawiający, uzasadniając powyższą decyzję w istocie zacytował kierowaną do Odwołującego korespondencję oraz składane przez niego wyjaśnienia. Poza powyższymi cytatami Zamawiający nie wskazał jakichkolwiek okoliczności lub też podstaw podjęcia ww. decyzji.

W treści wezwań o udzielenie wyjaśnień Zamawiający nigdy nie sformułował jakichkolwiek wątpliwości dotyczących złożonych podmiotowych środków dowodowych ze względu na ich prawdziwość czy zgodność ze stanem rzeczywistym. Zamawiający podczas badania i oceny złożonych ofert prowadził korespondencję z Odwołującym w całkowicie w innym zakresie, a mianowicie żądał przedstawienia dodatkowych dokumentów od podmiotów trzecich (niezgodnie z przepisami Pzp).

Odwołujący podkreślił, że z uzasadnienia odrzucenia oferty nie sposób wywieść podstaw zastosowania przepisu art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp. Odwołujący nie wie co Zamawiający uznał za błąd czy też jakie informacje stanowią zdaniem zamawiającego błąd. Zamawiający ograniczył się jedynie do zacytowania przepisu ustawowego.

Działanie takie jest oczywiście nieprawidłowe i stanowi rażące naruszenie przepisów ustawy Pzp. Zamawiający bowiem powinien prowadzić postępowanie zgodnie z procedurą określoną w ustawie, a co za tym idzie dokonywać czynności zgodnych z właściwymi przepisami oraz postanowieniami SWZ. Tym samym skoro Zamawiający zastosował wobec

wykonawcy przepis art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp to powinien tą okoliczność wykazać. Nie jest bowiem dopuszczalne gołosłowne stosowanie przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania.

W związku z powyższym, odwołujący podczas postępowania odwoławczego może jedynie oświadczyć, że żadna z przesłanek zawartych w art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp (określonych powyżej) nie miała miejsca – w szczególności, nie nastąpiło ani wprowadzenie Zamawiającego w błąd, ani przedstawienie informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd, a Odwołujący postępował z zachowaniem należytej staranności, w związku z czym absolutnie nie można mu zarzucić zamierzonego działania, rażącego niedbalstwa, ani też lekkomyślności lub niedbalstwa.

Odwołujący wskazał, że ww. przepis, stanowiący podstawę wykluczenia Odwołującego ma charakter ekstraordynaryjny i ich zastosowanie stanowi wyjątek, a nie zasadę. Tym samym, „*ratio legis*” tych uregulowań jest eliminacja z postępowań takich wykonawców, których działanie cechuje zamiar wprowadzenia w błąd zamawiającego, a także wykonawców, którzy wprowadzają Zamawiającego w błąd na skutek swojego lekkomyślnego lub niedbałego zachowania.

Obowiązkiem Zamawiającego jest wykazanie (udowodnienie) zastosowanej podstawy odrzuceniu oferty wykonawcy. W tym przypadku Zamawiający uznał, że wobec wykonawcy zachodzą podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp, a co za tym idzie prawnym obowiązkiem Zamawiającego było wykazanie podstaw tej decyzji w uzasadnieniu odrzucenia oferty. Trudno jednak mówić, że Zamawiający nie sprostął ciężarowi wykazania istnienia przesłanek, bowiem nie podjął nawet takiej próby ograniczając się jedynie do zacytowania przepisów ustawy. Powyższe oznacza, że oferta Odwołującego została odrzucona bezpodstawnie.

Zgodnie z art. 253 ust. 1 pkt 2 Pzp, zamawiający niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone - podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Zamawiający naruszył ww. przepisy bowiem nie zawarł żadnego uzasadnienia faktycznego, tzn. nie wskazał na żadne okoliczności i fakty, które uzasadniałyby podjęcie decyzji o odrzuceniu oferty ze względu na istnienie przesłanki, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Identycznie należy ocenić brak uzasadnienia prawnego – Zamawiający bowiem jedynie zacytował przepis art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp. Oznacza to, że Zamawiający zaniechał czynności do której zobowiązuje go ustawa w art. 153 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Wykonawca T. D. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Komunalnych T. D. z siedzibą w Chodzieży zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Wniósł o oddalenie odwołania.

Pismem z dnia 9 lutego 2022 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania i zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania w tym kosztów reprezentacji oraz o przeprowadzenia dowodów z dokumentów na podstawie art. 536 Pzp, zobowiązanie wykonawcy do złożenia dokumentów:

a) dokumentów potwierdzających dokonanie zapłaty za wykonaną usługę przez Odwołującego na rzecz B. P. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Firma Usługowo – Handlowa Betina, ul. Rogozińska 9 64-840 Budzyń, na kwotę 413.928, 31 zł w okresie 01.03.2019 do 29.02.2020 oraz na kwotę 465.567,97 zł w okresie od 01.03.2020 r. do 28.02.2021 r.

b) dowodów księgowych – faktur VAT, potwierdzających wykonanie usług na rzecz podmiotu B. P. prowadząca działalność gospodarczą pod firma Firma Usługowo – Handlowa Betina, ul. Rogozińska 9, 64-840 Budzyń na kwotę 413.928, 31 zł, w okresie 01.03.2019 – 29.02.2020 oraz na kwotę 465.567,97 zł. w okresie od 01.03.2020r. do 28.02.2021r

c) umowy zawartej z Firmą Usługowo – Handlowa Betina, ul. Rogozińska 9, 64-840 Budzyń a Odwołującym w zakresie potwierdzającym udział w przetargu: utrzymania terenów zielonych , omiatanie ulic, chodników, sadzenie roślin na powierzchni 21 ha w okresie od 01.03.2019r. do 29.02.2020 r. o wartości 413.928,31 zł oraz utrzymania terenów zielonych , omiatanie ulic, chodników, sadzenie roślin na powierzchni 24,3 ha w okresie od 01.03.2020r. do 28.02.2021 r. o wartości 463.567,97 zł

Zamawiający zaprzeczył twierdzeniom Odwołującego.

Zamawiający wyjaśnił, że w dniu 22 grudnia 2021 r. na podstawie art. 274 ust. 2 Pzp wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień podmiotowych środków dowodowych oraz dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu m.in. w zakresie:

- Zdolność techniczna lub zawodowa: *„Zamawiający uzna ww. warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że wykonał nie wcześniej niż w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy –w tym okresie, co najmniej jedno zamówienie polegające na utrzymaniu zieleni na powierzchni min. 70000 m² nieprzerwanie przez okres 12 miesięcy o wartości min. 400000,00 PLN, wraz z załączeniem dokumentów potwierdzających, że usługa została wykonana należycie, a w tym:*

- 1) utrzymywał zielenią ozdobną na terenie otwartym (ronda, skwery itp.), na powierzchni min. 600 m²;
- 2) utrzymywał na terenie otwartym rabaty kwiatowe (ronda, skwery itp.) na powierzchni min. 5000 m²;
- 3) wykonał nasadzenia kwiatów na terenach otwartych (ronda, skwery itp.) w ilości min. 8 tys. sztuk;
- 4) wykonywał koszenie trawników w parkach, ciągach spacerowych, pieszo-rowerowych oraz ulicach w okresie wiosenno-jesiennym na powierzchni min. 30000 m²;
- 5) zamyślał ciągi piesze w parkach, ścieżki spacerowe i pieszo-rowerowe oraz ulice w okresie wiosenno-jesiennym, a w okresie zimowym je odśnieżał na powierzchni min. 30000 m²;
- 6) remontował i montował ławki parkowe w ilości min. 30 szt.,
- 7) remontował (w tym malowanie metodą natryskową) i osadzał kosz w ilości min 30 szt.,
- 8) oczyszczanie ulicznych wpustów kanalizacji deszczowej, w ilości 15 szt.”

Odwołujący w dniu 27grudnia 2021 r. złożył następujące dokumenty:

1) w tzw. „wykazie usług do postępowania”, wykazał, iż w okresie od 1.03.2019 do 29.02.2020 oraz od 01.03.2020 do 28.02.2021 „utrzymywał tereny zielone” itd. odpowiednio na powierzchni 21 ha i 24,3 ha, tj. 210000 m² i 243000 m². W wykazie wskazał firmę F.H.U „BETINA” B. P. jako „zleceniodawcę” tychże robót. Dodatkowo złożył następujące referencje wydane przez Firmę Usługowo-Handlową „BETINA” B. P., z siedzibą przy ul. Rogozińskiej 9, 64-840 Budzyń:

2) referencje wydane w Budzynie z dnia 06.05.2020, wskazujące, że „Firma ARBOR W. D.z siedzibą w Chodzieży przy ul. Czechowskiego 2D/4 w okresie oddnia 01.03.2019 do dnia 29.02.2020 zajmowała się utrzymaniem terenów zielonych oraz ulic i ciągów pieszych na terenie miast i wspólnot mieszkaniowych o łącznej powierzchni 21 ha. Zakres prac obejmował: koszenie trawy, usuwanie odpadów, opróżnianie koszy, naprawę i wymianę elementów małej architektury, dbanie o place zabaw, sadzenie oraz zabiegi pielęgnacyjne zieleni niskiej i wysokiej oraz utrzymanie cieków wodnych. Wartość prac wyniosła 413.928,31 zł. Firma posiada wykwalifikowany zespół oraz niezbędny sprzęt i uprawnienia, co pozwala na profesjonalną realizację zadań. Powierzone prace zostały wykonane należyście i w wyznaczonym terminie.”

