

**Sygn. akt: KIO 1560/22**

**WYROK**

**z dnia 4 lipca 2022 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Rafał Malinowski**

**Członkowie: Małgorzata Matecka**

**Agata Mikołajczyk**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie dnia 30 czerwca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia 13 czerwca 2022 r. przez odwołującego J.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą J.W. Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych z siedzibą w Bytomiu, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Miasto Chorzów

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.
3. Zasądza od odwołującego J.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą J.W. Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych z siedzibą w Bytomiu na rzecz zamawiającego Miasta Chorzowa kwotę 3600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych).

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129) 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:** .....

.....

.....

**Uzasadnienie**

Zamawiający – Miasto Chorzów, dalej jako: „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129), dalej: „ustawa PZP”, na prace pielęgnacyjne w pasach zieleni ulicznej Chorzowa o łącznej powierzchni 27,77 ha w terminie od 1.05.2022 r. do 30.04.2023 r. w podziale na 2 części (rejony): część I: REJON A Chorzów Centrum, Chorzów Batory o pow. 148 625 m<sup>2</sup>, część II: REJON B Chorzów II, Chorzów Stary, Maciejkowice o pow. 129 076 m<sup>2</sup>.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 23 lutego 2022 r. pod numerem 2022/S 038-098293.

W dniu 13 czerwca 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy J.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą J.W. Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych z siedzibą w Bytomiu w zakresie części II postępowania. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 128 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 117 ust. 4 ustawy PZP oraz art. 226 ust. 1 pkt. 2c ustawy PZP oraz § 9 ust. 1 pkt 3 Rozporządzenia 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 poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy KOMPLEX pomimo, że wykonawca KOMPLEX nie złożył w toku postępowania wykazu usług wykonanych w ostatnich 3 lat przez firmę KOMPLEX sp. z o.o. potwierdzającego spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania przez wykonawcę zdolności technicznej lub zawodowej,
- 2) art.128 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 117 ust. 4 ustawy PZP, art. 16 pkt 1 i 2 ustawy PZP oraz art. 17 ust. 2 ustawy PZP poprzez jego zastosowanie i przyjęcie, że w oparciu o ww. przepisy wykonawca KOMPLEX uprawniony był do przedstawienia nowego oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust.4 ustawy PZP, pomimo, że wezwanie Zamawiającego dotyczyło wykazu prac zrealizowanych przez KOMPLEX sp. z o.o., a ponadto wykonawca KOMPLEX dwukrotnie uzupełniał ten sam dokument,
- 3) art.128 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy PZP oraz art. 17 ust. 2 ustawy PZP poprzez dwukrotne wezwanie wykonawcy KOMPLEX do przedłożenia wykazu usług wykonanych w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu,

dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane oraz załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane (wzór wykazu usługi stanowi załącznik nr 5 do SWZ),

- 4) art. 226 ust. 1 pkt. 2b ustawy PZP w zw. z art.116 ust. 1 ustawy PZP w zw. z § 9 ust. 3 Rozporządzenia 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, poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy KOMPLEX z postępowania, podczas gdy KOMPLEX nie wykazało spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania przez wykonawcę zdolności technicznej lub zawodowej, w tym zakresie warunku wykonania w ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert prac w zakresie realizacji usług odpowiadających przedmiotowi zamówienia,
- 5) art. 226 ust.1 pkt. 7 ustawy PZP w zw. z art. 3.ust. 1 i art. 15c ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 16 pkt. 1 ustawy PZP poprzez ich niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty KOMPLEX, pomimo, że jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji,
- 6) art. 16 pkt 1 i 2 ustawy PZP w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy PZP poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem zasady prowadzenia postępowania w sposób przejrzysty, równego traktowania wykonawców, oraz zgodnie z przepisami prawa zamówień publicznych poprzez brak weryfikacji spełnienia przez wykonawcę KOMPLEX warunków postępowania oraz wybór oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji.

W związku z postawionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz:

- 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynność wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 2) nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu, odrzucenie oferty wykonawcy KOMPLEX oraz wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej,
- 3) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji według wystawionej faktury,

- 4) dopuszczenie oraz przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania, a także dowodów opisanych szczegółowo w treści niniejszego odwołania oraz dowód, które zostaną powołane i przedłożone na rozprawie.

Argumentując postawione zarzuty Odwołujący wskazywał, co następuje:

Wykonawca KOMPLEX w dniu 28 marca 2022 r. przekazał Zamawiającemu formularz ofertowy. Następnie w dniu 30 marca 2022 r. Zamawiający wezwał wykonawcę KOMPLEX do złożenia dokumentów w tym m.in. wykazu usług stanowiącego załącznik nr 5 do SWZ wraz z dowodami określającymi czy te usługi zostały wykonane prawidłowo. W odpowiedzi na wezwanie wykonawca KOMPLEX przedłożył wykaz usług, w którym wskazał, że realizował usługę utrzymania terenów zieleni miejskiej w rejonie Chorzów Centrum na rzecz Urzędu Miasta Chorzów na powierzchni 74005 m<sup>2</sup> o wartości 235.000 zł od 1 stycznia 2021 r. do nadal. Jednocześnie wykonawca KOMPLEX oświadczył, że wszystkie protokoły odbioru prac związanych z realizacją umowy są składane co miesiąc wraz z fakturą w siedzibie Urzędu Miasta Chorzów.

Następnie w dniu 8 kwietnia 2022 r. wykonawca KOMPLEX przekazał Zamawiającemu oświadczenie wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie na podstawie art.117 ust.4 ustawy PZP, w którym wskazany był określony podział prac pomiędzy członkami konsorcjum.

Następnie pismem z dnia 12 kwietnia 2022 r. Zamawiający wezwał wykonawcę KOMPLEX do przedłożenia wykazu usług wykonanych w okresie ostatnich 3 lat. Zamawiający odniósł się w treści wezwania do przedłożonego przez wykonawcę KOMPLEX samodzielnie oświadczenia z art. 117 ust. 4 ustawy PZP oraz wskazał, że z przedstawionych dokumentów nie wynika, że Firma KOMPLEX Sp. z o.o. posiada doświadczenie, którego wymagał Zamawiający, w zakresie czynności, które będzie wykonywać. W związku z czym Zamawiający wzywa do złożenia dokumentów (wykaz usług z załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane należycie), z których będzie wynikać, że Firma KOMPLEX Sp. z o.o. posiada odpowiednie doświadczenie.

W odpowiedzi na ww. pismo, wykonawca KOMPLEX przedstawił w dniu 14 kwietnia 2022 r. nowe oświadczenie, w którym wskazał, że firma KOMPLEX sp. z o.o. w ramach zawartej umowy konsorcjum zapewni wyłącznie wsparcie techniczne i finansowe w realizacji przedmiotu zamówienia, natomiast wszystkie prace pielęgnacyjne w pasach zieleni ulicznej wykona Ł.B..

Jak podkreślał Odwołujący, wezwanie z dnia 12 kwietnia 2022 r. dotyczyło przedłożenia wykazu usług wykonanych w okresie ostatnich 3 lat przez KOMPLEX sp. z o.o., a nie przedłożenia dokumentu, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy PZP. Zamawiający nie wezwał wykonawcy do poprawy oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy PZP, a wyłącznie z uwagi na jego treść zobowiązał wykonawcę KOMPLEX do wykazania się odpowiednim doświadczeniem. Wykonawca KOMPLEX w dniu 14 kwietnia 2022 r. złożył oświadczenie, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy PZP, pomimo, że nie był przez Zamawiającego wzywany do jego ponownego złożenia, poprawienia czy uzupełnienia.