3) referencje wydane w Budzynie z dnia 15.03.2021, wskazujące, że „Firma ARBOR W. D.z siedzibą w Chodzieży przy ul. Czechowskiego 2D/4 w okresie od dnia 01.03.2020 do dnia 28.02.2021 zajmowała się utrzymaniem terenów zielonych oraz ulic i ciągów pieszych na terenie miast i wspólnot mieszkaniowych o łącznej powierzchni 24,3 ha. Zakres prac obejmował: koszenie trawy, usuwanie odpadów, opróżnianie koszy, naprawę i wymianę elementów małej architektury, utrzymanie psich wybiegów, dbanie o place zabaw, sadzenie

oraz zabiegi pielęgnacyjne zieleni niskiej i wysokiej, utrzymanie cieków wodnych oraz infrastruktury odprowadzającej wodę. Wartość prac wyniosła 465.567,97 zł. Firma posiada wykwalifikowany zespół oraz niezbędny sprzęt i uprawnienia, co pozwala na profesjonalną realizację zadań. Powierzone prace zostały wykonane należyście i w wyznaczonym terminie.”

Zamawiający w dniu 27 grudnia 2021 r. ponownie wezwał Odwołującego do przedłożenia brakujących dokumentów lub złożenia wyjaśnień w zakresie:

„nieprzerwanie przez okres 12 miesięcy o wartości min. 400000,00 PLN, wraz z załączeniem dokumentów potwierdzających, że usługa została wykonana należyście.” Jednakże nie wykazał spełnienia szczegółowych warunków, których wymaga Zamawiający (patrz ust. 7 punkty 1-8).

1) utrzymywał zielenią ozdobną na terenie otwartym (ronda, skwery itp.), na powierzchni 4500 m² (Zamawiający żądał min. 600 m²)

2) utrzymywał na terenie otwartym rabaty kwiatowe (ronda, skwery itp.) na powierzchni 11300 m²(min. 5000 m²);

3) wykonał nasadzenia kwiatów na terenach otwartych (ronda, skwery itp.) w ilości 12000 szt. (min. 8 tys. sztuk);

4) wykonywał koszenie trawników w parkach, ciągach spacerowych, pieszo-rowerowych oraz ulicach w okresie wiosenno-jesiennym na powierzchni 12 ha, tj. 120000 m²(min. 30000 m²);

5) zamykał ciągi piesze w parkach, ścieżki spacerowe i pieszo-rowerowe oraz ulice w okresie wiosenno-jesiennym, a w okresie zimowym je odśnieżał na powierzchni 7,5 ha, tj. 75000 m²(min. 30000 m²);

6) remontował i montował ławki parkowe w ilości 52 szt. (min. 30 szt.);

7) remontował (w tym malowanie metodą natryskową) i osadzał kosz w ilości 67 szt. (min 30 szt.);

8) oczyszczał uliczne wpusty kanalizacji deszczowej, w ilości 22 szt. (min. 15 szt.).”

Wykonawca w dniu 28 grudnia 2021 r. uzupełnił dokumenty o:

1. rozszerzony wykaz usług, w ramach którego oświadczył, że:

1) utrzymywał zielenią ozdobną na terenie otwartym (ronda, skwery itp.), na powierzchni 4500 m² (Zamawiający żądał min. 600 m²);

2) utrzymywał na terenie otwartym rabaty kwiatowe (ronda, skwery itp.) na powierzchni 11300 m²(min. 5000 m²);

3) wykonał nasadzenia kwiatów na terenach otwartych (ronda, skwery itp.) w ilości 12000 szt. (min. 8 tys. sztuk);

4) wykonywał koszenie trawników w parkach, ciągach spacerowych, pieszo-rowerowych oraz ulicach w okresie wiosenno-jesiennym na powierzchni 12 ha, tj. 120000 m² (min. 30000 m²);

- 5) zamiatał ciągi piesze w parkach, ścieżki spacerowe i pieszo-rowerowe oraz ulice w okresie wiosenno-jesiennym, a w okresie zimowym je odśnieżał na powierzchni 7,5 ha, tj. 75000 m² (min. 30000 m²);
- 6) remontował i montował ławki parkowe w ilości 52 szt. (min. 30 szt.);
- 7) remontował (w tym malowanie metodą natryskową) i osadzał kosze w ilości 67 szt. (min 30 szt.);
- 8) oczyszczał uliczne wpusty kanalizacji deszczowej, w ilości 22 szt. (min. 15 szt.).

Dotychczas przekazane przez wykonawcę dokumenty, potwierdzające zdolność techniczną lub zawodową wzbudziły uzasadnione wątpliwości Zamawiającego.

Zamawiający ze zdziwieniem przyjął, że tym „jednym zamówieniem” polegającym na „utrzymaniu zieleni na powierzchni min. 70 000 m² nieprzerwanie przez okres 12 miesięcy o wartości min. 400000,00 PLN” było zamówienie wykonywane „na terenie miast i wspólnot mieszkaniowych” dla firmy prywatnej - Firma Usługowo-Handlowa „BETINA” B. P., z siedzibą przy ul. Rogozińskiej 9, 64-840 Budzyń, która zgodnie z wpisem w CEiDG zajmuje się (przeważająca działalność gospodarcza) działalnością rachunkowo-księgową i doradztwem podatkowym. Z treści referencji tejże firmy wynikało, iż powierzyła ona Odwołującemu usługi o wartości 413.928,31 zł i 465.567,97 zł, odpowiednio na ogromniej przestrzeni 210000 m² i 243000 m², zlokalizowanym na bliżej niezidentyfikowanym obszarze „terenu miast i wspólnot mieszkaniowych”. Referencje w żaden sposób nie wspominały jednak m.in. o zimowym utrzymaniu ulic, o czym wspominał Zamawiający w wezwaniu. Referencje w tym zakresie wzbudziły wątpliwości Zamawiającego również z tego powodu, iż niewykwalifikowana w tym zakresie firma potwierdza należyte wykonanie tych zadań. Z doświadczenia Zamawiającego wynika, że tego typu referencje wydaje zarządca drogi bądź zarządca wspólnoty lub spółdzielni mieszkaniowej.

Zamawiający w dniu 29 grudnia 2021 r. wystąpił do Firmy Usługowo-Handlowej „BETINA” B. P. o potwierdzenie wystawionych referencji oraz o wskazanie szczegółowej lokalizacji / umiejscowienia wykonanych usług, ze wskazaniem miejscowości i ulic dla tych lokalizacji. Zamawiający prosi ponadto o przekazanie informacji czy wykonawca realizował przedmiotowe usługi jako główny wykonawca czy w charakterze podwykonawcy.

Firma Usługowo-Handlowa „BETINA” B. P. w dniu 4 stycznia 2021r. potwierdziła, że wystawione referencje dla Odwołującego są prawdziwe. Wskazała przy tym, że prace wykonywane były „dla Wspólnot Mieszkaniowych i deweloperów w miejscowościach: Poznań, Piła, Szamotuły, Oborniki, Wągrowiec os. Piaskowe, Rogoźno Cieśle, Czarnków, Trzcianka, Budzyń, Chodzież”. Wskazała przy tym, że „ogólny zakres wykonywanych prac polegał m.in. na całorocznym utrzymaniu terenów, w skład, którego wchodziło koszenie traw, sadzenie roślin, zamykanie i odśnieżanie dróg i parkingów”.

Powyższa odpowiedź pogłębiła wątpliwości Zamawiającego. Wynikało z niej, że wszystkie wykonywane prace realizowane były nie na drogach publicznych, a drogach i terenach wewnętrznych wspólnot mieszkaniowych i deweloperów. Wątpliwym wydaje się Zamawiającemu by znany mu wykonawca utrzymywał równolegle, nieprzerwanie przez 12 miesięcy, teren wspólnot mieszkaniowych w tylu odległych od siebie miejscowościach. Wątpliwym również wydaje się by Odwołujący wykonywał „jedno zamówienie polegające na utrzymaniu zieleni na powierzchni min. 70000 m². W rozumieniu Zamawiającego, potencjalnie wykonywał on wiele zamówień dla różnych podmiotów na sumarycznej wymaganej powierzchni.

Zamawiający, równolegle, w dniu 29 grudnia 2021 r. wystąpił do Odwołującego o złożenie dodatkowych wyjaśnień dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, a mianowicie: wskazanie podmiotów na rzecz których realizowane były wskazane usługi, szczegółową lokalizację/umiejscowienie wykonywanych usług oraz czy Wykonawca realizował przedmiotowe usługi jako główny wykonawca czy w charakterze podwykonawcy.

Odwołujący w dniu 31 grudnia 2021 r. wskazał, że „w przedłożonych środkach dowodowych „referencje” występował jako „*podwykonawca firmy FHU BETINA B. P., z siedzibą w Budzynie przy ulicy Rogozińskiej 9*”. Wskazał ponadto, że „*z tego powodu, mogę jedynie wskazać przybliżone lokalizacje wykonywanych usług oraz podmioty na rzecz których te usługi były wykonywane: wspólnoty mieszkaniowe w Czarnkowie, Budzynie, Chodzieży, Cieśli, Rogoźnie, Wągrowcu, Poznaniu, Trzciance, Pile; firmy deweloperskie Comvest, Pilbuilding, Onyx Development*”.

Wyjaśnienia Odwołującego nie rozwiały wątpliwości Zamawiającego – wręcz przeciwnie wzbudziły obawy poświadczania przez niego i firmę BETINA nieprawdy. Zdecydowanie wątpliwym wydaje się podwykonywanie przez Odwołującego tychże prac dla firmy FHU BETINA B. P.. Świadczyłyby to o tym, iż to firma BETINA podpisywała umowę na utrzymanie terenów (w tym zimowe utrzymanie dróg) z wymienionymi wspólnotami, nie wykonując nawet takiej działalności gospodarczej (patrz CEiDG). Jedyne dwa posiadane kody PKD , choć trochę zbliżone do wykonywania usługi utrzymania terenów to 81.21.Z Niespecjalistyczne sprzątnięcie budynków i obiektów przemysłowych, 81.30.Z Działalność usługowa związana z zagospodarowaniem terenów zieleni. Wydaje się niezwykle wątpliwe by tyle podmiotów zlecało utrzymanie zieleni, zamykanie ciągów pieszych w parkach, ścieżek spacerowych i pieszo- rowerowych oraz ulic w okresie wiosenno-jesiennym, a w okresie zimowym ich odśnieżanie itp. podmiotowi nie realizującemu tego typu działalności gospodarczej. Utrzymanie dróg z uwagi na charakter tego obowiązku wiąże się z ogromną odpowiedzialnością po stronie zarządcy drogi, ryzyko związane z ewentualną odpowiedzialnością odszkodowawczą za należyte jej utrzymanie jest bardzo wysokie. Firmy ubezpieczeniowe w pierwszej kolejności kwestionują wszelkie uchybienia, w zakresie

realizacji tego obowiązku i ewentualnej odpowiedzialności odszkodowawczej. Mało prawdopodobne jest, aby zarządca drogi powierzył takiemu podmiotowi, świadczącemu usług na taką skalę.

Ponadto, bardzo wątpliwym jest aby na terenie wspólnot mieszkaniowych i terenów deweloperskich znajdowały się parki, ścieżki pieszo rowerowe i ulice. Niewiarygodna jest również nieznajomość i niemożliwość wskazania przez Odwołującego lokalizacji wykonywanych prac, gdyż jak wskazuje był jedynie „podwykonawcą”. Nie przeszkadza mu to jednak w szczegółowym wskazaniu naprawy 67 sztuk koszy na odpady, czy też oczyszczenia 22 szt. studzienek deszczowych.

Odwołujący, bez wezwania Zamawiającego, w dniu 3 stycznia 2022 r. złożył dodatkowe referencje, zgodnie z którymi wykonywał samodzielnie (a nie jako podwykonawca) zadania związane z utrzymaniem zieleni w Pile, Opolu, Sopocie i Poznaniu. Jednakże wskazane tam usługi, nie były warunkiem udziału w niniejszym postępowaniu (np. cięcia koron drzew) lub nie spełniały warunków dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej – okresowość, powierzchnia i wartość prac.

Powyższe wątpliwości i uwagi poruszył również inny konkurent w tymże postępowaniu – T. D., Zakład Usług Komunalnych z siedzibą w Chodzieży.

Zamawiający, celem ostatecznego rozwiania swoich wątpliwości, w dniu 12 stycznia 2022 r. wezwał Odwołującego do przedstawienia umowy zawartej z Firmą Usługowo-Handlową „BETINA” B. P. oraz dokumentów potwierdzających dokonanie zapłaty za wykonanie dla niej usług na kwoty 413.928,31zł i 465.567,97 zł. Wobec w/w wątpliwości Zamawiający podejrzewał, że takie dokumenty nie istnieją, a wykonawca i firma BETINA mogą poświadczać nieprawdę.

Odwołujący w dniu 13 stycznia 2022 r. oświadczył, że *nie przedstawi wskazanych w wezwaniu z dnia 12.01.2022r. dokumentów w obawie o naruszenie zasad konkurencyjności.*

Zamawiający zauważył, że wykonawca w oświadczeniu z dnia 31 grudnia 2021 r. wskazał, że występował jako „podwykonawca firmy FHU BETINA B. P., z siedzibą w Budzynie przy ulicy Rogozińskiej 9” i że „z tego powodu, mogę jedynie wskazać przybliżone lokalizacje wykonywanych usług” mimo że wezwany został do wskazania szczegółowych lokalizacji. Natomiast w oświadczeniu z dnia 13 stycznia 2022 r. oświadczył, że w umowach i fakturach znajdują się dokładne kwoty za wykonanie poszczególnych prac, oraz wskazują one szczegółowe lokalizacje kontrahentów, ujawnienie tych danych spowoduje naruszenie konkurencji czyli dane te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zamawiający, pismem z dnia 17 stycznia 2022 r. poinformował Odwołującego, że złożenie dokumentów, o których mowa w piśmie z dnia 12 stycznia 2022 r. nie narusza zasad konkurencyjności. Pod rygorem odrzucenia oferty wezwał Odwołującego do przedstawienia żądanych dokumentów, tj. kopii umowy oraz dokumentów potwierdzających dokonanie

zapłaty –pomiędzy firmą ARBOR W. D. FHU Betina B. P.. Zamawiający wychodząc naprzeciw oczekiwaniom wykonawcy dopuścił częściowe zakrycie lub zanonimizowanie dokumentów.

Odwołujący w piśmie z dnia 18 stycznia 2022 r. poinformował Zamawiającego, że ten nie ma prawa żądać w/w dokumentów – a w związku z tym ich nie udostępni.

W związku z powyższym Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego. Dodatkowe wątpliwości Zamawiającego budziły identyczne graficznie (czcionka, format pisma i cyfr, umiejscowienie nagłówków, dat itp.) wzory oświadczeń firmy FHU Betina B. P. oraz ARBOR W. D.. W szczególności referencje firmy Betina z „Budzyń, 06.05.2020” i „Budzyń, 15.03.2021” oraz oświadczenia firmy ARBOR ... „Budzyń, 28.12.2021”, mimo że wcześniejsze oznaczone zostały miejscowo jako Chodzież, tj. siedziba firmy.

W zakresie podstaw zastosowania przesłanki wykluczenia – art.109 ust 1 pkt 8 Pzp - Zamawiający miał uzasadnione wątpliwości co do spełnienia warunku udziału w przetargu w zakresie zdolności technicznych i zawodowych. Zamawiający miał prawo i obowiązek podjąć czynności wyjaśniające te wątpliwości. Zamawiającemu nie można odmówić prawa do jakiegokolwiek konfrontacji zmierzającej do realnej oceny spełnienia warunków udziału w przetargu i sprowadzenia postępowania do formalnego sprawdzenia czy treść oświadczenia odpowiada treści warunków przetargu, czego domaga się Odwołujący. Takie stanowisko prezentuje Krajowa Izba Odwoławcza: np. wyrok KIO 2147/14.

Zamawiający podkreślił, że Odwołujący otrzymał informacje o wątpliwościach dotyczących referencji wydanych przez podmiot FHU Betina B. P.. Odwołujący nie wykazał w sposób niebudzący wątpliwości, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Zamawiający nie otrzymał żadnych informacji mogących posłużyć realnej ocenie spełnienia warunków udziału w przetargu. Nie jest prawdą jak wskazuje Odwołujący, że nie był wzywany do udzielenia wyjaśnień, i Zamawiający nie sformułował jakichkolwiek wątpliwości. O powyższym świadczy pismo Zamawiającego z dnia 29.12.2021, pismo z dnia 12.01.2022 r. , pismo z dnia 17.01.2022 r. Wątpliwości Zamawiającego zostały opisane szczegółowo w części I pisma, pojawiające się na każdym etapie kierowania konkretnych pytań i odpowiedzi wykonawcy.

Zamawiający podniósł, że został wprowadzony w błąd. W piśmie z dnia 31.12.2021 r. Zamawiający został poinformowany, że wykonawca wykonywał usługi jako podwykonawca i nie może podać lokalizacji, natomiast w piśmie z dnia 13.01.2022 r. wskazał, że nie może podać danych konkretnych albowiem są objęte tajemnicą przedsiębiorstwa i ujawnienie tych danych stanowi zagrożenie funkcjonowania jego firmy.

Odwołujący, powołuje się na naruszenie art.16 Pzp - naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania poprzez nakazanie ujawnienia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zdaniem Zamawiającego, tajemnica przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie może być przez przedsiębiorców traktowana w sposób instrumentalny i dowolny w każdej sytuacji, kiedy wykonawca ma problemy w wykazaniu spełniania warunków udziału w przetargu, bądź ich nie spełnia.

Zamawiający podkreślił, że nie można obarczać winą Zamawiającego za okoliczności leżące po stronie wykonawcy.