W toku prowadzonego przez Zamawiającego postępowania, wykonawca KOMPLEX nie przekazał natomiast Zamawiającemu wykazu zrealizowanych robót przez KOMPLEX sp. z o.o., co oznacza, że wykonawca KOMPLEX nie przedłożył w toku postępowania dokumentów, o które wnosił Zamawiający, a które potwierdzałyby, że spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Istotnym zdaniem Odwołującego jest również to, że wykonawca KOMPLEX nie dołączył oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy PZP do złożonej przez siebie oferty, a przedmiotowe oświadczenie przedłożył dopiero w dniu 8 kwietnia 2022 r. W sytuacji, która zaistniała wykonawca KOMPLEX powinien zostać wezwany do złożenia ww. oświadczenia przez Zamawiającego.

Zdaniem Odwołującego nie istnieje możliwość samodzielnego uzupełniania dowolnego oświadczenia lub dokumentu przez wykonawcę, na potwierdzenie czego powołał następujące orzeczenia: wyrok KIO z dnia 16 września 2011 r., sygn. akt KIO 1898/11, zob. także wyrok KIO z dnia 28 lipca 2011 r., sygn. akt KIO 1521/11, wyrok KIO z dnia 6 marca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 200/09.

Biorąc pod uwagę powyższe, wykonawca KOMPLEX nie był uprawniony do samodzielnego przedstawienia dokumentu, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy PZP, a powinien zostać wezwany do jego uzupełnienia przez Zamawiającego. Niniejsze powoduje również, że wykonawca KOMPLEX nie mógł również ponownie przedłożyć nowego oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy PZP, bowiem niedopuszczalne jest ponowne uzupełnianie tego samego dokumentu przez wykonawcę.

Jak podkreślał Odwołujący, skoro w świetle art. 128 ust. 1 ustawy PZP dopuszczalne jest uzupełnienie lub poprawa złożonych dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu to oświadczenie wskazane w art. 117 ust. 4 ustawy PZP również należy traktować jako uzupełnialne (wyrok KIO z dnia 28 czerwca 2021 r., sygn. akt KIO 1586/21).

W orzecznictwie KIO jednolicie wskazuje się jednak, że powtórne wezwanie do uzupełnienia oświadczenia lub dokumentu jest niedopuszczalne wówczas, gdy dotyczy tego samego zakresu uzupełnienia (wyrok KIO z dnia 26 sierpnia 2021 r., sygn. akt KIO 2348/21). Powyższe odnieść należy analogicznie do okoliczności niniejszej sprawy, w której wykonawca KOMPLEX dwukrotnie uzupełniał ten sam dokument, który nie został przez niego złożony wraz ofertą.

Wobec powyższego, zdaniem Odwołującego wykonawca KOMPLEX nie wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie posiadania przez wykonawcę zdolności technicznej lub zawodowej.

Ponadto, jak wskazywał Odwołujący, Zamawiający kierując do wykonawcy KOMPLEX wezwanie z dnia 13 maja 2022 r. naruszył art. 128 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy PZP oraz art. 17 ust. 2 ustawy PZP poprzez dwukrotne wezwanie wykonawcy KOMPLEX do przedłożenia wykazu usług. Zamawiający ponownie wezwał wykonawcę KOMPLEX do przedłożenia tych samych dokumentów. Niedopuszczalne jest wielokrotne wzywanie do uzupełnienia tych samych dokumentów. Przyjęcie odmiennego stanowiska mogłoby prowadzić do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, pozwalając na dowolność zamawiających w decydowaniu o tym, ile razy dać poszczególnym wykonawcom szansę na poprawienie braków.” (wyrok KIO z dnia 18 lutego 2022 r., sygn. akt KIO 282/22).

Jak podkreślał Odwołujący, Zamawiający umożliwił wykonawcy KOMPLEX dwukrotne przedłożenie dokumentu, o którym mowa w art. 117 ust. 4 PZP, co stanowi naruszenie art. 128 ust. 1 ustawy PZP. Istotnym jest, że w związku z otrzymanym wezwaniem z dnia 12 kwietnia 2022 r. wykonawca KOMPLEX całkowicie zmienił treść złożonego uprzednio oświadczenia. Co jest niezmiernie istotne Zamawiający dwukrotnie wzywał wykonawcę KOMPLEX do przedłożenia wykazu usług wykonanych w okresie ostatnich 3 lat. Podkreślić należy, że okoliczności podane przez Zamawiającego w piśmie z dnia 13 maja 2022 r. były znane Zamawiającemu oraz wykonawcy KOMPLEX w dacie wysłania wezwania z dnia 12 kwietnia 2022 r. Zarówno wezwanie z dnia 12 kwietnia 2022 r. jak i 13 maja 2022 r. dotyczyło przedłożenia przez wykonawcę KOMPLEX dokumentów mających potwierdzać, że wykonawca KOMPLEX posiada wymagane przez Zamawiającego doświadczenie.

Wskazane powyżej okoliczności wskazują, że Zamawiający naruszył art. 128 ust. 1 ustawy PZP, a także art. 16 pkt 1 i 2 ustawy PZP oraz art. 17 ust. 2 ustawy PZP przez faworyzowanie wykonawcy KOMPLEX.

Niezależnie od powyższego, zdaniem Odwołującego nie sposób uznać, aby wykaz usług przedstawiony przez wykonawcę KOMPLEX potwierdzał spełnienie przez niego warunków

udziału w postępowaniu. Wykonawca KOMPLEX wskazał, że realizował usługę utrzymania terenów zieleni miejskiej w rejonie Chorzów Centrum na rzecz Urzędu Miasta Chorzów na powierzchni 74005 m<sup>2</sup> o wartości 235.000 zł od 1 stycznia 2021 r. do nadal. Doświadczenie, na które wykonawca KOMPLEX się powołuje, zdobyte zostało przez niego w ramach umowy zawartej z Urzędem Miasta Chorzów w której wykonawcą jest konsorcjum firm: ERA sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie oraz Ł.B.. W związku z powyższym, w wykazie usług wykonawca mógł powoływać jedynie prace, w których wykonaniu wykonawca ten bezpośrednio uczestniczył, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych, w których wykonywaniu bezpośrednio uczestniczył lub uczestniczy.

Jak podkreślał Odwołujący, odnosząc powyższe do okoliczności niniejszej sprawy, wskazać należy, że wykonawca KOMPLEX w wykonaniu wezwania Zamawiającego z dnia 13 maja 2022 r. przedstawił: faktury wystawiane przez ERA sp. z o.o. na rzecz Miasta Chorzów, kosztorysy wystawione przez ERA sp. z o.o., protokoły odbioru wykonanych robót podpisane przez przedstawiciela Zamawiającego oraz wykonawcy tj. Konsorcjum firm ERA sp. z o.o. oraz KOMPLEX Ł.B., oświadczenie złożone przez A.B..

Jedynym dokumentem jaki wykonawca KOMPLEX przedstawił na potwierdzenie zakresu robót jakie realizował w ramach umowy zawartej z Urzędem Miasta Chorzów w dniu 30 grudnia 2020 r. jest jego oświadczenie, z którego wynika, że cały zakres prac zrealizowany został wyłącznie przez KOMPLEX Ł.B.. Oświadczenie złożone zostało przez A.B. działającą w imieniu KOMPLEX sp. z o.o. jako lidera konsorcjum, a więc podmiot, który nie był zaangażowany w realizację umowę z dnia 30 grudnia 2020 r. oraz nawet wtedy nie istniał jeszcze. Złożone zatem przez wykonawcę KOMPLEX oświadczenie jest niewystarczające do przyjęcia, że faktycznie cały zakres umowy zawartej z Urzędem Miasta Chorzów realizowany był przez KOMPLEX Ł.B., w szczególności z uwagi na warunki jakie stawiane były wykonawcą ubiegającym się o zawarcie przedmiotowej umowy.

Jak wskazywał dalej Odwołujący, zwrócić należy uwagę, że przedmiotem umowy zawartej przez Urząd Miasta Chorzów z konsorcjum firm ERA sp. z o.o. oraz Ł.B. z dnia 30 grudnia 2020 r. było wykonanie zadania pn. Usługi utrzymania terenów zieleni miejskiej w rejonie Chorzów Centrum o powierzchni 74 005 m<sup>2</sup>. Z wykazu z dnia 8 kwietnia 2022 r. wynika, że wykonawca KOMPLEX jako powierzchnię objętą usługą wskazał cały zakres zawartej umowy z UM Chorzów bez doprecyzowania na jakiej powierzchni osobiście wykonywał umowę. Także z oświadczenia złożonego przez A.B. wynika, że pełen zakres prac przy realizacji umowy nr 1824.2020 z dnia 30 grudnia 2020 r. wykonuje KOMPLEX Ł.B.. Niniejsze prowadzić musiałyby do wniosku, że ERA sp. z o.o. nie wykonywała żadnych prac, a zawarte konsorcjum miało charakter jedynie pozorny.

Zwrócić należy uwagę, że umowa z dnia 30 grudnia 2020 r. zawarta została w trybie z wolnej ręki w związku z unieważnieniem części I powstępowania pn. Usługi utrzymania terenów zieleni na terenie miasta Chorzów o łącznej powierzchni ok. 104,84 ha w terminie od 01.01.2021 r. do 31.12.2022 r., BZP.271.61.2020. W toku postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego Urząd Miasta Chorzów dla części I wymagał, aby wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego posiadał status zakładu pracy chronionej. Przedmiotowe zamówienie skierowane zostało zatem do podmiotu zatrudniającego osoby niepełnosprawne. W związku z unieważnieniem postępowania na część I, Urząd Miasta udzielił zamówienia z wolnej ręki konsorcjum firm ERA sp. z o.o. oraz Ł.B., ale w dalszym ciągu wymagał, aby wykonawca posiadał status zakładu pracy chronionej. Spośród członków konsorcjum jedynie ERA sp. o.o. posiada status zakładu pracy chronionej. Mając na względzie powyższe nie jest możliwym, aby prace w ramach umowy z dnia 30 grudnia 2020 r. wykonywane były wyłącznie przez Ł.B., skoro założeniem zamawiającego było, aby w zamówienie zaangażowane były osoby niepełnosprawne. Ł.B. nie posiada zakładu pracy chronionej i nie zatrudnia osób niepełnosprawnych.

Zdaniem Odwołującego wykonawca KOMPLEX nie przedstawił poza złożonym przez siebie oświadczeniem żadnych innych dokumentów, które potwierdzałyby zakres wykonanych przez niego robót jak np. wystawione przez niego faktury, umowa konsorcjum czy oświadczenie złożone przez drugiego z członków konsorcjum. Przedstawiony Zamawiającemu materiał dowodowy potwierdzający rzeczywisty zakres czynności wykonywanych przez wykonawcę KOMPLEX ogranicza się wyłącznie do gołosłownego oświadczenia złożonego przez wykonawcę KOMPLEX. Pozostałe przedłożone dokumenty tj. faktury, kosztorysy oraz protokoły odbiorów potwierdzają jedynie, że konsorcjum firm ERA sp. z o.o. oraz KOMPLEX Ł.B. realizowało umowę na rzecz UM Chorzów. Nie sposób jednak na ich podstawie ustalić jaki zakres prac zrealizowany został przez KOMPLEX Ł.B., a tym samym aby wykonawca KOMPLEX wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Jak dalej argumentował Odwołujący, z okoliczności niniejszej sprawy wynika, że oferta złożona przez wykonawcę KOMPLEX stanowiła czyn nieuczciwej konkurencji. Spółka KOMPLEX sp. z o.o. została wpisana do Krajowego Rejestru Sądowego dopiero w dniu 3 marca 2022 r., a więc na kilka tygodni przed złożenie oferty w niniejszym postępowaniu. Kapitał zakładowy spółki wynosi wyłącznie 5 000,00 zł. Niniejsze oznacza, że przedmiotowa spółka nie tylko nie ma żadnego doświadczenia w realizacji usług pielęgnacji zieleni, ale także nie ma doświadczenia w realizacji żadnej umowy zawartej w trybie zamówień publicznych.

Pomimo tego, że KOMPLEX sp. z o.o. działała na rynku dopiero od niespełna miesiąca, wykonawca KOMPLEX złożył oświadczenie, z którego wynikało, że KOMPLEX sp. z o.o. ma wykonywać wszystkie prace pielęgnacyjne w pasach zielni ulicznej Rejonu B Chorzów II, Chorzów Stary i Chorzów Maciejkowice zgodnie z przedmiarem robót poza koszeniem chwastów, wiosennego wygrabiania liści z trawników, wiosennego wygrabiania liści spod grup krzewów. Natomiast Ł.B. ma wykonywać bieżące utrzymanie czystości zgodnie z przedmiarem robót oraz koszeniem chwastów, wiosennego wygrabiania liści z trawników, wiosennego wygrabiania liści spod grup krzewów.

Celem zawarcia przez KOMPLEX sp. z o.o. oraz Ł.B. umowy konsorcjum było wyłącznie doprowadzenie do zdobycia przez KOMPLEX sp. z o.o. doświadczenia przy realizacji zamówienia publicznego, którego to spółka doświadczenia wcześniej nie posiadała. Tak określony cel umowy konsorcjum narusza dobre obyczaje oraz przepisy ustawy prawo zamówień publicznych, ponieważ, członkowie konsorcjum dążyli wyłącznie do ominięcia stawianych przez Zamawiającego wymogów w zakresie posiadanego doświadczenia zawodowego. Dobitnie świadczy o tym okoliczność, zaangażowania w wykonanie umowy prawie samych pracowników KOMPLEX Ł.B..

Biorąc powyższe pod rozwagę, zdaniem Odwołującego odwołanie jest zasadne i powinno zostać uwzględnione.

Pismem datowanym na 29 czerwca 2022 r., złożonym w trakcie posiedzenia z udziałem stron, odpowiedź na odwołanie przedłożył Zamawiający, wnosząc o jego oddalenie w całości. Zamawiający wskazywał, że postawione przez Odwołującego zarzuty są chybione oraz przedstawił stosowną argumentację.

Odnosnie zarzutu nr 1, zdaniem Zamawiającego nie dołączenie do oferty oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy PZP nie oznacza, iż dokument ten nie może zostać później przez Wykonawcę uzupełniony. Z przepisów ustawy PZP nie wynika na jakim etapie ma zostać uzupełniony, czy wyłącznie na wezwanie Zamawiającego czy dopuszczalne jest samodzielne uzupełnienie tego dokumentu.