Analizując treść oświadczenia z dnia 13.01.2022 r., można stwierdzić, że wykonawca nie zrozumiał treści wezwania. Referencje przecież wystawiła firma FHU Betina B. P., która była głównym wykonawcą, wezwanie wprost dotyczyło umów łączących oba podmioty i dowodów księgowych wystawionych za usługi wykonane na rzecz tego konkretnego podmiotu w wysokości odpowiadającej kwocie : 413.928,31zł oraz 463.567,97zł. Zamawiający wskazał dodatkowo, że zgodnie z ustawą o podatku od towaru i usług – VAT, każdy podatnik jest obowiązany wystawić fakturę dokumentującą świadczenie usług, przy dzisiejszym rozwoju technologii, udostępnienie tego dokumentu nie wiąże się z nadmiernymi utrudnieniami dla wykonawcy. Dane te zostały ujawnione przez wykonawcę zgodnie z zasadą jawności. Podstawową zasadą jest zasada jawności - nie ujawnia się tajemnicy przedsiębiorstwa pod warunkiem wykazania przez wykonawcę zasadności tych zastrzeżeń. Na wykonawcy ciąży obowiązek „wykazania”, że spełnia przesłanki ustawy art.11 ust 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W niniejszym przypadku trudno jest mówić, że wykonawca cokolwiek wykazał, czy udowodnił, w jaki sposób przedłożenie dowodów wykonania usługi na rzecz FHU Betina B. P. naruszy tajemnicę jego przedsiębiorstwa. Zwłaszcza, że okoliczność spełniania warunków udziału w przetargu była również kwestionowana przez drugiego wykonawcę, który tak samo ma prawo do postępowania prowadzonego według uczciwych zasad, zapewniających zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania.

KIO 268/22

Wykonawca W. D.prowadzący działalność gospodarczą pod firmą W. D.„ARBOR" na podstawie art. 513 pkt 1 w zw. z art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegających na:

1. odrzuceniu oferty Odwołującego pomimo, że Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz nie podlega wykluczeniu z postępowania;
2. zaniechaniu przedstawienia uzasadnienia faktycznego i prawnego decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. a w związku z art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego i uznanie, że Odwołujący podlega wykluczenia z uwagi na

wprowadzenie zamawiającego w błąd „przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych” – podczas, gdy Odwołujący przedstawił na wezwanie Zamawiającego informacje zgodne z rzeczywistością, natomiast Zamawiający w decyzji o odrzuceniu oferty nie wskazał żadnych informacji, które zawierałyby dane nieprawdziwe, które mogłyby wprowadzić zamawiającego w błąd;

- 2) art. 253 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie podania uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty Odwołującego, podczas gdy ustawodawca nakłada na Zamawiającego obowiązek wskazania szczegółowych informacji uzasadniających podjęcie decyzji o odrzuceniu oferty.
- 3) art. 16 pkt 1 i 2 Pzp, poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niegwarantujący zachowania równego traktowania wykonawców oraz w sposób niegwarantujący zachowanie zasady przejrzystości w związku z brakiem udostępnienia informacji, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności oceny ofert, w tym wyboru oferty wykonawcy Zakład Usługowo – Handlowy „ZIELEŃ” M.D. jako najkorzystniejszej,
- przeprowadzenia ponownej oceny ofert i dokonania ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty,
- zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji.

Odwołujący wyjaśnił, że jego oferta jest najkorzystniejszą ofertą (pod względem ceny oraz pozostałych kryteriów łącznie) złożoną w postępowaniu. Zamawiający niezasadnie odrzucił ofertę uznając, że zachodzą przesłanki do jego wykluczenia Odwołującego, co jest decyzją rażąco naruszającą przepisy ustawy, zwłaszcza, że Zamawiający nie uzasadnił w żaden sposób podstaw podjęcia ww. decyzji.

Przedmiotem postępowania jest omywanie nawierzchni jezdni, chodników i placów. W okresie zimowym zamiast omywania obowiązuje odgarnianie śniegu z jezdni oraz chodników wraz z likwidacją gołoledzi.

W związku z tym, że oferta Odwołującego została najwyżej oceniona Zamawiający działając na podstawie art. 274 ust. 1 Pzp wezwał Odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych. Odwołujący przedstawił podmiotowe środki dowodowe zgodnie z wezwaniem zamawiającego oraz zgodnie z postanowieniami SWZ. W odpowiedzi

Zamawiający wzywał wielokrotnie Odwołującego o udzielenie wyjaśnień, na które Odwołujący odpowiadał.

Zamawiający poinformował Odwołującego, że jego oferta została odrzucona na podstawie „art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. a, ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.; dalej ustawy PZP), zgodnie z którym „Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania”. Zamawiający, uzasadniając powyższą decyzję w istocie zacytował kierowaną do Odwołującego korespondencję oraz składane przez niego wyjaśnienia. Zamawiający nie wskazał jakichkolwiek okoliczności lub też podstaw podjęcia ww. decyzji. Zamawiający podczas badania i oceny złożonych ofert prowadził korespondencję z Odwołującym w całości w innym zakresie, a mianowicie żądał przedstawienia dodatkowych dokumentów od podmiotów trzecich (niezgodnie z przepisami Pzp). Natomiast, w treści wezwań o udzielenie wyjaśnień Zamawiający nie sformułował jakichkolwiek wątpliwości dotyczących złożonych podmiotowych środków dowodowych ze względu na ich prawdziwość czy zgodność ze stanem rzeczywistym.

Przedstawiona przez Zamawiającego podstawa prawna odrzucenia oferty nie została w żaden sposób wykazana i udowodniona przez Zamawiającego. Zamawiający w żaden sposób nie przedstawił choćby najmniejszego argumentu lub też okoliczności uzasadniającej zastosowanie ww. przepisu.

Odwołujący podkreślił, że z uzasadnienia o odrzuceniu oferty nie sposób wywieść podstaw zastosowania przepisu art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp. Odwołujący nie wie co Zamawiający uznał za błąd czy też jakie informacje stanowią zdaniem Zamawiającego błąd. Zamawiający ograniczył się jedynie do zacytowania przepisu ustawowego. Działanie takie jest oczywiście nieprawidłowe i stanowi rażące naruszenie przepisów ustawy Pzp. Zamawiający bowiem powinien prowadzić postępowanie zgodnie z procedurą określoną w ustawie, a co za tym idzie dokonywać czynności zgodnych z właściwymi przepisami oraz postanowieniami SWZ. Tym samym skoro Zamawiający zastosował wobec wykonawcy przepis art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp to powinien ta okoliczność wykazać. Nie jest bowiem dopuszczalne gołosłowne stosowanie przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania.

W związku z powyższym, Odwołujący podczas postępowania odwoławczego może jedynie oświadczyć, że żadna z przesłanek zawartych w art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp nie miała miejsca – w szczególności, nie nastąpiło ani wprowadzenie Zamawiającego w błąd, ani przedstawienie informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd, a Odwołujący postępował z zachowaniem należytej staranności, w związku z czym absolutnie nie można mu zarzucić zamierzonego działania, rażącego niedbalstwa, ani też lekkomyślności lub niedbalstwa. Odwołujący wskazał, że ww. przepis, stanowiący podstawę wykluczenia

Odwołującego ma charakter ekstraordynaryjny i jego zastosowanie stanowi wyjątek, a nie zasadę.

Obowiązkiem Zamawiającego jest wykazanie (udowodnienie) zastosowanej podstawy odrzuceniu oferty wykonawcy. W tym przypadku Zamawiający uznał, że wobec wykonawcy zachodzą podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp, a co za tym idzie prawnym obowiązkiem Zamawiającego było wykazanie podstaw tej decyzji w uzasadnieniu odrzucenia oferty. Trudno jednak mówić, że Zamawiający nie sprostął ciężarowi wykazania istnienia przesłanek, bowiem Zamawiający nie podjął nawet takiej próby ograniczając się jedynie do zacytowania przepisów ustawy. Powyższe oznacza, że oferta Odwołującego została odrzucona bezpodstawnie.

Zgodnie z art. 253 ust. 1 pkt 2 Pzp, zamawiający niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone - podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Zamawiający naruszył ww. przepisów bowiem nie zawarł żadnego uzasadnienia faktycznego, tzn. nie wskazał na żadne okoliczności i fakty, które uzasadniałyby podjęcie decyzji o odrzuceniu oferty ze względu na istnienie przesłanki, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp. Identycznie należy ocenić brak uzasadnienia prawnego – Zamawiający bowiem jedynie zacytował przepis art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp. Oznacza to, że Zamawiający zaniechał czynności do której zobowiązuje go ustawa w art. 153 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Wykonawca M. D. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowo – Handlowy „ZIELEŃ” M. D. z siedzibą w Chodzieży zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Wniósł o oddalenie odwołania.

Pismem z dnia 9 lutego 2022 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania w tym kosztów reprezentacji przedstawionych na rozprawie oraz przeprowadzenia dowodów z dokumentów na podstawie art. 536 Pzp, zobowiązanie Odwołującego do złożenia:

- a) dokumentów potwierdzających dokonanie zapłaty za wykonaną usługę przez Odwołującego na rzecz B. P. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Firma Usługowo — Handlowa „Betina”, ul. Rogozińska 9 64-840 Budzyń, na kwotę 309.153,24 zł w okresie 01.01.2019 r. do 31.12.2019 r.
- b) dowodów księgowych — faktur VAT, potwierdzających wykonanie usług na rzecz podmiotu B. P. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Firma Usługowo —

Handlowa Betina, ul. Rogozińska 9, 64-840 Budzyń na kwotę 309.153,24 zł, w okresie 01.01.2019 r. do 31.12.2019 r.

c) umowy zawartej z Firmą Usługowo — Handlowa Betina, ul. Rogozińska 9, 64-840 Budzyń a Odwołującym w zakresie potwierdzającym udział w przetargu: prace związane z zamiataniem i odśnieżaniem dróg na powierzchni 121.600 m² w okresie od 01.01.2019r. do 31.12.2019 r.