Jak kontynuował Odwołujący, w przedmiotowej sprawie wykonawca Konsorcjum KOMPLEX wraz z ofertą nie złożył oświadczenia z art. 117 ust. 4 ustawy PZP, z którego wynikałoby jakie usługi wykonają poszczególni wykonawcy. Do oferty została dołączona jedynie umowa konsorcjum. Zamawiający zbadawszy ofertę nie wezwał wykonawcy od razu do uzupełnienia ww. oświadczenia bowiem obaj konsorcjanci, każdy w złożonym osobno JEDZ, potwierdzili iż spełniają warunki udziału w postępowaniu i nie podlegają wykluczeniu. Zamawiający nie wzywał ich zatem na tym etapie postępowania do uzupełnienia dokumentu z art. 117 ust. 4 ustawy PZP tylko wezwał Wykonawcę/ Konsorcjum KOMPLEX na podstawie art. 126 ust. 1

ustawy PZP do złożenia wszystkich dokumentów. W ustawie PZP nie ma bowiem przepisu, który regulowałby kolejność wezwań i zobowiązywałby Zamawiającego do natychmiastowego wezwania do uzupełnienia oświadczenia z art. 117 ust.4 PZP. W sytuacji otrzymania bez wezwania wymaganego przepisami dokumentu, Zamawiający nie miał potrzeby aby wzywać do uzupełnienia tego dokumentu przez Wykonawcę Konsorcjum Komplex. Ponadto Zamawiający wskazuje, iż w ustawie Prawo zamówień publicznych brak jest przepisu, który regulowałby jak Zamawiający ma się w takiej sytuacji zachować; czy przyjąć dokument samodzielnie uzupełniony, który jest uzupełniany czy uznać go za nieistniejący w dokumentacji postępowania.

Zamawiający nie naruszył zatem przepisów ustawy PZP mu zarzucanych, a więc zarzut powinien zostać oddalony.

W zakresie zarzutu nr 2, zdaniem Zamawiającego, Prawo zamówień publicznych poprzez dyspozycję przepisu art. 128 ust. 1 ustawy, przewiduje możliwość uzupełnienia, poprawienia dokumentu niezbędnego do oceny oferty pod kątem spełniania warunków przez wykonawcę ubiegającego się o uzyskanie zamówienia. W przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o realizację zamówienia Zamawiający musi uzyskać informację czy postawiony przez niego warunek udziału spełnia konsorcjant, który został wskazany do wykonania usługi.

Przepisy ustawy PZP nie zawierają zakazu zmiany przez wykonawcę ( w tym wykonawcę wspólnie ubiegającego się o zamówienie publiczne) oświadczenia z art. 117 ust. 4 ustawy PZP w zakresie wskazania podmiotu, który będzie rzeczywiście realizował usługę mając na uwadze wykazanie się spełnianiem warunku doświadczenia, którego Zamawiający przy realizacji danego zamówienia wymaga.

W zakresie badania przez Zamawiającego wykazania się przez wykonawcę wspólnie ubiegającego się o zamówienie spełnianiem warunku przez konkretnego konsorcjanta, który faktycznie będzie realizował zamówienie wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza wskazując na analogię w zakresie procedury badania spełniania warunku do procedury badania udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia. Stanowisko to potwierdza wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 listopada 2021 r. KIO 2945/21.

Przyjęcie analogii co do modyfikacji oświadczenia w zakresie udziału konsorcjanta, który faktycznie będzie realizował zamówienie celem potwierdzenia spełniania postawionego przez Zamawiającego w postępowaniu warunku spełniania udziału przez wykonawcę wspólnie ubiegającego się o zamówienie jest zatem dopuszczalne i nie narusza przepisów ustawy PZP.

Odnosnie zarzutu nr 3, jak wskazywał Zamawiający, nie ma przepisu, który określałby zasadę jednokrotności wezwania do uzupełnienia dokumentu. Nie wynika ona wprost z żadnego przepisu. W orzecznictwie KIO na bazie starej ustawy PZP z 2004 roku przyjmuje się, iż zamawiający ma prawo wyjaśniać już uzupełniony dokument, jeżeli ma co do niego wątpliwości. Zdaniem KIO zamawiający powinien zawsze jednoznacznie ustalić, czy istnieją podstawy do wykluczenia wykonawcy. Nie można wprost stosować zasady, że do uzupełnienia dokumentu nie można wzywać wielokrotnie, jeżeli zamawiający zauważa błędy nie w toku jednej czynności wezwania do uzupełnienia dokumentu, ale w toku wielokrotnych czynności wezwania do uzupełnienia dokumentu, z powodu zauważonych każdorazowo innych błędów (KIO/UZP 1774/091).

Krajowa Izba Odwoławcza na bazie starej ustawy PZP z 2004 roku zwróciła uwagę, że zasada jednokrotności wezwania doznaje wyjątku w przypadku oferty złożonej przez podmioty wspólnie ubiegające się o udzielenie zamówienia publicznego. Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, iż „wezwanie do uzupełnienia dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy PZP, dotyczących innego członka konsorcjum niż ten, którego dotyczyło wcześniejsze wezwanie, nie narusza art. 26 ust. 3 oraz art. 7 ust. 1 pkt 3 PZP, nawet jeżeli wezwany jest on do uzupełnienia tego samego rodzaju oświadczeń lub dokumentów (KIO/UZP 33/09).

W przedmiotowej sprawie Zamawiający wzywał do uzupełnienia dokumentów wykonawcę wspólnie ubiegającego się o zamówienie w związku z zapytaniami, które dotyczyły poszczególnych konsorcjantów. Powstające kolejno określone stany faktyczne Zamawiający na bieżąco w ramach obowiązujących przepisów uwzględniał. Zamawiający wskazuje, iż dwa razy wzywał wykonawcę Konsorcjum KOMPLEX, najpierw do złożenia wszystkich dokumentów na podstawie art. 126 ustawy PZP, a potem po jednym razie wzywał na podstawie art. 128 PZP każdego z konsorcjantów z osobna.

W zakresie zarzutu nr 4, w ocenie Zamawiającego nie miał on podstaw aby odrzucić ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie złożoną w przedmiotowym postępowaniu, bowiem Wykonawca Konsorcjum KOMPLEX spełnił postawiony przez Zamawiającego w SWZ warunek udziału w zakresie wykazania się doświadczeniem.

Wobec przesłania przez Wykonawcę Konsorcjum KOMPLEX bez wezwania oświadczenia kolejnego konsorcjanta Ł.B. Komplex, iż wymagany zakres opisany warunkiem wykona (co zostało potwierdzone protokołami odbioru usług znajdującymi się w posiadaniu Zamawiającego - zadania aktualnie nadal realizowanego na rzecz Zamawiającego - w ramach umowy dot. „Utrzymania terenów zieleni miejskiej w rejonie Chorzów Centrum na rzecz Urzędu Miasta Chorzów na powierzchni 74005 m<sup>2</sup>”), Zamawiający po weryfikacji

wszystkich dokumentów uznał, iż Wykonawca Konsorcjum firm KOMPLEX wykazał się spełnianiem postawionego w postępowaniu warunku, w konsekwencji nie miał podstaw aby ofertę Wykonawcy odrzucić.

Zdaniem Zamawiającego w przedmiotowej sprawie nie mają znaczenia przywołane w odwołaniu przez Odwołującego nieprawidłowości potwierdzone przez Krajową Izbę Odwoławczą dot. procedury udzielenia zamówienia na wykonanie usługi, którą Wykonawca konsorcjum KOMPLEX wskazał w wykazie usług na potwierdzenie wykazania się spełnianiem warunku. Sprawa ta została już zbadana przez Urząd Zamówień Publicznych i Krajową Izbę Odwoławczą, a dotyczyła innego niż w przedmiotowej sprawie warunku udziału w związku z zastosowaniem przez Zamawiającego klauzuli społecznej.

Zamawiający wniósł także o oddalenie zarzutów nr 5 i 6. Zdaniem Zamawiającego wykonawca Konsorcjum KOMPLEX nie dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji. Zawarte przez konsorcjantów porozumienie o współpracy Firmy Komplex Sp. z o.o. i Komplex Ł.B. z dnia 25.03.2022 roku nie stanowi zakazanego antykonkurencyjnego porozumienia. Za zakazane, mające charakter czynu niedozwolonego uznawane są porozumienia zawierane przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu osobno podczas gdy w przedmiotowej sprawie przedsiębiorcy złożyli wspólną ofertę.

Podsumowując swoje stanowisko Zamawiający podkreślił, iż nie naruszył zasady przejrzystości i równego traktowania wykonawców. Zamawiający prowadząc przedmiotowe postępowanie i oceniając oferty kierował się tymi samymi, jednakowymi dla wszystkich zasadami równego traktowania i uczciwej konkurencji zgodnie warunkami udziału w postępowaniu, wymaganiami co do przedmiotu zamówienia, które zostały opisane w SWZ. Przy wykonywaniu uprawnień dyskrecyjnych Zamawiający nie dopuścił się faworyzowania wybranego Wykonawcy, działania Zamawiającego były skutkiem zaistniałych w postępowaniu sekwencji zdarzeń. Działania Zamawiającego były zgodne z przepisami Prawa zamówień publicznych.

W związku z przedstawionymi argumentami Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestników postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy PZP. Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania wynikający z art. 505 ustawy PZP.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, tj. w szczególności dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz przedłożone przez Odwołującego wraz z odwołaniem:

- umowa z dnia 30 grudnia 2020 r. RZP: 271.642.2020 zawarta pomiędzy Miastem Chorzów, a Konsorcjum firm: ERA Sp. z o. o. oraz Ł.B. prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą Ł.B. „KOMPLEX”,

- zawiadomienie o unieważnieniu postępowania RZP.271.421.2020 na realizację usługi utrzymania terenów zieleni na terenie miasta Chorzowa o łącznej powierzchni ok 104,84 ha w terminie od 01.01.2021 r. do 31.12.2022 r. z dnia 16 grudnia 2020 r.,

- SIWZ postępowania RZP.271.421.2020

- zrzut ekranu ze strony internetowej Ogólnopolskiej Bazy Pracodawców Osób Niepełnosprawnych z dnia 13.06.2022 r. godz. 11:23,

- protokół z negocjacji w trybie z wolnej ręki na zadanie: usługi utrzymania terenów zieleni na terenie miasta Chorzów o łącznej powierzchni ok. 104,84 ha w terminie od 01.01.2021 r. do 31.12.2022 r. dla części obejmującej rejon Chorzowa Centrum o powierzchni 74 005 m<sup>2</sup>,

- oświadczenie Konsorcjum firm ERA Sp. z o. o. oraz KOMPLEX Ł.B. o posiadaniu statusu zakładu pracy chronionej z dnia 21.12.2020 r.,

- informacja o wyniku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 23.12.2021 r. o sygnaturze DKZP.WKZ3.442.148.2021.OL,

- odpis uchwały KIO z dnia 2 lutego 2022 r. KIO/KD 2/22,

- odpis aktualny KRS podmiotu Firma Komplex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością.

**Izba ustaliła następujący stan faktyczny:**

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na prace pielęgnacyjne w pasach zieleni ulicznej Chorzowa o łącznej powierzchni 27,77 ha w terminie od 1.05.2022 r. do 30.04.2023 r. w podziale na 2 części (rejony): część I: REJON A Chorzów Centrum, Chorzów Batory o pow. 148 625 m<sup>2</sup>, część II: REJON B Chorzów II, Chorzów Stary, Maciejkowice o pow. 129 076 m<sup>2</sup>.

Termin składania ofert został ustalony na 28 marca 2022 r. Do upływu terminu składania ofert na część II postępowania złożone zostały 4 oferty, w tym oferta Odwołującego i Przystępującego.

W dniu 30 marca 2022 r. Zamawiający skierował do Przystępującego wezwanie na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy PZP do złożenia następujących dokumentów podmiotowych: oświadczenia wykonawcy, w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP, o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, wykazu usług zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 5 do SWZ, wykazu osób zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 6 do SWZ, oświadczenia o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy PZP zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 7 do SWZ, informacji z KRK w zakresie podstaw do wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 1, 2, 4 ustawy PZP oraz dokumentów potwierdzających, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

W odpowiedzi na wezwanie Przystępujący przedłożył żądane dokumenty oraz oświadczenie z art. 117 ust. 4, z którego wynikało, że Firma KOMPLEX Sp. z o. o. wykona wszystkie prace pielęgnacyjne w pasach zieleni ulicznej REJONU B Chorzów II, Chorzów Stary i Chorzów Maciejkowice zgodnie z przedmiarem robót poza: poz. 1.1.2 koszenie chwastów, poz. 1.1.27 wiosenne wygrabianie liści z trawników, poz. 1.1.28 wiosenne wygrabianie liści spod grup krzewów, a wykonawca KOMPLEX Ł.B. wykona prace pielęgnacyjne w pasach zieleni ulicznej REJONU B Chorzów II, Chorzów Stary i Chorzów Maciejkowice zgodnie z przedmiarem robót: poz. 1.1.2 koszenie chwastów, poz. 1.1.27 wiosenne wygrabianie liści z trawników, poz. 1.1.28 wiosenne wygrabianie liści spod grup krzewów oraz bieżące utrzymanie czystości zgodnie z przedmiarem robót.

Następnie Zamawiający wezwaniem z dnia 12 kwietnia na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy PZP, wezwał Przystępującego do przedłożenia wykazu usług. Zgodnie z treścią wezwania: *„Wykonawca do oferty nie dołączył oświadczenia z art. 117 ust. 4. Wykonawca dostał ten dokument bez wezwania Zamawiającego. Z dokumentu wynika, że część prac, co do których Zamawiający wymagał doświadczenia na spełnianie warunku udziału będzie wykonywała Firma Komplex Sp. z o. o. Zgodnie z art. 117 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (...). Z przedstawionych dokumentów nie wynika, że Firma KOMPLEX Sp. z o. o. posiada doświadczenie, którego wymagał Zamawiający, w zakresie czynności, które będzie wykonywać. W związku z czym Zamawiający wzywa do złożenia dokumentów (wykaz usług z załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane należycie), z których będzie wynikać, że Firma KOMPLEX Sp. z o. o. posiada odpowiednie doświadczenie”.*

W dniu 14 kwietnia 2022 r. Przystępujący przedłożył Zamawiającemu oświadczenie z art. 117 ust. 4 ustawy PZP, zgodnie z którym, Firma KOMPLEX Sp. z o. o. zapewni wsparcie techniczne i finansowe w realizacji przedmiotu zamówienia, a KOMPLEX Ł.B. wykona wszystkie prace pielęgnacyjne w pasach zieleni ulicznej REJONU B Chorzów II, Chorzów Stary i Chorzów Maciejkowice z przedmiarem robót oraz bieżące utrzymanie czystości zgodnie z przedmiarem robót.