Zamawiający wyjaśnił, że w dniu 22 grudnia 2021 r. na podstawie art. 274 ust. 2 Pzp wezwał Odwołującego do złożenia w terminie 5 dni (od dnia otrzymania wezwania) aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych, o których mowa w art. 273 ust. 1 Pzp oraz dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, m.in.:

- Zdolność techniczna lub zawodowa: Zamawiający uzna ww. warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że wykonał nie wcześniej niż w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, co najmniej jedno zamówienie polegające na omyataniu i odśnieżaniu dróg na powierzchni min. 70 000 m² nieprzerwanie przez okres 12 miesięcy o wartości min. 250 000,00 PLN, wraz z załączeniem dokumentów potwierdzających, że usługa została wykonana należycie, a w tym:

1) zmiatał ciągi piesze, ścieżki spacerowe i pieszo-rowerowe oraz ulice w okresie wiosennojesiennym, a w okresie zimowym je odśnieżał na powierzchni min. 70 000 m²,

2) opróżniał kosze uliczne, w ilości min. 150 szt. nie rzadziej niż 2 razy w tygodniu;

Odwołujący w dniu 27 grudnia 2021 r. złożył następujące dokumenty:

1) W ttzw. „wykazie usług do postępowania”, wskazał, iż w okresie od 01.03.2020 do 28.02.2021 „utrzymywał tereny zielone ulic, chodników oraz ścieżek rowerowych” na powierzchni 24,3 ha, tj. 243 000 m². W wykazie wskazał firmę F.H.U „BETINA” B. P. jako „zleceniodawcę” tychże robót. W nim wskazał, że zmiatał ciągi piesze, ścieżki spacerowe i pieszo-rowerowe oraz ulice w okresie wiosenno-jesiennym, a w okresie zimowym je odśnieżał na powierzchni 97 895 m² (Zamawiający „magał min. 70 000 m²) oraz opróżniał kosze uliczne, w ilości 213 szt. (min. 150 szt.) nie rzadziej niż 2 razy w tygodniu;

2) referencje wydane przez Firmę Usługowo-Handlową „BETINA” B. P., z siedzibą przy ul. Rogozińskiej 9, 64-840 Budzyń z dnia 15.03.2021, wskazujące, że „Firma ARBOR W. D. z siedzibą w Chodzieży przy ul. Czechowskiego 2D/4 w okresie od dnia 01.03.2020 do dnia 28.02.2021 zajmowała się utrzymaniem terenów zielonych oraz ulic i ciągów pieszych na terenie miast i wspólnot mieszkaniowych o łącznej powierzchni 24,3 ha. Zakres prac obejmował: koszenie trawy, usuwanie odpadów, opróżnianie koszy, naprawę i wymianę elementów małej architektury, utrzymanie psich wybiegów, dbanie o place zabaw, sadzenie oraz zabiegi pielęgnacyjne zieleni niskiej i wysokiej, utrzymanie cieków wodnych oraz

infrastruktury odprowadzającej wodę. Wartość prac wyniosła 465.567,97 zł. Firma posiada wykwalifikowany zespół oraz niezbędny sprzęt i uprawnienia, co pozwala na profesjonalną realizację zadań. Powierzone prace zostały wykonane należyście i w wyznaczonym terminie.”

Zamawiający w dniu 27 grudnia 2021 r. ponownie wezwał Odwołującego do przedłożenia brakujących dokumentów lub złożenia wyjaśnień m.in. w zakresie:

.- Zdolność techniczna lub zawodowa. Wykonawca przedstawił „co najmniej jedno zamówienie polegające na omiotaniu i odśnieżaniu dróg na powierzchni min. 70 000 m nieprzerwanie przez okres 12 miesięcy o wartości min. 250 000,00 PLN”, jednakże załączone dokumenty nie potwierdziły stawianych przez Zamawiającego wymogów szczegółowych (patrz ust. 7 pkt 12). Szczegółowy zakres prac zawarty w referencjach nie wspominał w żaden sposób o „zamiataciu ciągów pieszych, ścieżek spacerowych i pieszo-rowerowych oraz ulic w okresie wiosenno-jesiennym, a w okresie zimowym odśnieżaniu”.

Wykonawca w dniu 28 grudnia 2021 r. uzupełnił dokumenty o:

1. nowy wykaz usług, w ramach którego oświadczył, że w okresie od 01.01.2019. do 31.12.2019 „zamiatał i odśnieżał drogi” na powierzchni 121 600 m² za kwotę 309 153,24 zł. W wykazie wskazał firmę F.H.U „BETINA” B. P. jako „zleceniodawcę” tychże robót. W nim wskazał, że zamiatał ciągi piesze, ścieżki spacerowe i pieszo-rowerowe oraz ulice w okresie wiosenno-jesiennym, a w okresie zimowym je odśnieżał na powierzchni 121 600 m² (Zamawiający wymagał min. 70 000 m²) oraz opróżniał kosze uliczne, w ilości 186 szt. (min. 150 szt.) nie rzadziej niż 2 razy w tygodniu.
2. nowe referencje wydane w Budzynie z dnia 21.01.2020, wskazujące, że „Firma ARBOR W. D.z siedzibą w Chodzieży przy ul. Czechowskiego 2D/4 w okresie od dnia 01.01.2019 do dnia 31.12.2019 prowadziła prace związane z zamiataciem i odśnieżaniem dróg na łącznej powierzchni 121.600 m². Łączna wartość zamówienia wyniosła 309.153,24 zł. Firma posiada wykwalifikowany zespół oraz niezbędny sprzęt, uprawnienia oraz pozwolenia, co umożliwi rzetelne i profesjonalne wykonanie zakresu umów. Wszystkie prace były wykonywane należyście i w wyznaczonych terminach”.

Zamawiający wyjaśnił, że dotychczas przekazane dokumenty, na tym etapie postępowania, potwierdzające zdolność techniczną lub zawodową wzbudziły uzasadnione wątpliwości Zamawiającego. Zgodnie z SWZ Zamawiający uzna ww. warunek za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że wykonał nie wcześniej niż w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, co najmniej jedno zamówienie polegające na omiotaniu i odśnieżaniu dróg na powierzchni min. 70 000 m² nieprzerwanie przez okres 12 miesięcy o wartości min. 250 000,00 PLN, wraz z załączeniem dokumentów potwierdzających, że usługa została wykonana należyście. Zamawiający ze zdziwieniem przyjął, że tym „jednym zamówieniem” o

w/w powierzchni minimalnej i w/w wartości minimalnej, wykonywanym nieprzerwanie przez okres 12 miesięcy było zamówienie wykonywane „na terenie miast i wspólnot mieszkaniowych” oraz „dróg” dla firmy prywatnej. Firma Usługowo-Handlowa „BETINA” B. P., z siedzibą przy ul. Rogozińskiej 9, 64840 Budzyń, która zgodnie z wpisem w CEiDG zajmuje się (przeważająca działalność gospodarcza) działalnością rachunkowo-księgową i doradztwem podatkowym.

Z treści referencji tejże firmy wynika, iż powierzyła Odwołującemu roboty o wartości 465.567,97 zł i 309.153,24 zł, odpowiednio na ogromnym obszarze 243 000 m² i 121 600 m², zlokalizowanym na bliżej niezidentyfikowanym obszarze „terenu miast i wspólnot mieszkaniowych” oraz „dróg”.

Referencje w tym zakresie wzbudziły wątpliwości Zamawiającego również z tego powodu, iż niewykwalifikowana w tym zakresie firma potwierdza należyte wykonanie tychże zadań. Z doświadczenia Zamawiającego wynika, że tego typu referencje wydaje zarządca drogi bądź zarządca wspólnoty lub spółdzielni mieszkaniowej.

Zamawiający w dniu 29 grudnia 2021 r. wystąpił do Firmy Usługowo-Handlowej „BETINA” B. P. o potwierdzenie wystawionych referencji dotyczących „*prac związanych z zamykaniem i odśnieżaniem dróg na łącznej powierzchni 121.600 m²” oraz o wskazanie szczegółowej lokalizacji / umiejscowienia wykonanych usług, ze wskazaniem miejscowości i ulic dla tych lokalizacji. Zamawiający prosi ponadto o przekazanie informacji czy Wykonawca realizował przedmiotowe usługi jako główny wykonawca czy w charakterze podwykonawcy*”.

Firma Usługowo-Handlowa „BETINA” B. P. w dniu 4 stycznia 2021 r. potwierdziła, że wystawione przez nią referencje są prawdziwe. Wskazała przy tym, że prace wykonywane były „*dla Wspólnot Mieszkaniowych i deweloperów w miejscowościach: Poznań, Piła, Szamotuły, Oborniki, Wągrowiec os. Piaskowe, Rogoźno Cieśle, Czarnków, Trzcianka, Budzyń, Chodzież*”. Wskazała, że „*ogólny zakres wykonywanych prac polegał m.in. na całorocznym utrzymaniu terenów, w skład, którego wchodziło koszenie traw, sadzenie roślin, zamykanie i odśnieżanie dróg i parkingów*”.

Odpowiedź ta wzbudziła kolejne wątpliwości Zamawiającego. W samych referencjach mowa była o „drogach”, natomiast teraz firma Betina uściśliła, że „*dla wspólnot mieszkaniowych i deweloperów*”. Wątpliwym wydaje się Zamawiającemu by znany mu wykonawca utrzymywał (w tym odśnieżał) równoległe, nieprzerwanie przez 12 miesięcy, teren dróg wspólnot mieszkaniowych w tylu odległych od siebie miejscowościach. Firma Betina zaświadczała pierwotnie (referencje z 21.01.2020), że na terenie 121,600 m² wykonawca prowadził prace związane z zamykaniem i odśnieżaniem dróg. Teraz (pismo z 04.01.2022) wskazała, że w skład prac wchodziły również „koszenie traw”, „sadzenie roślin” czy też „zamykanie i odśnieżanie parkingów”, które nie były elementem postępowania, ale jednak stanowiły jakąś nieokreśloną część powierzchni prac. A przypomnieć należy, że

konkretna powierzchnia konkretnych robót stanowiła warunek udziału w postępowaniu. Wątpliwym również wydaje się by wykonawca wykonywał „jedno zamówienie polegające na omiataniu i odśnieżaniu dróg na powierzchni min. 70 000 m²”. Zamawiający domniema, że wykonawca potencjalnie wykonywał wiele zamówień dla różnych podmiotów na sumarycznej wymaganej powierzchni, co niezgodne jest z postawionymi wymogami.

Zamawiający, równolegle, również w dniu 29 grudnia 2021 r. wystąpił do Odwołującego o złożenie dodatkowych wyjaśnień dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, a mianowicie: wskazanie podmiotów na rzecz których realizowane były wskazane usługi, szczegółową lokalizację / umiejscowienie wykonywanych usług oraz czy wykonawca realizował przedmiotowe usługi jako główny wykonawca czy w charakterze podwykonawcy.

Odwołujący w dniu 31 grudnia 2021 r. wskazał, że „w przedłożonych środkach dowodowych „referencje” występował jako „podwykonawca firmy FHU BETINA B. P., z siedzibą w Budzynie przy ulicy Rogozińskiej 9”. Wskazał ponadto, że „z tego powodu, mogę jedynie wskazać przybliżone lokalizacje wykonywanych usług oraz podmioty na rzecz których te usługi były wykonywane: wspólnoty mieszkaniowe w Czarnkowie, Budzynie, Chodzieży, Cieśli, Rogoźnie, Wągrowcu, Poznaniu, Trzciance, Pile; firmy deweloperskie Comvest, Pilbuilding, Onyx Development”.

Powyższe wyjaśnienia nie rozwiązały wątpliwości Zamawiającego — wręcz przeciwnie wzbudziły obawy poświadczania przez niego i firmę BETINA nieprawdy. Zdecydowanie wątpliwym wydaje się podwykonywanie przez firmę ARBOR W. D. tychże prac dla firmy FHU BETINA B. P.. Świadczyłoby to o tym, iż to firma BETINA podpisywała umowę na utrzymanie terenów (w tym zimowe utrzymanie dróg) z wymienionymi wspólnotami i deweloperami, nie wykonując nawet takiej działalności gospodarczej (patrz CEiDG). Niewiarygodna jest również nieznajomość i niemożliwość wskazania przez Odwołującego lokalizacji wykonywanych prac, gdyż jak wskazuje był jedynie „podwykonawcą”. Nie przeszkadza mu to jednak w szczegółowym wskazaniu naprawy tam 186 sztuk koszy na odpady.

Utrzymanie dróg z uwagi na charakter tego obowiązku wiąże się z ogromną odpowiedzialnością po stronie zarządcy drogi, ryzyko związane z ewentualną odpowiedzialnością odszkodowawczą za należyte jej utrzymanie jest bardzo wysokie. Firmy ubezpieczeniowe w pierwszej kolejności kwestionują wszelkie uchybienia, w zakresie realizacji tego obowiązku i ewentualnej odpowiedzialności odszkodowawczej. Mało prawdopodobne jest aby zarządca drogi powierzył takiemu podmiotowi, świadczącemu usług na taką skalę.

Odwołujący, bez wezwania Zamawiającego, w dniu 3 stycznia 2022 r. złożył dodatkowe referencje, w których wykonywał samodzielnie (a nie jako podwykonawca) zadania związane z utrzymaniem zieleni w Pile, Opolu, Sopocie i Poznaniu. Jednakże

przedmiotowe usługi (pielęgnacja zieleni, cięcia koron drzew itp.), nie były w żadnym stopniu elementem niniejszego postępowaniu (omiatanie i zimowe utrzymanie dróg).

Powyższe wątpliwości i uwagi poruszył również konkurent w tymże postępowaniu — M. D..

Zamawiający, celem ostatecznego rozwiania swoich wątpliwości w dniu 12 stycznia 2022 r. wezwał Odwołującego do przedstawienia umowy zawartej z Firmą Usługowo-Handlową „BETINA” B. P. oraz dokumentów potwierdzających dokonanie zapłaty za wykonanie dla niej usługi na kwotę 309.153,24 zł. Wobec w/w wątpliwości Zamawiający podejrzewał, że takie dokumenty nie istnieją, a Odwołujący i firma BETINA mogą poświadczać nieprawdę.

Odwołujący w dniu 13 stycznia 2022 r. oświadczył, że „w obawie o naruszenie zasad konkurencyjności” nie przedstawi wskazanych w wezwaniu z dnia 12.01.2022r. dokumentów.

Zamawiający zauważył, że Odwołujący w oświadczeniu z dnia 31 grudnia 2021 r. wskazał, że występował jako podwykonawca firmy FHU BETINA B. P. i że z tego powodu, mógł wskazać jedynie przybliżone lokalizacje wykonywanych usług, mimo że wezwany został do wskazania szczegółowych lokalizacji. Teraz w oświadczeniu z dnia 13 stycznia 2022 r. oświadczył, że jednak zna szczegółowe lokalizacje wykonywanych prac, bo wiedza ta jest elementem domniemanej umowy.

Zamawiający pismem z dnia 17 stycznia 2022 r. poinformował Odwołującego, że złożenie dokumentów, o których mowa w piśmie z dnia 12 stycznia 2022 r. nie narusza zasad konkurencyjności i pod rygorem odrzucenia oferty wezwał ponownie do przedstawienia żądanych dokumentów, tj. kopii umowy oraz dokumentów potwierdzających dokonanie zapłaty — pomiędzy firmą ARBOR W. D.a FHU Betina B. P.. Dodatkowo, Zamawiający wychodząc naprzeciw oczekiwaniom wykonawcy dopuścił częściowe zakrycie lub zanonimizowanie dokumentów.

Odwołujący w piśmie z dnia 18 stycznia 2022 r. poinformował, że Zamawiający nie ma prawa żądać w/w dokumentów — a w związku z tym ich nie udostępni.

W związku z powyższym Zamawiający odrzucił ofertę tego wykonawcy.

Zamawiający wyjaśnił, że dodatkowo wątpliwości Zamawiającego budziły identyczne graficznie (czcionka, format pisma i cyfr, umiejscowienie nagłówek, dat itp.) wzory oświadczeń firmy FHU Betina B.P. oraz ARBOR W. D.. W szczególności referencje firmy Betina z „Budzyń, 15.03.2021” i „Budzyń, 21.01.2020” oraz oświadczenia firmy Arbor z... „Budzyń, 28.12.2021”, mimo że wcześniejsze oznaczone zostały miejscowo jako Chodzież, tj. siedziba firmy.

W zakresie podstaw zastosowania przesłanki wykluczenia — art. 109 ust 1 pkt 8 Pzp - Zamawiający wyjaśnił, że miał uzasadnione wątpliwości co do spełnienia warunku udziału w przetargu w zakresie zdolności technicznych i zawodowych. Zamawiający miał prawo i

obowiązek podjąć czynności wyjaśniające. Zamawiającemu nie można odmówić prawa do jakiegokolwiek konfrontacji zmierzającej do realnej oceny spełnienia warunków udziału w przetargu i sprowadzać postępowania do formalnego sprawdzenia czy treść oświadczenia odpowiada treści warunków przetargu, czego domaga się Odwołujący. Takie stanowisko prezentuje Krajowa Izba Odwoławcza : np. wyrok KIO 2147/14.

Zamawiający podkreślił, że Odwołujący otrzymał od Zamawiającego informacje o wątpliwościach dotyczących referencji wydanych przez podmiot FHU Betina B. P.. Wykonawca nie wykazał w sposób niebudzący wątpliwości, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Zamawiający nie otrzymał żadnych informacji mogących posłużyć realnej ocenie spełnienia warunków udziału w przetargu. Nie jest prawdą, że Odwołujący że nie był wzywany do udzielenia wyjaśnień i nie sformułował jakichkolwiek wątpliwości. O powyższym świadczy pismo Zamawiającego z dnia 29.12.2021, pismo z dnia 12.01.2022 r. , pismo z dnia 17.01.2022 r. Wątpliwości Zamawiającego zostały opisane szczegółowo w części I tego pisma, pojawiające się na każdym etapie kierowania konkretnych pytań i odpowiedzi wykonawcy.