W dniu 15 kwietnia 2022 r. Zamawiający zawiadomił o wyborze oferty najkorzystniejszej, którą w części 2 okazała się oferta Konsorcjum: Firma KOMPLEX Sp. z o. o. oraz KOMPLEX Ł.B..

Pismem z dnia 19 kwietnia 2022 r. Zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 15 kwietnia 2022 r. Powodem unieważnienia był „fakt nie uwzględnienia poprawy innej omyłki dokonanej wcześniej”. Jednocześnie Zamawiający dokonał powtórnego wyboru oferty Konsorcjum Firma KOMPLEX Sp. z o. o. i KOMPLEX Ł.B..

Pismem z dnia 10 maja 2022 r. Zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 19 kwietnia 2022 r. Powodem unieważnienia „jest fakt, że Zamawiający dokona powtórnego badania i oceny ofert”.

Wezwaniem z dnia 13 maja 2022 r., skierowanym na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy PZP, Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia wykazu usług wykonanych w okresie ostatnich 3 lat. Zgodnie z treścią wezwania „wykonawca na wezwanie dołączył wykaz usług oraz oświadczył, że wszystkie protokoły odbioru prac związanych z realizacją umowy są składane co miesiąc wraz z fakturą w siedzibie UM Chorzów. Jednak wskazane usługi firma KOMPLEX Ł.B. wykonuje w ramach konsorcjum, a ani zarówno w protokołach ani w wykazie nie jest wskazane dokładnie jakie faktycznie usługi firma KOMPLEX Ł.B. wykonuje osobiście. Natomiast w związku z tym, że postępowanie wymaga formy pisemnej informacja ta winna znaleźć się w jednym z tych dokumentów. W związku z powyższym Zamawiający wzywa do złożenia nowego wykazu, w którym będzie podany zakres prac jaki faktycznie wykonuje firma KOMPLEX Ł.B.. Wykaz ten powinien jednocześnie potwierdzać spełnianie warunku postawionego przez Zamawiającego. W przypadku, gdyby wskazane usługi wykonywane przez KOMPLEX Ł.B. nie potwierdzały spełniania warunku stawianego przez Zamawiającego, Zamawiający wzywa do przedłożenia nowego wykazu usług wraz z załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane należycie celem potwierdzenia warunku stawianego przez Zamawiającego”. Zamawiający wezwał również do przedłożenia wykazu osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia.

Zgodnie z treścią wezwania „Wykonawca na wezwanie dołączył wykaz osób oraz przesłał nowe oświadczenie z art. 117 ust. 4 z dnia 14.04.2022 r. Z oświadczenia z art. 117 ust. 4 wynika, że prace fizyczne będzie wykonywała firma KOMPLEX Ł.B., natomiast ze złożonego wykazu nie wynika, że wskazani pracownicy są pracownikami firmy KOMPLEX Ł.B.. W związku z tym Zamawiający prosi o uzupełnienie wykazu o informację, w których firmach są zatrudnieni wskazani pracownicy. Jeśli będą to pracownicy Firmy KOMPLEX Sp. z o. o., to na jakich zasadach będą oni brać udział w świadczeniu usługi. W przypadku, gdyby wskazani w wykazie pracownicy i zależności nie potwierdzały spełniania przez wykonawcę warunku podanego przez Zamawiającego, Zamawiający wzywa do przedłożenia nowego wykazu osób celem potwierdzenia warunku stawianego przez Zamawiającego”.

W odpowiedzi na wezwanie Przystępujący przedłożył oświadczenie, z którego wynika, że pełen zakres prac przy realizacji umowy nr 1824.2020 z dnia 30 grudnia 2020 pn. „Usługa utrzymania terenów zieleni miejskiej w rejonie Chorzów Centrum o powierzchni 74005 m<sup>2</sup>” wykonuje KOMPLEX Ł.B. z siedzibą w Świętochłowicach”.

Pismem z dnia 6 czerwca 2022 r. Zamawiający powiadomił o powtórny wyborze oferty najkorzystniejszej, którą w ramach części 2 okazała się oferta Konsorcjum Firma KOMPLEX Sp. z o. o. oraz KOMPLEX Ł.B..

Zgodnie z sekcją VII SWZ, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące: (4) zdolności technicznej lub zawodowej:

Za minimalny poziom zdolności uznane zostanie, wykazanie przez wykonawcę, że:

- 1) w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał prace w zakresie realizacji usług odpowiadających przedmiotowi zamówienia. Przez prace odpowiadające przedmiotowi zamówienia Zamawiający rozumie prace związane z utrzymaniem zieleni parkowej, z utrzymaniem zieleni na skwerach, z utrzymaniem zieleni w pasach ulicznych. Wykonawca musi wykazać, że w zakresie prac związanych z utrzymaniem zieleni wykonał co najmniej 10 usług częściowych wymienionych w załączonych do SWZ przedmiarach prac. Wykonawca powinien wykazać się odrębną realizacją usług odpowiadających przedmiotowi zamówienia dla każdej części zamówienia, na którą/które wykonawca składa ofertę. I tak: dla części II – rejonu B na pow. co najmniej 7ha, nieprzerwanie w okresie co najmniej 1 roku, w ramach jednej umowy.

Zgodnie z punktem 3 sekcji VII: „Zamawiający, w stosunku do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, w odniesieniu do warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej dopuszcza łączne spełnianie warunku przez wykonawców”.

**Izba zważyła, co następuje:**

#### **Zarzut nr 1 i 2**

Zarzut nr 1 opiera się na twierdzeniu, że odrzucenie oferty Przystępującego powinno nastąpić tylko i wyłącznie z tego względu, że Przystępujący w toku postępowania nie przekazał Zamawiającemu wykazu realizowanych przez KOMPLEX Sp. z o. o. usług, co oznacza, że Przystępujący nie przedłożył w toku postępowania dokumentów, o które wnosił Zamawiający, a które potwierdzałyby, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu. Łączy się on z zarzutem nr 2.

Zwrócić należy uwagę, że w toku postępowania miały miejsce dwa wezwania Zamawiającego do uzupełnienia wykazu usług. Pierwsze wezwanie z 12 kwietnia w swojej treści nawiązywało do przedłożonego wraz z pozostałymi dokumentami podmiotowymi oświadczenia z art. 117 ust. 4 ustawy PZP, na podstawie którego Zamawiający powziął wątpliwości w zakresie doświadczenia podmiotu Firma KOMPLEX Sp. z o. o. Zamawiający chciał zatem uzyskać dokumenty, które potwierdzać będą, że wykonawca KOMPLEX Sp. z o. o. posiada odpowiednie doświadczenie do realizacji przedmiotowego zamówienia. Nie ulega wątpliwości, że wezwanie Zamawiającego miało swoje źródło w wiedzy własnej Zamawiającego na temat podmiotów realizujących umowę, na którą Przystępujący powoływał się w wykazie usług. Zamawiający zweryfikował dane zawarte w wykazie usług i doszedł do wniosku, że tylko jeden z konsorcjantów – tj. KOMPLEX Ł.B. realizuje ww. umowę w konsorcjum z innym podmiotem, a zatem podmiot Firma KOMPLEX Sp. z o. o. nie wykazał wymaganego doświadczenia, co stało w sprzeczności z treścią oświadczenia z art. 117 ust. 4 ustawy PZP, wedle którego podmiot ten również miał uczestniczyć w wykonaniu prac, dla których Zamawiający postawił warunek posiadania zdolności technicznej lub zawodowej.