Zamawiający został wprowadzony w błąd. W piśmie z dnia 31.12.2021 r. Zamawiający został poinformowany, że Odwołujący wykonywał usługi jako podwykonawca, i nie może podać lokalizacji, natomiast w piśmie z dnia 13.01.2022 r. wskazywał, że nie może podać danych konkretnych albowiem są objęte tajemnicą przedsiębiorstwa i ujawnienie tych danych stanowi zagrożenie funkcjonowania jego firmy. Następnie Odwołujący, powołał się na naruszenie art. 16 Pzp - naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania poprzez nakazanie ujawnienia tajemnicy przedsiębiorstwa. Tajemnica przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie może być przez przedsiębiorców traktowana w sposób instrumentalny i dowolny w każdej sytuacji, kiedy wykonawca ma problemy w wykazaniu spełniania warunków udziału w przetargu, bądź ich nie spełnia.

Zdaniem Zamawiającego, nie można obarczać winą Zamawiającego za okoliczności leżące po stronie wykonawcy. Analizując treść oświadczenia wykonawcy z dnia 13.01.2022 r. można stwierdzić, że nie zrozumiał treści wezwania. Referencje przecież wystawiła firma FHU Betina B. P., która była głównym wykonawcą, wezwanie wprost dotyczyło umów łączących oba podmioty i dowodów księgowych wystawionych za usługi wykonane na rzecz tego konkretnego podmiotu w wysokości odpowiadającej kwocie: 309.153,24 zł. Zamawiający wskazał dodatkowo, że zgodnie z ustawą o podatku od towaru i usług — VAT, każdy podatnik jest obowiązany wystawić fakturę dokumentującą świadczenie usług, przy dzisiejszym rozwoju technologii, udostępnienie tego dokumentu nie wiąże się z nadmiernymi utrudnieniami dla wykonawcy. Podstawową zasadą jest zasada jawności, nie ujawnia się tajemnicy przedsiębiorstwa pod warunkiem wykazania przez wykonawcę zasadności ich

zastrzeżenia. Na wykonawcy ciąży obowiązek „wykazania”, że spełnił przesłanki art. 11 ust 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W niniejszym przypadku trudno jest mówić, że Odwołujący cokolwiek wykazał, czy udowodnił, w jaki sposób przedłożenie dowodów wykonania usługi na rzecz FHU Betina B. P. naruszy tajemnicę jego przedsiębiorstwa. Zwłaszcza, że okoliczność spełniania warunków udziału w przetargu była również kwestionowana przez drugiego wykonawcę, który tak samo ma prawo do postępowania prowadzonego według uczciwych zasad, zapewniających zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

Odwołania zostało rozpoznane w granicach zarzutów przedstawionych w odwołaniach, stosownie do art. 555 Pzp.

Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia obu odwołań, stosownie do dyspozycji art. 505 ust. 1 Pzp.

Wykonawca T. D. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Komunalnych T. D. z siedzibą w Chodzieży skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 267/22 po stronie Zamawiającego, stosownie do wymogów art. 525 ust. 1-3 Pzp.

Wykonawca M. D. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowo – Handlowy „ZIELEŃ” M. D. z siedzibą w Chodzieży skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 268/22 po stronie Zamawiającego, stosownie do wymogów art. 525 ust. 1-3 Pzp.

W ramach postępowania odwoławczego oba odwołania wniesione przez Odwołującego w postępowaniach o udzielenie zamówienie publicznego prowadzonych równolegle przez Zamawiającego zostały rozpoznane łącznie na podstawie art. 544 ust. 2 Pzp.

W obu postępowaniach wniesione odwołania zostały sformułowane przez Odwołującego w ten sam sposób, zawierają identyczne zarzuty i tożsame uzasadnienie przedstawione na poparcie podniesionych zarzutów. Odwołania dotyczą czynności Zamawiającego polegających na odrzuceniu ofert złożonych przez Odwołującego we wskazanych dwóch odrębnych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego dokonanej na takiej samej podstawie prawnej i tożsamym uzasadnieniu faktycznym odnoszącym się okoliczności, które wystąpiły w obu postępowaniach w toku badania i oceny oferty Odwołującego.

Wobec powyższego, Izba uznała za uzasadnione w tym przypadku przedstawienie rozstrzygnięcia Izby co do zarzutów podniesionych w obu odwołaniach w taki sposób, że przedstawione poniżej rozważania i uzasadnienie rozstrzygnięcia poszczególnych zarzutów odnoszą się w takim samym zakresie do tożsamych zarzutów przedstawionych w każdym z odwołań.

W obu odwołaniach nie potwierdziły się zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. a Pzp w związku z art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego.

Stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli oferta została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania.

Zgodnie natomiast z art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp, podlega wykluczeniu wykonawca, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych.

Zamawiający zastosował wobec Odwołującego w obu postępowaniach przepis art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp na podstawie okoliczności, które wystąpiły w związku ze złożonymi przez Odwołującego wyjaśnieniami, które nie rozwiały wątpliwości Zamawiającego co do rzeczywistego zrealizowania przez Odwołującego zadania wskazanego w wykazie co do jego zakresu i wartości, potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Podkreślić należy, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego to wykonawca jest zobowiązany wykazać, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu powinno co do zasady nastąpić poprzez złożenie wymaganych przez zamawiającego dokumentów – oświadczeń lub podmiotowych środków dowodowych. Jeśli złożone przez wykonawcę oświadczenia i dokumenty nie budzą wątpliwości zamawiającego, to wykazanie spełnienia warunków kończy się na etapie tzw. formalnego wykazania ich spełnienia, tj. przez złożenie

wymaganych dokumentów. Jeżeli jednak złożone oświadczenia i dokumenty budzą uzasadnione wątpliwości zamawiającego, to zamawiający ma prawo żądania stosownych wyjaśnień, a wykonawca musi dołożyć wszelkich starań, aby wyjaśnić wątpliwości zamawiającego i wykazać (udowodnić) zamawiającemu, że złożone dokumenty potwierdzają rzeczywisty stan rzeczy, zgodnie z ich treścią.

Podkreślenia wymaga, że zamawiający na każdym etapie postępowania jest uprawniony do weryfikacji oświadczeń i dokumentów złożonych przez wykonawcę w powyższym zakresie. W przypadku powzięcia przez zamawiającego jakichkolwiek wątpliwości co do np. wskazanego przez wykonawcę doświadczenia w ramach zdolności technicznych i zawodowych, zamawiający jest uprawniony do żądania od wykonawcy wyjaśnień, a wykonawca ma obowiązek wyjaśnić wszelkie wątpliwości w sposób pełny i rzetelny, tak aby przekonać Zamawiającego i wykazać, że złożone oświadczenia są zgodne z rzeczywistością. Istotą bowiem potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu jest wykazanie realnych zdolności technicznych i zawodowych wykonawcy do prawidłowej realizacji danego zamówienia, zgodnie z warunkami określonymi w SWZ i ogłoszeniu o zamówieniu.

Stan faktyczny w niniejszych sprawach, szczegółowo opisany przez Zamawiającego, potwierdza, że z opisaną powyżej sytuacją mamy do czynienia w niniejszym postępowaniu. Dokumentacja postępowania, w tym treść wezwań Zamawiającego kierowanych do Odwołującego o złożenie wyjaśnień, potwierdza, że Zamawiający powziął uzasadnione wątpliwości co do rzetelnego przedstawienia przez Odwołującego w złożonych oświadczeniach i dokumentach zakresu i wartości wykonanych usług. Składane przez wykonawcę kolejne wyjaśnienia ze względu na niespójność ich treści wątpliwości te pogłębiły.

Dlatego też Zamawiający ostatecznie wezwał Odwołującego do przedstawienia konkretnych dowodów, które w sposób niebudzący wątpliwości, potwierdziłyby zrealizowane usługi.

W świetle przepisów Prawa zamówień publicznych Zamawiający nie może żądać od wykonawcy konkretnych dokumentów – dowodów, potwierdzających okoliczności co do których zachodzą wątpliwości, gdyż to wykonawca ma obowiązek w ramach wyjaśnień takie dowody przedłożyć. W tym zakresie działania Zamawiającego wykraczały poza uprawnienia wynikające z obowiązujących przepisów Pzp, jednak działania te zmierzały niewątpliwie do skłonienia wykonawcy do złożenia dowodów, które ostatecznie rozwiązałyby wszelkie wątpliwości. Zamawiający powinien bowiem w ocenie Izby poprzestać na dwukrotnym wezwaniu Odwołującego do wyjaśnień i dokonać oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu na tym etapie. Sugerowanie bowiem wykonawcy jakie konkretne dowody ma przedłożyć, może stanowić naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Izba podkreśla, że to po stronie Odwołującego było przedstawienie

stosownych dowodów do składanych Zamawiającemu wyjaśnień. Wykonawca może przedłożyć dowody według własnego uznania, inne niż przykładowo wskazane przez Zamawiającego, ale muszą być one wystarczające do potwierdzenia prawdziwości złożonych przez wykonawcę oświadczeń.

W niniejszej sprawie, brak wyjaśnienia przez Odwołującego wątpliwości Zamawiającego, które Zamawiający powziął, w ocenie Izby, w sposób uzasadniony na podstawie składanych przez Odwołującego dokumentów (wykaz usług, referencje), pomimo że Zamawiający wzywał wielokrotnie Odwołującego do przedstawienia dowodów na potwierdzenie, że zrealizował określone usługi we wskazanym zakresie, stanowił podstawę do przyjęcia przez Zamawiającego, że Odwołujący, pomimo że formalnie złożył wymagane dokumenty, to jednak nie jest w stanie wykazać, że rzeczywiście takie usługi zrealizował w zakresie potwierdzającym spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Brak wykazania powyższych okoliczności przez wykonawcę powoduje, że oświadczenie zawarte przez Odwołującego w wykazie usług złożone Zamawiającemu na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu należy traktować jako wprowadzające Zamawiającego w błąd co do wykonania tych usług, a zatem musi skutkować wykluczeniem tego wykonawcy z postępowania. Podkreślić należy, że wykonawca składając wymagane w postępowaniu podmiotowe środki dowodowe musi się liczyć z tym, że zamawiający na każdym etapie postępowania może wezwać wykonawcę do wyjaśnienia treści tych dokumentów, co będzie skutkowało koniecznością przedstawienia przez wykonawcę dodatkowych dowodów w postaci dokumentów, które rozwieją wątpliwości Zamawiającego w jakimkolwiek zakresie, w którym wątpliwości takie powstaną.