Zdaniem składu orzekającego, dostrzegając wskazaną niespójność pomiędzy przedłożonym wykazem usług, a oświadczeniem z art. 117 ust. 4 ustawy PZP, Zamawiający powinien Przystępującego wezwać do uzupełnienia wykazu lub do uzupełnienia oświadczenia. Niewątpliwie oświadczenie z art. 117 ust. 4 ustawy PZP ma charakter uzupełnialny. Zatem Zamawiający kierując wezwanie tylko do uzupełnienia wykazu zablokował wykonawcy ścieżkę do poprawienia oświadczenia, które przecież służy także wykazywaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców wspólnie ubiegających się o

udzielenie zamówienia i z reguły treść tego oświadczenia odpowiada danym, które znajdują się w wykazie usług. Zatem przedłożenie przez wykonawcę drugiego oświadczenia z art. 117 ust. 4 ustawy PZP zamiast nowego wykazu nie może być odczytywane na jego niekorzyść skoro zamawiający zawęził mu możliwość działania kreując taką a nie inną treść wezwania.

Nie można również zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, że Przystępujący nie miał prawa do zmiany oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy PZP. Wskazać należy, że zgodnie z treścią art. 128 ust. 1 ustawy PZP, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że: wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania. Po pierwsze, należy zatem zauważyć, że ustawodawca użył - dla sytuacji, gdy oświadczenia lub dokumenty dotknięte są wymienionymi w przepisie wadami - sformułowania „wzywa”, co oznacza, że zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę do ich uzupełnienia. Po drugie, z obowiązku wezwania, zgodnie z ww. przepisem, zwalnia zamawiającego jedynie sytuacja, w której oferta wykonawcy podlegałaby odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Ustawodawca nie wymienił innych, poza dwoma wyżej wymienionymi, sytuacji, w których zamawiający mógłby odstąpić od obowiązku wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, w szczególności nie wymienił wśród tych sytuacji okoliczności samouzupełnienia dokumentu przez wykonawcę. Tym samym samodzielne uzupełnienie dokumentów przez wykonawcę, jeżeli są one dotknięte wadami, nie zwalnia zamawiającego z obowiązku skierowania wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy PZP (tak: wyrok z dnia 10 maja 2018 r., KIO 781/18). Jednakże może mieć miejsce sytuacja, w której zamawiający – pomimo wspomnianego obowiązku wezwania wykonawcy – czynności tej zaniecha, co stanowi naruszenie przepisów ustawy PZP oraz może skutkować negatywnymi konsekwencjami dla danego wykonawcy. Sytuacja taka miała również miejsce w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający powinien był bowiem rozszerzyć zakres pierwszego wezwania umożliwiając tym samym wykonawcy zmianę wykazu usług lub oświadczenia z art. 117 ust. 4 ustawy PZP. Z uwagi na to, że Zamawiający zaniechał powyższego, wykonawca nie może z tego tytułu ponosić negatywnych konsekwencji. A zatem należy uznać za skuteczną samodzielną zmianę ww. oświadczenia.

Odnosząc się natomiast do wezwania z dnia 13 maja wskazać należy, że celem zastosowania wezwania, o którym mowa w art. 128 ust. 1 ustawy PZP, jest umożliwienie

wykonawcy, który nie złożył podmiotowych środków dowodowych, lub przedłożone przez niego środki dowodowe nie potwierdzają swoją treścią spełniania przez niego warunków udziału w postępowaniu, ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia. Przy czym podkreślić należy, że przez uzupełnienie czy poprawienie podmiotowych środków dowodowych, należy rozumieć uzupełnienie/poprawienie oświadczenia wykonawcy jakim jest np. wykaz usług. Wykonawca może to uczynić składając odrębne oświadczenie zawierające uzupełnione lub poprawione informacje. Nie jest przy tym konieczne ponowienie treści wykazu w zakresie, którego nie dotyczyło wezwanie. Sam wykaz usług jest bowiem oświadczeniem własnym wykonawcy, składanym w określonej, najczęściej stabelaryzowanej formie, którego celem jest potwierdzenie spełniania przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu. Natomiast Zamawiający ma w takim wypadku obowiązek łącznej oceny przedłożonych przez wykonawcę dokumentów, tj. wykazu i uzupełniającego go oświadczenia.

Z tego względu należy dojść do wniosku, że w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 13 maja 2022 r. Przystępujący mógł oświadczyć, że wszystkie prace w ramach wykazywanej usługi zostały wykonane przez jednego z konsorcjantów samodzielnie i takie oświadczenie powinno zostać ocenione przez Zamawiającego jako uzupełnienie wykazu usług. Nie można zatem stwierdzić, że Przystępujący nie uzupełnił wykazu usług. Nie doszło zatem do naruszenia przepisów, na które wskazywał Odwołujący w ramach zarzutu nr 1 i nr 2.

### **Zarzut nr 3**

Zdaniem składu orzekającego w niniejszej sprawie wezwanie z dnia 12 kwietnia i 13 maja odnosiło się do zupełnie różnych kwestii. Pierwsze z nich dotyczyło uzupełnienia wykazu, z którego będzie wynikać, że Firma KOMPLEX Sp. z o. o. posiada odpowiednie doświadczenie. Drugie wezwanie dotyczyło natomiast drugiego z konsorcjantów – Zamawiający chciał uzyskać informację, z których wynikać będzie zakres prac jaki faktycznie wykonuje w ramach wykazywanej w wykazie usług umowy konsorcjant KOMPLEX Ł.B.. Nie została zatem naruszona zasada jednokrotności wezwania do uzupełnienia tego samego dokumentu. Jak bowiem zgodnie się przyjmuje w orzecznictwie i doktrynie, wezwanie na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy PZP może być dokonywane tylko raz w stosunku do tej samej nieprawidłowości dotyczącej określonego oświadczenia lub dokumentu. Ponownie, Zamawiający w sposób niedostateczny przeanalizował przedłożony przez Przystępującego wykaz usług i w wezwaniu z dnia 12 kwietnia wyartykułował jedynie część wątpliwości, jakie miał do treści tego dokumentu. Postępując właściwie, wszystkie błędy i braki wykazu powinny zostać przez Zamawiającego wyrażone w treści pierwszego wezwania. Nie można jednak Przystępującemu czynić zarzutu, że Zamawiający kreował taką, a nie inną treść

kierowanych wezwań. Wskazać bowiem należy, że wezwanie powinno precyzyjnie wskazywać uchybienia przedłożonej dokumentacji oraz sposób ich usunięcia. W sytuacji, w której ww. warunki nie zostaną zachowane możliwym jest skierowanie ponownego wezwania w trybie art. 128 ust. 1 ustawy PZP.

Powyższe potwierdza również orzecznictwo, zgodnie z którym powtórne wezwanie do uzupełnienia oświadczenia lub dokumentu jest niedopuszczalne wówczas, gdy dotyczy tego samego zakresu uzupełnienia, tj. sytuacji, gdy wykonawca na pierwsze wezwanie skierowane przez zamawiającego nie uzupełnił danego dokumentu w zakresie określonym w wezwaniu (tak: wyrok z dnia 26 sierpnia 2021 r., KIO 2348/21). W przedmiotowej sprawie wezwania zamawiającego dotyczyły zupełnie różnych kwestii, a zatem zasada wyartykułowana wyżej nie została naruszona. W związku z powyższym uznać należy, że zarzut nr 3 jest chybiony.

#### **Zarzut nr 4**

Zdaniem Izby przedmiotowy zarzut nie został wykazany przez Odwołującego, a w związku z tym należało go oddalić.

Izba co do zasady zgadza się z przedstawianymi przez Odwołującego w odwołaniu tezami, że jeżeli wykonawca powołuje się na doświadczenie w realizacji robót budowlanych, dostaw lub usług, wykonywanych wspólnie z innymi wykonawcami, przedkładany wykaz dotyczy dostaw lub usług, w których wykonaniu wykonawca ten bezpośrednio uczestniczył, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych, w których wykonywaniu bezpośrednio uczestniczył lub uczestniczy.

Pamiętać przy tym należy, o czym mowa była wyżej, że zdaniem Izby oświadczenie Przystępującego o samodzielnym realizowaniu całego zakresu prac w ramach wykazywanej w wykazie usług umowy przez konsorcjanta KOMPLEX Ł.B. stanowiło skuteczne uzupełnienie wykazu usług na wezwanie Zamawiającego.

Odwołujący upatruje zasadności przedmiotowego zarzutu w tym, że usługa, na którą w wykazie powołuje się Przystępujący, jest przez niego wykonywana na skutek udzielenia zamówienia z wolnej ręki, w którym jednym z wymagań było posiadanie statusu zakładu pracy chronionej oraz zatrudnianie osób niepełnosprawnych, a konsorcjant KOMPLEX Ł.B. takiego statusu nie posiada oraz nie zatrudnia osób niepełnosprawnych, a zatem niemożliwym jest by wykonywał on w całości przedmiotową usługę.

Wskazać przy tym należy, że Odwołujący oprócz stawianych twierdzeń oraz dowodów potwierdzających fakt, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia z wolnej ręki faktycznie miały miejsce pewne nieprawidłowości, nie przedstawił dowodów na to, że KOMPLEX Ł.B. faktycznie nie wykonywał umowy, na którą powoływał się Przystępujący w wykazie usług.

Nie ulega bowiem wątpliwości, że jeżeli dany podmiot wykonuje określoną umowę, to zdobywa doświadczenie związane z jej wykonywaniem, bez względu na okoliczności w jakich do podpisania umowy doszło. Odwołujący nie przedstawił dowodów na to, że KOMPLEX Ł.B. nie wykonywał samodzielnie umowy, na którą powołuje się Przystępujący w przedłożonym wykazie usług, a zatem nie jest możliwym uwzględnienie postawionego zarzutu.

Wskazać przy tym należy, iż argument Odwołującego, że Przystępujący nie przedstawił poza złożonym oświadczeniem żadnych innych dokumentów, które potwierdzałyby zakres wykonanych przez niego robót, co przesądza o niewykazaniu przez niego spełniania warunków udziału w postępowaniu, jest chybiony. Wskazać należy, iż treść wezwania z dnia 13 maja 2022 r. wskazywała wyraźnie na obowiązek uzupełnienia wykazu usług, z którego wynikać będzie zakres realizowanych przez KOMPLEX Ł.B. prac. Zamawiający nie wzywał do przedłożenia innych dokumentów, a jak przesądzone zostało we wcześniejszej części uzasadnienia, uzupełnienie wykazu, który jest de facto oświadczeniem własnym wykonawcy, nie musi następować poprzez przedłożenie nowego wykazu, a wystarczy oświadczenie własne, które musi być przez Zamawiającego ocenione łącznie z przedłożonym wykazem. Uznać zatem należy, że doszło do uzupełnienia wykazu usług, z którego wynika, jaki zakres prac wykonywany był przez konsorcjanta KOMPLEX Ł.B., a zatem wykazane zostało przez Przystępującego spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia. Fakt przeciwny nie został zdaniem Izby wykazany przez Odwołującego, a zatem przedmiotowy zarzut należało oddalić.

#### **Zarzut nr 5**

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Precyzując ww. zarzut Odwołujący wskazywał, że zachowanie Przystępującego wypełnia dyspozycję przepisów art. 3 ust. 1 i art. 15c ustawy 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r., poz. 1233). Zgodnie z tymi przepisami czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta (art. 3 ust. 1). Natomiast zgodnie z drugim przywołanym przepisem czynem

nieuczciwej konkurencji jest naruszenie zakazu praktyk ograniczających konkurencję w rozumieniu art. 6 i art. 9 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2021 r. poz. 275), a także art. 101 i art. 102 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej.

Zdaniem Odwołującego zachowanie Przystępującego wypełnia dyspozycję ww. przepisów z uwagi na to, że celem zawarcia przez KOMPLEX Sp. z o. o. oraz Ł.B. umowy konsorcjum było wyłącznie doprowadzenie do zdobycia przez KOMPLEX Sp. z o. o. doświadczenia przy realizacji zamówienia publicznego, którego to spółka doświadczenia wcześniej nie posiadała. Zachowanie wykonawcy KOMPLEX zdaniem Odwołującego narusza zatem interesy innych przedsiębiorców występujących na rynku, ponieważ miało doprowadzić do wprowadzenia na rynek podmiotu nie spełniającego warunków udziału w zamówienie.

Odwołujący przedmiotowy zarzut opiera w większości na treści oświadczenia Przystępującego, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy PZP, jednak pomija fakt, że oświadczenie to zostało zmodyfikowane, a jak mowa było we wcześniejszej części uzasadnienia, Izba uznała tę modyfikację za skuteczną i dopuszczalną.

Zdaniem Izby Odwołujący nie wykazał również w jaki sposób zachowanie Przystępującego miałyby zagrażać lub naruszać interesy innych przedsiębiorców. Samo zawarcie umowy konsorcjum oraz próba uzyskania zamówienia przez dwa współpracujące podmioty nie może sama przez się stanowić o czynie nieuczciwej konkurencji nawet w sytuacji, gdy jeden z tych podmiotów nie posiada doświadczenia wymaganego do realizacji prac objętych zamówieniem. Wskazać bowiem należy, że oprócz fizycznego wykonania prac wymagających określonego doświadczenia, na realizację kontraktu składa się więcej elementów o charakterze ubocznym, jak choćby obsługa administracyjna, wzajemne rozliczenia, różnego rodzaju działania wspomagające i pomocnicze, które nie są objęte warunkiem posiadania doświadczenia. Te właśnie działania wspomagające mają być wykonywane przez Firma KOMPLEX Sp. z o. o. i Izba nie znajduje uzasadnienia dla zanegowania takiego modelu współpracy obu podmiotów.

Brak jest także zdaniem Izby dowodów na to, że zachowanie Przystępującego stanowi naruszenie zakazu praktyk ograniczających konkurencję w rozumieniu art. 6 i art. 9 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów.

Z powyższych względów przedmiotowy zarzut podlegał oddaleniu.

Zarzut nr 6, będący zarzutem wynikowym w stosunku do pozostałych postawionych zarzutów, w związku z ich oddaleniem również zasługuje na oddalenie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy PZP oraz w oparciu o § 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).

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....