W niniejszej sprawie Odwołujący potwierdził, że w obu postępowaniach był wielokrotnie wzywany przez Zamawiającego do udzielenia wyjaśnień, na które Odwołujący odpowiadał.

Z treści wezwań wynika, że, wbrew twierdzeniom Odwołującego, w wezwaniach o udzielenie wyjaśnień Zamawiający wyraźnie komunikował Odwołującemu swoje wątpliwości, dotyczące braku wykazania przez wykonawcę szczegółowych okoliczności, dotyczących wykazanych w wykazie usług, które ostatecznie nie zostały wyjaśnione przez Odwołującego. Jak wynika z wezwań do wyjaśnień, Zamawiający zwracał się wielokrotnie o wyjaśnienie i wykazanie przez Odwołującego szczegółów dotyczących zakresu, miejsca wykonania usług wskazanych w wykazie na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, które wyraźnie określał w kierowanych do Odwołującego wezwaniach.

Odwołujący odpowiadając na wezwania Zamawiającego do złożenia wyjaśnień nie przedstawił jednak żadnych wiarygodnych dowodów, które wyprowadziłyby Zamawiającego z przekonania o tym, że wskazane przez Odwołującego w wykazie usługi nie znajdują potwierdzenia w rzeczywistości. Podkreślenia wymaga również fakt, że Odwołujący także w

toku postępowania odwoławczego nie przedstawił jakichkolwiek dowodów potwierdzających wykonanie wskazanych w wykazie usług. Odwołujący oświadczył jedynie w odwołaniu, że *„żadna z przesłanek zawartych w art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp nie miała miejsca – w szczególności, nie nastąpiło ani wprowadzenie Zamawiającego w błąd, ani przedstawienie informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd, a Odwołujący postępował z zachowaniem należytej staranności, w związku z czym nie można mu zarzucić zamierzonego działania, rażącego niedbalstwa ani też lekkomyślności lub niedbalstwa.”* Zatem Odwołujący zaniechał również na etapie postępowania odwoławczego wykazania, że złożone w wykazie usług oświadczenia były prawdziwe. Wykonawca oczywiście nie ma obowiązku przedstawienia dowodów, ale w takim przypadku musi liczyć się ze skutkami braku wykazania, że wątpliwości Zamawiającego są nieuzasadnione, a w konsekwencji, że złożone oświadczenie w ramach wykazu usług jest niewiarygodne, a tym samym nie potwierdza spełniania warunków udziału w postępowaniu i w tym zakresie stanowi wprowadzenie Zamawiającego w błąd co do okoliczności istotnych z punktu widzenia czynności podejmowanych przez Zamawiającego w postępowaniu, mających istotny wpływ na wynik postępowania.

Działanie wykonawcy polegające na przedstawieniu Zamawiającemu oświadczenia o wykonaniu usług, których wykonawca nie może uwiarygodnić co do ich zakresu, wartości i wymaganych cech należy zakwalifikować co najmniej jako działanie lekkomyślne lub niedbałe, które skutkuje wprowadzeniem Zamawiającego w błąd co do okoliczności, że wykonawca wykonał dane usługi we wskazanym zakresie.

Biorąc pod uwagę, że ciężar dowodu w niniejszym postępowaniu spoczywał na Odwołującym, który twierdził, że wykazane w postępowaniu usługi, zgodnie z warunkami udziału w postępowaniu, realnie wykonał, Izba odstąpiła od wezwania Odwołującego do przedłożenia dowodów, zgodnie z wnioskami złożonymi przez Zamawiającego w odpowiedziach na odwołania. W ocenie Izby, inicjatywa dowodowa w powyższym zakresie w pełni spoczywała na ww. wykonawcy.

W powyższych okolicznościach decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego była prawidłowa. Zamawiający wykazał, że Odwołujący pomimo umożliwienia mu przez Zamawiającego przedstawienia obiektywnych wyjaśnień i dowodów potwierdzających treść złożonych oświadczeń i dokumentów, żadnych dowodów nie przedstawił, nie przedstawił nawet rzetelnych i konkretnych informacji dotyczących wskazanych usług, które byłyby możliwe w jakikolwiek sposób do zweryfikowania przez Zamawiającego. Nie sposób bowiem przyjąć, że skoro postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego ma charakter sformalizowany, to Zamawiający nie może poddać weryfikacji treści składanych przez wykonawców oświadczeń w przypadku, gdy poweźmie wobec tych oświadczeń uzasadnione wątpliwości. Zamawiający prawidłowo uznał, że wobec

wykonawcy zachodzą podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp. Zamawiający wykazał, że został wprowadzony w błąd przez wykonawcę (Odwołującego), który w żaden sposób nie uwiarygodnił swoich oświadczeń w zakresie wykonania usług wskazanych w wykazie, a tym samym pozostawił niewyjaśnione wątpliwości Zamawiającego co do rzeczywistego wykonania wskazanych usług, co Zamawiający prawidłowo zakwalifikował jako wprowadzenie w błąd skutkujące wykluczeniem wykonawcy i w konsekwencji odrzuceniem jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp. Okoliczność, że Zamawiający wzywał Odwołującego do przedłożenia konkretnych dowodów w postaci umów lub faktur, tj. dokumentów, które nie były wymagane w postępowaniu, Izba oceniła jako niemającą w okolicznościach tej sprawy wpływu na wynik prowadzonych postępowań, gdyż niezależnie od tej czynności oferta Odwołującego podlegała odrzuceniu.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 253 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie podania uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty Odwołującego.

W oparciu o dokumentację prowadzonych przez Zamawiającego postępowań, w szczególności w oparciu o treść decyzji podjętych przez Zamawiającego w zakresie odrzucenia ofert złożonych przez Odwołującego w obu postępowaniach (pisma Zamawiającego z dnia 24 stycznia 2022 r.) Izba stwierdziła, że Zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty w obu postępowaniach wskazał zarówno podstawę prawną odrzucenia oferty jak i przedstawił szczegółowe uzasadnienie faktyczne, które wyczerpuje wymogi art. 253 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Zgodnie z art. 253 ust. 1 pkt 2 Pzp, zamawiający niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone - podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Zamawiający w informacji przekazanej Odwołującemu szczegółowo wyjaśnił, jakie okoliczności uzasadniały podjęcie decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego w obu postępowaniach. Zamawiający przytoczył wszystkie okoliczności i fakty istotne dla podjętej decyzji – dokładny przebieg prowadzonej wobec Odwołującego procedury wyjaśnień podmiotowych środków dowodowych, z przytoczeniem treści pism oraz podsumowaniem zawierającym stwierdzenie, że *„Wykonawca oraz podmiot udzielający referencji nie przedłożył dokumentów/dowodów które w sposób jednoznaczny zaprzeczają wątpliwościom Zamawiającego co do wykonanych przez Wykonawcę usług, wskazanych w ramach potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu dot. posiadanego doświadczenia.”* oraz *„W związku z tym oferta wykonawcy podlega wykluczeniu – podstawa wykluczenia art. 109 ust. 1 pkt. 8 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.; dalej ustawy PZP), zgodnie z*

którym „Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych.” Uzasadnienie w obu postępowaniach zostało przedstawione na blisko 10 stronach pisma.

W odniesieniu do uzasadnienia prawnego, zgodnie z art. 253 ust. 1 pkt 2 Pzp, wskazanie przepisu ustawy Pzp stanowiącego podstawę odrzucenia oferty wraz z zacytowaniem jego treści wyczerpuje wymóg podania uzasadnienia prawnego. Podkreślić należy, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest kierowane do wykonawców będących profesjonalistami na rynku, którzy przystępując do udziału w takim postępowaniu, przyjmują na siebie obowiązek i ryzyko związane ze znajomością procedury i obowiązujących przepisów prawa w stopniu zawodowym.

Nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 Pzp, poprzez prowadzenie przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niegwarantujący zachowania równego traktowania wykonawców oraz w sposób niegwarantujący zachowania zasady przejrzystości w związku z brakiem udostępnienia informacji, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa.

Należy podkreślić, że Odwołujący w jakimkolwiek stopniu nie uzasadnił niniejszego zarzutu w odwołaniu ani na rozprawie. Nie wskazał, na czym polegał „*brak udostępnienia informacji, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa*” podniesiony w treści zarzutu. Wobec powyższego należało uznać, że zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, o których mowa w art. 16 pkt 1 i 2 Pzp nie zostały naruszone, w szczególności biorąc pod uwagę, że pozostałe zarzuty odwołania również nie potwierdziły się.

Uwzględniając stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 553 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 oraz § 8 ust. 2 pkt 1 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).

Przewodniczący: