

Sygn. akt: KIO 627/21

Sygn. akt: KIO 630/21

Sygn. akt: KIO 657/21

Sygn. akt: KIO 658/21

WYROK
z dnia 15 kwietnia 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Kuszel -Kowalczyk

Członkowie: Klaudia Szczytowska - Maziarz

Monika Szymanowska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 kwietnia 2021 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A.....W

dniu 26 lutego 2021 r. przez wykonawcę **B. S.** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **B. S. Clean World z siedzibą w Kiełczowie** (KIO 627/21)

B.....W

dniu 26 lutego 2021 r. przez wykonawcę **D. B.** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **D. B. Biuro Projektowe Ogrody Hesperyd z siedzibą w Żaganiu** (KIO 630/21)

C.....W

dniu 1 marca 2021 r. przez wykonawcę **S&A Service Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** (KIO 657/21)

D.....W

dniu 1 marca 2021 r. przez wykonawcę **A. J.** prowadzącego działalność

gospodarczą pod firmą **A. J. „HERKULES” z siedzibą w Kielczowie** (KIO 658/21)

w postępowaniu prowadzonym przez **2 Wojskowy Oddział Gospodarczy we Wrocławiu**

przy udziale

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **ZABERD S.A. z siedzibą we Wrocławiu, R. P.** prowadząca działalność gospodarczą pod firmą **PAROKS R. P. z siedzibą w Pęcicach, M. P.** prowadzący działalność gospodarczą pod firmą **KOSPAR M. P. z siedzibą w Jankowicach Wielkich** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawach o sygn. akt: **KIO 627/21, KIO 630/21, KIO 657/21** po stronie zamawiającego,
- B. wykonawcy **S&A Service Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: **KIO 630/21**, po stronie odwołującego
- C. wykonawcy **D. B.** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **D. B. Biuro Projektowe Ogrody Hesperyd z siedzibą w Żaganiu** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: **KIO 657/21**, po stronie odwołującego

orzeka:

- I. w sprawie o sygn. akt: **KIO 627/21:**
 - 1. uwzględnia częściowo odwołanie w zakresie zarzutu nr 1 odwołania i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania nr 2, powtórzenie czynności badania i oceny ofert w zakresie zadania nr 2, w tym uznanie za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji znajdujących się w załącznikach 1 - 3 do wyjaśnień wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **ZABERD S.A. z siedzibą we Wrocławiu, R. P.** prowadząca działalność gospodarczą pod firmą **PAROKS R. P. z siedzibą w Pęcicach, M. P.** prowadzący działalność gospodarczą pod firmą **KOSPAR M. P. z siedzibą w Jankowicach Wielkich** dotyczących ceny ofertowej z dnia 13 stycznia 2021 r. tj. kosztorysu indywidualnego/szczegółowego, Instrukcji **ZABERD S.A.** dotyczącej sposobu i trybu przetwarzania informacji i dokumentów oznaczonych tajemnica przedsiębiorstwa oraz **Polityki Bezpieczeństwa Systemów Informatycznych ZABERD S.A.**

2. w pozostałym zakresie oddała odwołanie,

3.k

osztami postępowania obciąża wykonawcę - **B. S.** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **B. S. Clean World z siedzibą w Kielczowie w części 1/2 i 2 Wojskowy Oddział Gospodarczy we Wrocławiu w części 1/2** i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **B. S.** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **B. S. Clean World z siedzibą w Kielczowie** tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od **2 Wojskowego Oddziału Gospodarczego we Wrocławiu** na rzecz wykonawcy **B. S.** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **B. S. Clean World z siedzibą w Kielczowie** kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącą zwrot kosztów wpisu w części 1/2, koszty pełnomocników znosi się wzajemnie

II. w sprawie o sygn. akt: KIO 630/21:

1. oddała zarzuty odwołania.

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę - **D. B.** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **D. B. Biuro Projektowe Ogrody Hesperyd z siedzibą w Żaganiu** i

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **D. B.** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **D. B. Biuro Projektowe Ogrody Hesperyd z siedzibą w Żaganiu** tytułem wpisu od odwołania.

2.2. zasądza od wykonawcy **D. B.** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **D. B. Biuro Projektowe Ogrody Hesperyd z siedzibą w Żaganiu** na rzecz zamawiającego **2 Wojskowego Oddziału Gospodarczego we Wrocławiu** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą zwrot kosztów pełnomocnika.

III. w sprawie o sygn. akt: KIO 657/21:

1. oddała zarzuty odwołania.

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę - **S&A Service Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** i

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **S&A Service Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** tytułem wpisu od odwołania.
- 2.2. zasądza od wykonawcy **S&A Service Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** na rzecz zamawiającego **2 Wojskowego Oddziału Gospodarczego we Wrocławiu** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą zwrot kosztów pełnomocnika.

IV. w sprawie o sygn. akt: KIO 658/21:

1. umarza postępowanie w zakresie zarzutu nr 1 odwołania.
2. w pozostałym zakresie oddala zarzuty odwołania.
3. kosztami postępowania obciąża wykonawcę - **A. J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą A. J. „HERKULES” z siedzibą w Kielczowie** i
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **A. J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą A. J. „HERKULES” z siedzibą w Kielczowie** tytułem wpisu od odwołania.
 - 3.2. zasądza od wykonawcy **A. J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą A. J. „HERKULES” z siedzibą w Kielczowie** na rzecz zamawiającego **2 Wojskowego Oddziału Gospodarczego we Wrocławiu** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą zwrot kosztów pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1919 ze zm.) w zw. z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020) 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:

Członkowie:

.....

Sygn. akt: KIO 627/21

Sygn. akt: KIO 630/21

Sygn. akt: KIO 657/21

Sygn. akt: KIO 658/21

Uzasadnienie

Zamawiający – 2 Wojskowy Oddział Gospodarczy we Wrocławiu - prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) – zwanej dalej: „ustawą Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: *„Usługa sprzątnia zewnętrznych powierzchni utwardzonych oraz utrzymania terenów zielonych” z podziałem na 7 zadań*, numer referencyjny: INFR/574/2020. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 09.09.2020 r. pod numerem 2020/S 175-422880.

Sygn. akt: KIO 627/21

Wykonawca - B. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą B. S. Clean World z siedzibą w Kielczowie (zwany dalej: „Clean World” lub „odwołującym I”) wniósł w dniu 26 lutego 2021 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec niezgodnych z ustawą Pzp czynności oraz zaniechań w postępowaniu w zakresie zadania nr 2.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa:

1. naruszenie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: „uznk”) i w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, przez zaniechanie ujawnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ZABERD S.A. z siedzibą we Wrocławiu, Wrocław, PAROKS R. P. z siedzibą w Pępicach, KOSPAR M. P. z siedzibą w Jankowicach Wielkich (dalej „Konsorcjum”), w zakresie całej kalkulacji mającej stanowić dowód braku rażąco niskiej ceny, mimo że zastrzeżone przez konsorcjum informacje nie spełniają przesłanek do uznania ich za tajemnice przedsiębiorstwa. Zastrzeżone informacje nie mają waloru tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów uznk, względnie okoliczność ta nie została przez Konsorcjum wykazana, czym Zamawiający w znacznym stopniu ograniczył realną możliwość

skorzystania przez Odwołującego z przysługujących jemu na mocy ustawy środków ochrony prawnej, w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, przez przygotowanie i prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz niezgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

ewentualnie w przypadku uznania przez Izbę, że ww. zarzut podlega oddaleniu Odwołujący podniósł:

2. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum w zadaniu nr 2, pomimo że zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz poprzez nieuprawnioną ocenę wyjaśnień prowadzącą do uznania, że cena zaoferowana przez Konsorcjum nie jest rażąco niska.
3. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp oraz art. 90 ust. 3 w związku z art. 90 ust. 1 – 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum w sytuacji, gdy wykonawca złożył nierzetelne, ogólnikowe i lakoniczne wyjaśnienia, uzasadniając podniesione przez siebie twierdzenia w zakresie ceny i że jest on w stanie wykonać przedmiot zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego, a tym samym nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny - a w konsekwencji - zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum mimo, iż oferta ta zawierała rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający tym samym wbrew dyspozycji art. 90 ust. 3 ustawy Pzp jedynie formalnie dopełnił procedury wyjaśniającej, nie przeprowadzając pogłębionej merytorycznej analizy wyjaśnień złożonych przez wykonawcę, mimo iż Konsorcjum nie udźwignęło spoczywającego na nim ciężaru dowodu, a tym samym nie obaliło domniemania, że cena oferty jest rażąco niska.
4. naruszenie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez brak wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień gdy istotne części składowe ceny wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia, a w następstwie zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum mimo, iż oferta ta zawierała rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

ponad powyższe zarzuty zamawiającemu zarzucił również:

5. naruszenie dyspozycji art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez brak wezwania Konsorcjum do wyjaśnień przedłożonego wykazu usług (zał. nr 6.2 do SIWZ) w zakresie zadania nr 2 w sytuacji, w której Konsorcjum posłużyło się doświadczeniem i referencjami wystawionymi samemu sobie, tym samym Zamawiający naruszył obowiązek równego traktowania przez zamawiającego wszystkich wykonawców.

W oparciu o powyższe odwołujący I wnosił o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej w ramach zadania nr 2;
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem zarzutów podniesionych w odwołaniu;
3. odtajnienia i udostępnienia odwołującemu dokumentów objętych przez Konsorcjum ochroną, jako tajemnica przedsiębiorstwa tj., odtajnienie kalkulacji stanowiącej dowód braku rażąco niskiej ceny, przy jednoczesnym przedstawieniu bardzo ogólnikowych wyjaśnień w pozostałej części;
4. odrzucenia oferty Konsorcjum w zakresie zadania nr 2;
5. dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty wśród pozostałych ważnych ofert;
6. zasądzeniu na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego tj. kosztów złożenia odwołania, kosztów transportu i ewentualnych kosztów zastępstwa procesowego, zgodnie z właściwymi przepisami.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący I podnosił, co następuje.

W pierwszej kolejności odwołujący I zauważył, że Konsorcjum złożyło ofertę zawierającą wartość brutto niższą od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert o 31,68%. Pismem z dnia 7 stycznia 2021r. zamawiający wezwał Konsorcjum do udzielenia wyjaśnień wraz z dowodami dotyczącymi elementów ceny oferty w zakresie zadania nr 2. W treści wezwania Zamawiający wskazał cyt.: *„w ocenie zamawiającego budzi to wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego.”*

Następnie odwołujący I zwrócił uwagę, że Zamawiający w omawianym wezwaniu, wskazał na konieczność wskazania przez Konsorcjum w szczególności z dowodami:

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia,
- 2) wybranych rozwiązań technicznych,
- 3) wyjątkowo sprzyjających warunków wykonania zamówienia dostępnych dla wykonawcy,
- 4) oryginalności projektu wykonawcy,
- 5) kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalania ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2020r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020r., poz. 2207),
- 6) wpływu pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów,

- 7) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 8) wynikających z przepisów prawa ochrony środowiska;
- 9) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy;
- 10) innych czynników kształtujących cenę.

Odnosnie zaniechania odtajnienia części wyjaśnień Konsorcjum, odwołujący I wskazał, że Zamawiający udostępnił Odwołującemu dokumentację postępowania, z której wynika, że Konsorcjum przedstawiło wyjaśnienia dotyczące wyliczenia ceny dla zadania nr 2 (pismo znak: ZBW/HO/AN/076). Odwołującemu została udostępniana tylko część wyjaśnień - bez kalkulacji (którą w całości zastrzegło Konsorcjum jako tajemnicę przedsiębiorstwa) oraz bez załącznika nr 2 „Instrukcja ZABERD (...)” oraz załącznika nr 3 „Polityka Bezpieczeństwa (...)”, które nie zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, co zdaniem odwołującego I prowadziło do uznania, iż nie zostały przesłane zamawiającemu w ogóle.

Zasada jawności postępowania jest jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie

zamówień publicznych a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika z art. 8 ust. 2 ustawy Pzp. Wyjątki od zasady jawności określa art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący I podkreślił, że w celu skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, konieczne jest nie tylko wskazanie, iż dane informacje spełniają obiektywne przesłanki uznania za tajemnicę w rozumieniu art. 11 ust. 2 uznk, ale również – prawidłowe wskazanie tego faktu. Bezzasadność dokonanego zastrzeżenia, brak złożenia uzasadnienia lub też złożenie niedostatecznie przekonującego uzasadnienia albo nie złożenie dowodów potwierdzających podjęcie przez wykonawcę środków zmierzających do zachowania informacji w poufności musi skutkować odtajnieniem zastrzeżonych informacji. Obowiązek zbadania prawidłowości

dokonanego przez wykonawcę zastrzeżenia spoczywa na Zamawiającym, który zgodnie z art. 8 ust. 1- 3, jak również art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, zobowiązany jest do rzetelnego przeprowadzenia tej czynności nie ujawnienia informacji nieprawidłowo objętych przez wykonawcę klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący I wskazał, że aby skutecznie wyjaśnić zastrzeżenie informacji, wykonawca musi wykazać łączne spełnienie przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których

mowa w art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji tj. Dz.U. 2018r, poz. 419 ze zm.). Zgodnie z tym przepisem przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się:

- informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą,
- informacje jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób,
- podjęto, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

W ocenie odwołującego I zastrzeżenie przez konsorcjum kalkulacji wartości zamówienia (stanowiąca zał. nr 1 do wyjaśnień rażąco niskiej ceny) jest bezpodstawne.

Odnosząc się do kwestii zastrzeżenia poufności wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Konsorcjum odwołujący I wskazał, że z całą pewnością nie wszystkie informacje objęte przez Konsorcjum ochroną stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa – wobec czego tak dokonane zastrzeżenie poufności jest działaniem bezpodstawnym. Działanie to jednocześnie faktycznie faworyzuje Konsorcjum, bowiem niemożność zapoznania się przez Odwołującego z kalkulacją w ogóle, przy jednoczesnym złożeniu bardzo ogólnikowych wyjaśnień, znacząco utrudnia chociażby weryfikację poprawności działań Zamawiającego dotyczących oceny złożonych wyjaśnień i wyboru oferty ww. wykonawcy jako najkorzystniejszej w zadaniu nr 2. Odwołujący I przywołał wyrok z 10 października 2019 r. o sygn. KIO 1878/19.

Odwołujący I wskazał, że o ile poszczególne elementy tych wyjaśnień mogą zasługiwać na ochronę, to zastrzeżenie ich całości nie jest zasadne – w świetle powyższego, Zamawiający powinien, co najwyżej zastrzec wybrane elementy z objętych tajemnicą dokumentów - o ile faktycznie znajdują się w nich dane stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Utajnienie w całości jednego dokumentu mogącego uprawdopodobnić właściwe wyliczenie wartości zamówienia, jest zdecydowanie zbyt daleko idącym działaniem ze strony Zamawiającego zwłaszcza, że uczynione w kontekście wyjaśnień rażąco niskiej ceny, może w praktyce uczynić przysługujące pozostałym wykonawcom instrumenty prawne, w postaci prawa do odwołania, iluzorycznymi. Świadczy to o tym, że działanie wykonawcy w tym postępowaniu o zamówienie publiczne polegające na zastrzeżeniu informacji zostało zastosowane w tym przypadku jedynie do gry konkurencyjnej wykonawców a nie jako prawo wykonawcy zapewniające ochronę tajemnicy przedsiębiorstwa ściśle w granicach definicji zawartej w art. 11 ust. 2 uznk.

W ocenie odwołującego I zamawiający nie przeanalizował spełnienia wszystkich ww. przesłanek. Sama okoliczność, że jest wolą wykonawcy, aby wyjaśnienia pozostały

tajemnicą, nie uzasadnia takiego zastrzeżenia. Przede wszystkim podstawową zasadą w postępowaniu o udzielenie zamówienia jest jego jawność. Odwołujący przywołał wyrok KIO z dnia 7 grudnia 2017 r., sygn. akt: KIO 2473/17. „W ocenie Izby brak było podstaw do zastrzeżenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, szczegółowej kalkulacji, załączników do niej, a także samego uzasadnienia zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa. (...) Nie uzasadniono również, na czym polega wartość gospodarcza informacji zawartych w szczegółowej kalkulacji i kolejnych załącznikach czy to w odniesieniu do informacji o kosztach, czy też możliwym do osiągnięcia zysku. Przystępujący nie wykazał istnienia ustawowych przesłanek wyłączenia jawności” oraz Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Opolu z dnia 22 lutego 2018 r. sygn. akt II SA/Op 4/18.

Odwołujący wskazał, że informacja organizacyjna to taka, która ma pewną wartość ekonomiczną, dotyczy organizacji przedsiębiorstwa i jej wykorzystanie przez innego przedsiębiorcę może prowadzić do poniesienia strat lub zwiększenia zysków. Zamawiający nie udostępnił odwołującemu I załącznika nr 2 oraz załącznika nr 3 do wyjaśnień, natomiast z treści samych wyjaśnień (znak ZBW/HO/AN/21/076) uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa, zawiera jedynie ogólne stwierdzenia o tym, że sporządzona kalkulacja zawiera dane, które nie są ujawniane do wiadomości konkurencji oraz wiadomości ogólnej. Upublicznienie tych informacji może skutkować wykorzystaniem ich przez firmy konkurencyjne w przyszłych przetargach w celu uzyskania przewagi konkurencyjnej lub w celu osłabienia pozycji tego Wykonawcy na rynku. W ocenie odwołującego I były to ogólne stwierdzenia. Ponadto odwołujący I stwierdził, że nie wykazano, która konkretnie informacja stanowić ma tajemnicę przedsiębiorstwa. Jako tajemnica przedsiębiorstwa został bowiem zastrzeżony cały kosztorys sporządzony jako treść wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Ponadto odwołujący i wskazał, że oczywistym jest, że kalkulacja ta została sporządzona na potrzeby niniejszego postępowania (miała bowiem służyć obliczeniu ceny w tym konkretnym postępowaniu). Odwołujący I podkreślił, że kalkulacja w postaci kosztorysu jest to przedstawienie kalkulacji ceny, która jest w postępowaniu jawna. Jako taka, nie może stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa. Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa ma charakter wyjątkowy i winno odnosić się do jednej, konkretnej informacji. W ocenie odwołującego I nie jest wiarygodne zastrzeżenie przez wykonawców całej kalkulacji cenowej w danym postępowaniu. Oczywistym jest, że zastrzeżenie takie ma tylko i wyłącznie na celu utrudnienie konkurencji weryfikacji zaoferowanej przez wykonawcę ceny, a tym samym służy do ewentualnego utrudnienia możliwości wniesienia środków ochrony prawnej. Dodatkowo odwołujący I podkreślił, że Konsorcjum nie wykazało, jakie szczególne środki zostały przez niego podjęte w celu ochrony takiej tajemnicy. Wskazanie poszczególnych okoliczności w rodzaju: wydzielenie miejsc do spotkań z gośćmi, kontrahentami, czy wprowadzenie indywidualnych haseł dostępu do komputerów i systemu informatycznego, wprowadzenie

zasad niszczenia zbędnych dokumentów, nie może zostać uznane za takie szczególne środki. Są to bowiem ogólne zasady stosowane na co dzień u większości wykonawców funkcjonujących na rynku. Ponadto odwołujący I wskazał, że nie wykazano stosowania przez tego wykonawcę szczególnego postępowania dla zabezpieczenia tego, co Wykonawca przedstawiał jako tajemnica przedsiębiorstwa (kosztorysu). W ocenie odwołującego I, Konsorcjum nie wykazało spełnienia przesłanek uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, wskazanych w art. 11 ust 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący I podkreślił, że zadaniem Zamawiającego jest rozważyć, czy spełnione zostały przesłanki dla uznania uzasadnienia zastrzeżenia za tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie jest uzasadnione bezkrytyczne spełnianie przez Zamawiającego prośby wykonawcy.

Podsumowując, odwołujący I zauważył, że wykonawca, na którym spoczywa ciężar wykazania skuteczności zastrzeżonych informacji nie wykazał w złożonym uzasadnieniu, iż informacje objęte tajemnicą zasługują na taką ochronę. Skutkiem tego uznania winno być zobowiązanie

Zamawiającego do odtajnienia i udostępnienia informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Odnosnie zarzutu dot. rażąco niskiej ceny oraz nieprawidłowej oceny przez Zamawiającego wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum – zarzut ewentualny, odwołujący I wskazał, że nie została mu udostępniona całość wyjaśnień rażąco niskiej ceny, przedstawionych przez konsorcjum w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego. Odwołujący I podkreślił, że powyższe

uniemożliwia mu szczegółowe odniesienie się do całości wyjaśnień i założeń w nich przedstawionych.

Odwołujący wskazał, że w przypadku oddalenia przez Izbę zarzutu dotyczącego zaniechania odtajniania wyjaśnień rażąco niskiej ceny Konsorcjum, biorąc pod uwagę, że cena zaoferowana przez tego wykonawcę ma charakter rażąco niskiej, co powinno skutkować odrzuceniem oferty złożonej przez tego wykonawcę, należało stwierdzić, że Zamawiający dokonał nieprawidłowej oceny wyjaśnień prowadzącej do uznania, że oferta złożona przez Konsorcjum nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności, odwołujący I zwrócił uwagę na charakter samych wyjaśnień i ciężar dowodu spoczywający na wykonawcy, który został wezwany do ich złożenia. W świetle dyspozycji art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp rodzi domniemanie, iż cena oferty jest rażąco niska. Zgodnie zaś z treścią art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, to na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania, że za zaoferowaną cenę jest w stanie zamówienie wykonać. Odwołujący I przywołał wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 14 marca 2017 r., sygn. akt XXII Ga 967/16. Wyjaśnienia

składane w trybie art. 90 ustawy PZP mają na celu wykazanie, iż oferta znacząco odbiegająca od cen pozostałych ofert lub szacowanych przez Zamawiającego kosztów, nadal jest ceną realną, umożliwiającą wykonanie zamówienia w warunkach rynkowych i z zyskiem. W związku z tym zdawkowe, ogólne i uniwersalnej natury wyjaśnienia nie stanowią podstawy do obalenia

domniemania rażąco niskiej ceny. Odwołujący I przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 marca 2017 r. sygn. akt KIO425/17, KIO 426/17, oraz wyrok z 22 stycznia 2018 r. sygn. akt KIO 13/18. W ocenie odwołującego I Zamawiający powinien szczegółowo zbadać wyjaśnienia wykonawcy, zbadać na ile przedstawione uzasadnienie potwierdza rynkowy charakter oferty, czy oddane informacje znajdują uzasadnienie w przedstawionych dowodach. Jedynie rzetelne badanie takich wyjaśnień, a nie poprzestanie na akceptacji ogólnikowych argumentów jest gwarantem zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu przetargowym. Nie chodzi bowiem o złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, a wyjaśnień, które w sposób niebudzący wątpliwości pozwalają na ustalenie czy oferta zawiera rażąco niską cenę.

Prawidłowa ocena złożonych wyjaśnień powinna uwzględniać zgodność oferty z przedmiotem

zamówienia oraz konieczność wykazania przez wykonawcę okoliczności, które są tylko dla niego indywidualne, a jednocześnie nie zachodzą w przypadku pozostałych wykonawców ubiegających się o tego rodzaju o podobnej skali i wielkości. Wyjaśnienia powinny być wyczerpujące i szczegółowe, odnosić się do konkretnych okoliczności złożonej oferty, a także zawierać wskazanie konkretnych elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. (wyrok KIO w sprawie o sygn. KIO 2185/14). Czynniki obniżające koszty powinny mieć charakter obiektywny i nie być wspólne dla pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu. Zgodnie zapisem wprowadzonym przez Zamawiającego w SIWZ: „Cena podana w ofercie powinna obejmować wszystkie koszty związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia oraz warunkami stawianymi przez Zamawiającego.”

Odwołujący I wskazał, że Konsorcjum zobowiązane było do udowodnienia, iż zaoferowana przez niego cena za realizację przedmiotu zamówienia zakresie zadania nr 2 ma charakter realny, znajduje odzwierciedlenie w nakładach, które należy ponieść na zrealizowanie przedmiotu zamienia oraz iż zachodzą po jego stronie obiektywne czynniki, które umożliwiają obniżenie ceny oferty do zaoferowanego poziomu. Wykonawca winien był przedstawić wyjaśnienia konkretne i wyczerpujące, wraz z dołączeniem dowodów na potwierdzenie podnoszonych twierdzeń i wskazywanych wartości.

W ocenie odwołującego I, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Konsorcjum nie obaliło domniemania, iż jego oferta zawiera rażąco niską cenę w zadaniu nr 2. Zamawiający w wezwaniu do udzielenia wyjaśnień z dnia 07.01.2021 r., wprost napisał, iż niezbędne jest

załączenie do składanych wyjaśnień stosownych dowodów na poparcie zawartych w nich twierdzeń. Konsorcjum poza kosztorysem stanowiącym w całości tajemnicę przedsiębiorstwa nie przedstawiło żadnych dowodów, na poparcie i tak bardzo ogólnikowych wyjaśnień. Lider konsorcjum powołał się na takie sprzyjające warunki jak: wieloletnie doświadczenie, zmagazynowane zapasy materiałów, rabaty i upusty cenowe, wypracowany model zarządzania czy też współpraca z doświadczonymi podwykonawcami. Trudno uznać te okoliczności jako dostępne tylko temu wykonawcy. Argumentacja w przedmiotowym zakresie pozostaje gołosłowna, bowiem poza ogólnym oświadczeniem firma nie udowodniła, iż np. rzeczywiście jest w stanie uzyskać rzeźzone upusty, jak również nie wskazała, jakiego rzędu rabaty może otrzymać, i jakie to ma przełożenie na cenę zaoferowaną w tym konkretnym postępowaniu. Postępowanie o zamówienie publiczne jest postępowaniem w obrocie profesjonalnym, w którym wykonawcy, posiadając odpowiednie doświadczenie są w stanie w sposób adekwatny dokonać wyceny kosztu wykonania zamówienia, a sytuacje nieprawidłowej wyceny należą do rzadkich. Zasadą jest bowiem, że przedsiębiorca nie jest podmiotem działającym non – profit, a jego działania są nakierowane na maksymalizację zysku z prowadzonej działalności i osiągnięcie określonego wyniku finansowego.

Ponadto odwołujący I zwrócił uwagę na fakt, że Konsorcjum w ogóle nie odniosło się do treści wezwania Zamawiającego, a całe złożone wyjaśnienia są ogólnikową formułą stosowaną dla wszystkich wyjaśnień konsorcjum bądź któregoś z jej członków. Trudno się nie oprzeć wrażeniu że Konsorcjum przy sporządzaniu wyjaśnień posłużyło się metodą „kopiuj – wklej”, na co wskazywać mogą chociażby takie sformułowania jak: zarządzanie i organizacja budów; organizacja i utrzymanie zaplecza wykonawcy; niezbędnych badań, które nie mają nic wspólnego z przedmiotowym postępowaniem. Stosownie do art. 90 ust. 2 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy. Wykonawca w swoich wyjaśnieniach powinien nie tylko przedstawić zastosowaną kalkulację oferty, ale też przedłożyć dowody, które uzasadniają przyjętą przez niego wycenę przedmiotu zamówienia. Zamawiający przy dokonywanej ocenie wyjaśnień złożonych przez wykonawcę powinien, stosownie do art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wziąć pod uwagę obiektywne czynniki wymienione w wezwaniu, przy czym wyjaśnienia powinny wyczerpująco wskazywać wszystkie czynniki mające wpływ na cenę i pozwalać, w sposób niebudzący wątpliwości, na ustalenie, czy oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Mając na uwadze powyższe odwołujący I stwierdził, iż w tej sytuacji została spełniona przesłanka odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Wprawdzie w przepisie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp mowa jest tylko o obowiązku odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, jednakże regulację tę należy odczytywać łącznie z przepisem art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Zgodnie z ostatnim z wymienionych przepisów Zamawiający

obowiązany jest do odrzucenia oferty wykonawcy nie tylko w sytuacji, gdy dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, lecz także w sytuacji, w której wykonawca nie udzielił wyjaśnień. Zgodnie natomiast z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej przesłanka braku wyjaśnień zostaje spełniona także w przypadku udzielenia przez wykonawcę niewystarczających wyjaśnień, w szczególności niekompletnych i zbyt ogólnych, nie pozwalających na dokonanie oceny oferty pod kątem tego czy nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Na marginesie odwołujący I zauważył, że ogólnikowość złożonych wyjaśnień czy barak złożenia wyjaśnień nie może stanowić podstawy do kierowania do wykonawcy kolejnego wezwania do udzielenia dalszych wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy Pzp.

Tym samym, odwołujący I podkreślił aktualność tezy wyrażanej w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów powszechnych o wymaganej staranności wykonawcy w składaniu wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ustawy Pzp, a tym samym ryzyku jakie ponosi wykonawca w przypadku uznania, że wyjaśnienia są niewystarczające do wykazania legalnego charakteru jego ceny.

Zgodnie z ww. sytuacją bezpodstawnego zastrzeżenia tajemnica przedsiębiorstwa całego kosztorysu, odwołujący I podkreślił, że nie może wprost odnieść się do informacji i wyliczeń tam przedstawionych, jednakże analiza poszczególnych pozycji Formularza ofertowego, stanowiącego załącznik nr 1.2. do SIWZ, wskazuje na chociażby rażąco niskie części składowe ceny.

Zgodnie z przepisem art. 90 ust. 1 ustawy Pzp uprawnienie jak i obowiązek zamawiającego do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny aktualizuje się także w przypadku, gdy istotne części składowe ceny lub kosztu oferty wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

W pozycji 1 punkt e) (tabeli Formularza ofertowego) - „Usuwanie śniegu i lodu z terenów utwardzonych (w tym koszt gotowości do podjęcia działań zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia”, gdzie OPZ wskazuje w części III. UTRZYMANIE TERENÓW UTWARDZONYCH, w pkt.1. Zakres czynności, litera i) - Usuwaniu śniegu i lodu z terenów utwardzonych, zgodnie z „Zestawieniem powierzchni utwardzonych”, stanowiącym załącznik nr 1.1 do opisu przedmiotu zamówienia, oraz posypywaniu piaskiem (dopuszcza się użycie chlorku sodu oraz chlorku wapnia) ciągów komunikacyjnych dla pieszych i pojazdów samochodowych, 24 godziny na dobę, po wystąpieniu opadów śniegu, gołoledzi i zlodowaceń powierzchni, z częstotliwością zapewniającą bezpieczne poruszanie się po nich. Dalej w pkt. 2.4. wskazano: „Wykonawca utrzyma gotowość do realizacji czynności

określonych w ust. 1 lit. i 24 godziny na dobę siedem dni w tygodniu. Usuwanie śniegu i lodu z terenów utwardzonych oraz posypywanie piaskiem (dopuszcza się użycie chlorku sodu oraz chlorku wapnia) ciągów komunikacyjnych dla pieszych i pojazdów samochodowych należy rozpocząć najpóźniej w czasie 30 minut od otrzymania zlecenia, a jeśli śnieg pada nieprzerwanie należy usuwać go na bieżąco, aż do momentu gdy opady zanikną i zalegający śnieg zostanie usunięty. W przypadku zgłoszenia konieczności usunięcia śniegu i lodu przez osobę uprawnioną przez Zamawiającego, czas ten będzie liczony od dokonania zgłoszenia do momentu rozpoczęcia pracy, co musi być zgłoszone. Jednokrotne odśnieżanie powierzchni zakończy się w momencie usunięcia zaległego śniegu i zaniknięcia opadów. W razie gdyby tej samej doby opady powróciły a odśnieżanie okazało się niezbędne, Wykonawca powtórnie otrzyma zlecenie odśnieżania i otrzyma za to osobne wynagrodzenie według stawki. Każdorazowo, decyzje o rozpoczęciu odśnieżania niezależnie czy jest ono pierwszym czy kolejnym w ciągu doby podejmuje Kierownik SOI, osoba przez niego upoważniona lub oficer dyżurny.”

Odwołujący I podał, że Konsorcjum wyceniło niniejszą usługę w cenie jednostkowej za 1 mkw w wysokości 0,01 zł. Wartość jednokrotnej usługi odśnieżania stanowi 1.018,13zł. Przy założeniu minimalnej stawki rbh, stanowiącej wraz z narzutami 22zł, wynika iż Konsorcjum przewidziało wykonanie niniejszej usługi w ok. 46 rbh (1018,13/22). Powierzchnia jaka została przewidziana do odśnieżania to 101.813,00mkw, czyli w ramach 1rbh należy odśnieżyć ponad 2.200mkw, przy założeniu braku postojów, czasu na uzupełnienie piaskarki, kosztów piasku, paliwa, amortyzacji, czasu dojazdu czy kosztu gotowości oraz zysku.

Ponadto odwołujący I zwrócił uwagę, iż w zadaniu nr 2 niniejsza usługa obejmuje 5 różnych kompleksów, na pięciu różnych adresach. Zamawiający nie musi posiadać specjalistycznej wiedzy, aby nabrać podejrzeń co do rażącego zaniżenia wyceny niniejszej usługi.

Odwołujący I wskazał, że podobne wątpliwości może budzić inna pozycja formularza – Utrzymanie terenów zielonych. Zgodnie z OPZ (zał. nr 5.2.) – „Utrzymanie terenów nieutwardzonych polega na:

a) Koszeniu trawy wraz z usuwaniem odrostów korzeniowych przy użyciu mechanicznej kosiarki nożowej z koszem. Użycie podkaszarek dopuszczalne jest tylko w miejscach trudno dostępnych dla kosiarki rotacyjnej z koszem. Wykaz terenów zawarty jest w załączniku nr 1.2 do opisu przedmiotu zamówienia „Zestawienie terenów zielonych”.

b) Utrzymaniu (koszeniu trawy) wraz z usuwaniem odrostów korzeniowych i samosiewów krzewów porastających ciągi komunikacyjne – ścieżki terenów zielonych innych niż trawniki tj. Strzelnica przy ul. Czajkowskiego, Poligon w Rakowie k/Wrocławia i plac szkoleniowy we Wrocławiu ul. Osobowicka.

c) Wygrabieniu skoszonej trawy – niezwłocznie po zakończeniu koszenia, nie później jednak niż w dniu następnym. Wykonawca w ramach tej czynności usunie również z terenów zleconych do koszenia opadłe listowie, gałęzie, papiery, butelki i inne nieczystości, które będą znajdowały się na tych terenach.

d) Przycięciu obrzeży klombów trawników i wykonaniu nasadzenia roślin jednorocznych – bratek ogrodowy, aksamitka wyniosła, szalwia błyszcząca, begonia, pelargonja - (w ilości do 700 szt.) w okresie wiosennym na klombach, w donicach, skalniakach, itp. wg pisemnego zlecenia Kierownika SOI.

Poniesiony koszt wraz z zakupem roślin należy uwzględnić w cenie za m² usługi utrzymania klombów i rabat kwiatowych.

e) Usuwaniu nieczystości, tj. śmieci, butelek itp. z powierzchni trawników. Wycenę usługi należy uwzględnić w usłudze wymienionej w poz. 2 lit. a formularza ofertowego.”

Jednorazowa usługa skalkulowana została na wartość 23.188,10zł (0,03zł/mkw). Przy założeniu wymaganej powierzchni wykonania usługi tj. 772936,50mkw i minimalnej rbh z narzutami pracodawcy w wysokości 22zł, prace wymienione powyżej należałoby wykonać w ramach 1roboczogodziny przez jedną osobę na powierzchni 733mkw. Przy założeniu baraku jakichkolwiek innych kosztów (amortyzacji, kosztów wywozu i zdeponowania biomasy, oraz pozostałych) oraz zysku. I w tym przypadku bez wiedzy specjalistycznej można zauważyć dalekie niedoszacowanie usługi. Prace objęte tą usługą, w zadaniu nr 2 obejmują 8 różnych kompleksów, na ośmiu różnych adresach (w tym, jedna lokalizacja zamiejska).

Mając na uwadze powyższe, odwołujący I stwierdził, że oferta Konsorcjum podlega odrzuceniu z uwagi na rażąco niską cenę.

Odnosnie zarzutu dot. braku wezwania do wyjaśnień w zakresie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, odwołujący I wskazał, że Zamawiający postawił w SIWZ, zgodnie z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp warunek, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące m.in: kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów tj.: wykazanie się wykonaniem lub wykonywaniem usługi sprzątania powierzchni utwardzonych i usługi utrzymania terenów zielonych w ramach jednej umowy, trwającej nie dłużej niż 2 lata w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, lub jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie - na kwotę minimum oraz wielkości sprzątanej powierzchni:

- dla zadania nr 2:

na kwotę min. 1 100 000,00 zł brutto,

miesięcznej wielkości utrzymywanych powierzchni utwardzonych min. 100 000 m², rocznej wielkości utrzymywanych terenów zielonych min. 200 000 m²”

Zgodnie z przepisami art. 23 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia. W tej sytuacji przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Odpowiednie stosowanie przepisów o wykonawcy oznacza, że nie są one stosowane wprost, a ich interpretacja wymaga uwzględnienia charakteru i specyfiki wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego oraz celu danego warunku i możliwości jego kumulatywnego spełnienia.

W ramach spełnienia tego warunku Konsorcjum przedłożyło Wykaz usług dla zadania nr 2 (załącznik nr 6.2 do SIWZ) wskazując prace wykonane przez członka konsorcjum firmę Kospar na rzecz Lidera konsorcjum firmę Zaberd S.A. Do wykazu złączono referencje.

W ocenie odwołującego I, Zamawiający nie powinien uznać referencji wystawionych przez Lidera konsorcjum dla jego członka, gdyż ich wartość dowodowa jest wątpliwa. Należy bowiem mieć na względzie, iż o udzielenie zamówienia publicznego, mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają stosowną wiedzę i doświadczenie. Odwołujący I przywołał wyrok KIO z dnia 3 stycznia 2014 r., o sygn. akt KIO 2873/13: "przez doświadczenie zawodowe w rozumieniu ustawy pzp nie można rozumieć tylko faktu wykonania określonych czynności, prac na własną rzecz, a nie cudzą. W doświadczeniu zawodowym muszą wystąpić okoliczności odbioru prac (potwierdzenie należytego wykonania) przez zamawiającego (odbiorca prac)".

W przedmiotowej sytuacji odwołujący I uznał, iż referencje zostały wystawione przez wykonawcę (jakim jest konsorcjum) samemu sobie. Z natury rzeczy takie referencje nie mogą być obiektywne. Trudno się spodziewać, aby firma sama przyznała, że źle wykonała zlecenie.

Ponadto odwołujący I zwrócił uwagę na fakt, iż Zaberd S.A. (lider konsorcjum) sam jest wykonawcą niniejszych usług na rzecz innego podmiotu, będącego właścicielem powierzchni na których wykonywane były prace. Jako jeden z konsorcjantów mógł posłużyć się swoimi referencjami, celem wykazania należytego wykonania tych prac, a które przez wystawienie przez inny podmiot niż sam wykonawca, byłyby wiarygodne i stanowiłyby dowód, że niniejsza usługa faktycznie została wykonana rzetelnie. Posłużenie się referencjami własnymi konsorcjum może wskazywać na nienależyte wykonanie zamówienia, lub różnice w zakresie wykonywanych umów. Zamawiający zaniechał wezwania ww. wykonawcy do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp w celu potwierdzenia spełnienia wyżej opisanego warunku wiedzy i doświadczenia. Mając na uwadze powyższe, odwołujący I wskazał, iż zamawiający poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum celem wyjaśnienia potwierdzenia spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, naruszył dyspozycję art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, jak również art. 7 ust. 1 ustawy Pzp z którego wywodzi się obowiązek równego traktowania przez zamawiającego wszystkich wykonawców, to jest zarówno tych, którzy

samodzielnie biorą udział w postępowaniu, jak i tych, którzy ubiegają się wspólnie o udzielenie zamówienia.

Prawo zamówień publicznych w art. 23 ust. 1 ustawy Pzp dopuszcza możliwość wspólnego ubiegania się przez wykonawców o udzielenie zamówienia. Ustawodawca, dla określenia tej formy współpracy wykonawców, nie posługuje się *explicite* pojęciem konsorcjum, ale jest to określenie przyjęte w doktrynie i judykaturze. Warunki, jakie stawia zamawiający wykonawcom występującym wspólnie, nie mogą różnić się od warunków, jakie mają spełnić wykonawcy, którzy biorą udział w postępowaniu samodzielnie.

W ocenie odwołującego I zamawiający nie wykazał się należyłą skrupulatnością, w wyniku czego nie wykonał czynności do jakich był zobligowany.

Sygn. akt KIO 630/210

Wykonawca – D. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Biuro Projektowe Ogrody Hesperyd D. B. z siedzibą w Żaganiu (zwany dalej: „Ogrody Hesperyd” lub „odwołującym I”) wniósł w dniu 26 lutego 2021 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności oraz zaniechania czynności w toku postępowania.

Odwołujący II zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa:

- 1) art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty: Konsorcjum ZABERD SA ul. Bystrzycka 24, 54-215 Wrocław (Lider), PAROKS R. P., Pęcice 38, 49-317 Pęcice (Partner), KOSPAR M. P., Jarkowice Wielkie 43, 49-332 Olszanka (Partner) (dalej „Konsorcjum”) dla poszczególnych zadań.
 - a) Zadanie nr 1: Sekcji Obsługi Infrastruktury nr 1 we Wrocławiu;
 - b) Zadanie nr 2: Sekcji Obsługi Infrastruktury nr 2 we Wrocławiu;
 - c) Zadanie nr 4: Sekcji Obsługi Infrastruktury w Brzegu;
 - d) Zadanie nr 5: Sekcji Obsługi Infrastruktury w Jastrzębiu;
 - e) Zadanie nr 7: Sekcji Obsługi Infrastruktury w Oleśnicy.
- 2) art. 24 ust. 1 pkt 17, ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania przetargowego Konsorcjum jako nie spełniającej warunków Zamawiającego wskazanych w SIWZ w związku: z uzupełnieniem przez Konsorcjum referencji, które nie potwierdzają należytego wykonania usług w zakresie wymaganym przez zamawiającego. Co stanowi, że Konsorcjum pomimo uprzedniego wezwania w trybie art. 26 ust. 3 nie potwierdziło warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia,
- 3) art. 24aa ust. 1, art. 25 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nie zbadanie w pełni oferty Konsorcjum w zakresie czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie

- podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, warunków zamówienia lub w ogłoszeniu o zamówieniu. A w przypadku stwierdzeniu braku spełnienia warunków wskazanych w SWIZ dla wszystkich 7 zadań, wykluczenie oferenta,
- 4) naruszeniu art. 26 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nie zbadanie czy Konsorcjum spełnia warunki kwalifikacji wskazane w SIWZ dla wszystkich zadań wskazanych w ofercie do czego był zobowiązany. A w przypadku stwierdzeniu braku spełnienia warunków wskazanych w SWIZ dla wszystkich 7 zadań, wykluczenie oferenta,
 - 5) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez brak wezwania do wyjaśnienia dołączonej do oferty Konsorcjum polisy OC przez Partnerów Konsorcjum - PAROKS R. P., oraz KOSPAR M. P. z nie opłaconą składką na dzień składania ofert, a ponadto w tym zakresie Zamawiający nie wezwał na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do wyjaśnienia czy polisa OC jest faktycznie ważna. Przez co nie potwierdzono spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej,
 - 6) naruszeniu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez brak wezwania do wyjaśnienia dołączonych do oferty Konsorcjum Wykazów Sprzętu w zakresie który z Konsorcjantów posiada określony sprzęt, w wskazanych parametrach, przez co nie potwierdzono rzeczywistej zdolności technicznej w zakresie posiadanego sprzętu, ponadto zaniechano ustalenia czy Konsorcjum posiadało zdolność techniczną co do posiadanego sprzętu wskazanego w SWIZ dla wszystkich 7 zadań, na które złożyło ofertę.
 - 7) art. 91 ustawy Pzp poprzez sprzeczne z treścią ustawy dokonanie czynności wyboru Konsorcjum dla ofert
 - a) Zadanie nr 1: Sekcji Obsługi Infrastruktury nr 1 we Wrocławiu;
 - b) Zadanie nr 2: Sekcji Obsługi Infrastruktury nr 2 we Wrocławiu;
 - c) Zadanie nr 4: Sekcji Obsługi Infrastruktury w Brzegu;
 - d) Zadanie nr 5: Sekcji Obsługi Infrastruktury w Jastrzębiu;
 - e) Zadanie nr 7: Sekcji Obsługi Infrastruktury w Oleśnicy.

W oparciu o powyższe odwołujący II wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum dla zadań:
 - a. Zadanie nr 1: Sekcji Obsługi Infrastruktury nr 1 we Wrocławiu;
 - b. Zadanie nr 2: Sekcji Obsługi Infrastruktury nr 2 we Wrocławiu;
 - c. Zadanie nr 4: Sekcji Obsługi Infrastruktury w Brzegu;
 - d. Zadanie nr 5: Sekcji Obsługi Infrastruktury w Jastrzębiu;
 - e. Zadanie nr 7: Sekcji Obsługi Infrastruktury w Oleśnicy.
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert
- 3) wykluczenia Konsorcjum z postępowania i odrzucenia jego oferty

4) powtórzenia czynności wyboru ofert spośród ofert nie podlegających odrzuceniu

Z ostrożności procesowej w przypadku nie wykluczenia Konsorcjum z postępowania z powodu nie spełnienia warunków SWIZ odwołujący II wniósł o unieważnienie wyboru ofert Konsorcjum w zakresie zadań:

- a. Zadanie nr 1: Sekcji Obsługi Infrastruktury nr 1 we Wrocławiu;
- b. Zadanie nr 2: Sekcji Obsługi Infrastruktury nr 2 we Wrocławiu;
- c. Zadanie nr 4: Sekcji Obsługi Infrastruktury w Brzegu;

W uzasadnieniu odwołania odwołujący II podnosił co następuje.

Zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwaną „SIWZ” zamawiający dopuścił do przetargu możliwość składania ofert częściowych na poszczególne 7 zadań. Co w ocenie odwołującego II oznaczało, że badanie i ocena ofert przebiega odrębnie dla każdego z zadań na podstawie warunków i wymagań opisanych w SIWZ. Lider oraz Partnerzy Konsorcjum złożyli oświadczenia JEDZ, że na dzień składania ofert każdy z osobna spełnia warunki w zakresie wiedzy i doświadczenia, zdolności finansowej lub ekonomicznej jak też zdolności technicznej w zakresie posiadanego sprzętu wymaganego do 7 zadań. Odwołujący II podkreślił, że w żadnym przypadku nie wskazano w treści przedstawionych JEDZ, że Lider czy też Partnerzy polegają na zdolnościach uczestników Konsorcjum.

W zakresie zarzutu zaniechania wykluczenia Konsorcjum z postępowania z powodu nie potwierdzenia spełnienia warunków udziału w zakresie wiedzy i doświadczenia, czy też braku żądania zamawiającego przedstawienia wyjaśnień co do zakresu wiedzy i doświadczenia dla 7 zadań, do których przystąpiło Konsorcjum, warunkiem przystąpienia do wszystkich zadań było posiadanie wykazanie się wykonaniem lub wykonywaniem usługi sprzątania powierzchni utwardzonych i usługi utrzymania terenów zieleni w ramach jednej umowy, trwającej nie dłużej niż 2 lata w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, lub jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie - na kwotę minimum oraz wielkości sprzątanej powierzchni:

- dla zadania nr 1:
 - na kwotę min. 1 000 000,00 zł brutto,
 - miesięcznej wielkości utrzymywanych powierzchni utwardzonych min. 70 000 m²,
 - rocznej wielkości utrzymywanych terenów zielonych min. 70 000 m²,
- dla zadania nr 2:
 - na kwotę min. 1 100 000,00 zł brutto,

- miesięcznej wielkości utrzymywanych powierzchni utwardzonych min. 100 000 m²,
- rocznej wielkości utrzymywanych terenów zielonych min. 200 000 m²,
- dla zadania nr 3:
 - na kwotę min. 2 300 000,00 zł brutto,
 - miesięcznej wielkości utrzymywanych powierzchni utwardzonych min. 100 000 m²,
 - rocznej wielkości utrzymywanych terenów zielonych min. 200 000 m²,
- dla zadania nr 4:
 - na kwotę min. 1 500 000,00 zł brutto,
 - miesięcznej wielkości utrzymywanych powierzchni utwardzonych min. 140 000 m²,
 - rocznej wielkości utrzymywanych terenów zielonych min. 200 000 m²,
- dla zadania nr 5:
 - na kwotę min. 1 000 000,00 zł brutto,
 - miesięcznej wielkości utrzymywanych powierzchni utwardzonych min. 125 000 m²,
 - rocznej wielkości utrzymywanych terenów zielonych min. 150 000 m²,
- dla zadania nr 6:
 - na kwotę min. 2 500 000,00 zł brutto,
 - miesięcznej wielkości utrzymywanych powierzchni utwardzonych min. 80 000 m²,
 - rocznej wielkości utrzymywanych terenów zielonych min. 200 000 m²,
- dla zadania nr 7:
 - na kwotę min. 500 000,00 zł brutto,
 - miesięcznej wielkości utrzymywanych powierzchni utwardzonych min. 80 000 m²,
 - rocznej wielkości utrzymywanych terenów zielonych min. 200 000 m²,

UWAGA!

- W przypadku składania oferty na dwa lub więcej zadań (części), Wykonawca musi wykazać, że w okresie ostatnich 3 (słownie: trzech) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zrealizował albo realizuje co najmniej 2 (słownie: dwa) lub więcej zamówień, adekwatnie do ilości oraz wielkości zadań (części), na które składa ofertę.
- Zamawiający zaznacza, iż w przypadku powoływania się przez Wykonawcę na

zamówienie będące w trakcie realizacji, jest on zobowiązany wskazać wartość dotychczas zrealizowanego zakresu usługi oraz datę, w której rzeczona usługa osiągnęła wskazaną wartość.

- *W przypadku realizacji usługi przez Wykonawcę, który realizował zamówienie w ramach konsorcjum, jego członek może następnie udostępnić swoje zdolności techniczne i zawodowe wyłącznie w takim zakresie, w jakim sam je nabył. Tym samym niemożliwe jest udostępnienie swoich zasobów w postaci zdolności technicznej lub zawodowej, w zakresie wykraczającym poza faktycznie wykonane prace. Udostępnione może zostać wyłącznie doświadczenie nabyte w związku z konkretną i faktyczną realizacją czynności w ramach konsorcjum.*

Odwołujący II podniósł, że Konsorcjum nie przedstawiło dokumentów wiedzy i doświadczenia dla zadania 3 i 6, a zamawiający odstąpił od weryfikacji czy na te zadania oferent posiadał stosowne referencje. Ograniczenie się do zbadania wiedzy i doświadczenia dla zadań 1, 2, 4, 5, 7, zdaniem odwołującego II uniemożliwiło weryfikację warunku czy Konsorcjum posiadało wiedzę i doświadczenie dla wszystkich 7 zadań, co było podstawowym kryterium oceny spełnienia warunków opisanych w SIWZ. Zamawiający nie dokonał w tym temacie żadnych ustaleń. Odwołujący II wskazał, że możliwe, że Konsorcjum nie posiadało referencji dla wszystkich zadań i manipuluje przedstawionymi dokumentami. Nie bez znaczenia jest fakt, że Listy Referencyjne dla:

- 1) Partnera KOSPAR M. P. w zadaniu 2 wydał Konsorcjant - LIDER firma ZABERD SA,
- 2) Partnera PAROKS R. P. dla zadania nr 5 wydał - Konsorcjant LIDER ZABERD SA,
- 3) Partnera KOSPAR M. P. w zadaniu 7 wydał - Konsorcjant LIDER firma ZABERD SA,

W ocenie odwołującego II, treść tych referencji i inne dokumenty nie potwierdzają, że wymienieni Partnerzy wykonali swoje zadania w zakresie wymaganym przez zamawiającego w zakresie obszaru wykonywanej usługi, w szczególności ze względu na:

1. Zadanie nr 1 - wykaz usług nr 1 - wykonawca Paroks R. P. - zawarto wartość usługi netto 1 056 502,95, brutto 1 299 498,63 co wskazuje, że wskazana usługa na rzecz GDDKiA Rejon w Nysie była opodatkowana podatkiem VAT w wysokości 23 % tj. w kwocie 24 2995,68 zł. Odwołujący II podkreślił, że usługi związane ze sprzątnięciem i koszeniem, utrzymaniem zieleni są opodatkowane stawką w wysokości 8% podatku VAT. To., w ocenie odwołującego II, wskazywało, że czynności wykonywane na rzecz GDDKiA w Nysie nie obejmowały tylko usług sprzątnięcia dróg utwardzonych i utrzymania zieleni lecz inne objęte stawką VAT w wysokości 23%. Odwołujący II, stwierdził również, że wątpliwości budzą wyjaśnienia złożone przez Partnera PAROKS R. P. z dnia 3 lutego 2021 r. do wezwania Zamawiającego z dnia 29 stycznia 2021 r. gdzie zawarto informację, „ (...) w ramach realizacji zadania na rzecz GDDKiA Rejon w Nysie pt. Koszenie traw, chwastów oraz utrzymanie czystości w ciągu dróg krajowych nr 40, 40a, 41, 41a, 4b, 46, 46c i 46g na

terenie Oddziału w Opolu GDDKiA Rejon w Nysie w okresie od 11.09.2018 r. do 30.04.2020 (19 miesięcy i 19 dni) zgodnie z umową nr 53/2018 z dnia 11.09.2018 r." do Wykazu Usług nr 1 dołączono Poświadczenie wystawione przez M. G. Kierownik Rejonu w Nysie, gdzie zawarto dane dotyczące wykonanej usługi co do obszaru i wartości wykonanej usługi w okresie wykonywanej umowy, a nie miesięcznej wielkości utrzymania terenów utwardzonych. Dalej odwołujący II podał, że nie wskazano w żadnym przypadku, czy usługa utrzymania terenów utwardzonych obejmuje w utrzymaniu tak jak żąda zamawiający miesięcznej wielkości utrzymywanych powierzchni utwardzonych min. 70 000 m². tzn. każdego miesiąca usługi przedstawionej w referencjach wykonywał usługi miesięcznie, a nie w jednym miesiącu. Chodzi o powtarzalność usługi w każdym miesiącu umowy w określonym obszarze 70 000 m², a **nie w ciągu jednego miesiąca** podczas wykonywania umowy przedstawionej w referencjach.

Odwołujący II wywiódł, iż z treści SIWZ wraz z jej późniejszymi zmianami oraz odpowiedziami zamawiającego na pytania oferentów wynikało, że tylko powtarzalność usługi co miesięcznej tożsamej z zakresem zamówienia dla zadania, może potwierdzić wiedzę i doświadczenie dla zadania wykonywanego przez 24 miesiące. Dalej, odwołujący II podał, że w treści referencji dla zadania 1 GDDKiA wykazie wartości wykonywanych usług ujęto min. oczyszczanie rur kanalizacyjnych obiektów mostowych, mycie elementów mostu itp. co nie zawiera się w definicji utrzymaniu terenów utwardzonych (czynności te nie odpowiadają treści SIWZ postępowania dla zadań od 1 do 7). Ponadto usługa nie obejmuje usługi utrzymania dróg zimą, co dla zamawiającego jest jednym z podstawowych elementów usługi - W formularzu cenowym 1.1 Zamawiający oddzielnie wskazał czynności odladzania, odśnieżania jako istotne, wskazując te czynności usługi sprzątnięcia jako osobne pozycje podlegające odrębnej wycenie w utrzymaniu terenów utwardzonych. Usługa utrzymania zimowego obejmuje 5 miesięcy każdego roku kalendarzowego. Wiedza i doświadczenie winno obejmować usług tożsame z zamówieniem dla 2 WOG, tak więc referencje nie spełniają wymogów zamawiającego. Odwołujący II podał ponadto, iż ustalił, że usługa dla GDDKiA Rejon w Nysie nie obejmowała miesięcznego utrzymania terenów utwardzonych, lecz określono krotność utrzymania powierzchni w okresie 12 miesięcy. W zakresie rzeczowym zamówienia wykonywano usługi sprzątnięcia terenów utwardzonych wzdłuż krawężnika jak też krotność utrzymania powierzchni w okresie 12 miesięcy np. dział 5 pozycja 24 obejmuje 0,03 krotności razy 1000 m², lub sprzątnięcie wzdłuż krawężnika w okresie 12 miesięcy np. dział 4.2 pozycja 22 zakresu rzeczowego zamówienia obejmuje 0,16 krotności na 1000 m² krawężnika w okresie 12 miesięcy. Zamawiający GDDKiA jednoznacznie rozdzielił prace wymagające sprzątnięcia całej szerokości drogi i jej poszczególnych powierzchni np. tylko wzdłuż krawężnika

Odwołujący II wskazał, że z dokumentów wynika, że wyjaśnienia w piśmie z dnia 3 lutego 2021 r. są nie pełne, nie wyjaśniające jaką wielkość miesięcznie wykonywał faktycznie Partner PAROKS i jako złożone do Wykazu Usług zdanie nr 1 na wezwanie Zamawiającego nie podlega powtórnemu wyjaśnieniu, a oferta w tym zadaniu powinna być odrzucona.

Na podstawie wymienionych dokumentów, odwołujący II domniemał, że Wykaz Usług nr 1 wraz z wyjaśnieniami z dnia 3 lutego 2021 r. w zakresie Wykazu Usług nr 1 zawierają nieprawdziwe informacje w zakresie faktycznie miesięcznej utrzymywanej powierzchni utwardzonej w mające na celu uzyskanie zamówienia publicznego wbrew ustawie Pzp.

Odwołujący II stwierdził, iż złożenie nieprawdziwych i nie pełnych informacji co do zdolności w zakresie wiedzy i doświadczenia choćby w jednym zadaniu, dyskwalifikuje całość oferty Konsorcjum dla 7 zadań. Warunkiem stawianym przez zamawiającego jest zdolność wiedzy i doświadczenia stanowiącym wielokrotność stawianych warunków w zależności od ilości, do ilu zadań przystępuje oferent. Nie spełnienie jednego z warunków dla jednego zadania powoduje, że oferent nie spełnia warunków stawianych przez zamawiającego, jeżeli przystąpił do wszystkich zadań. Wymagania te są opisane w treści SIWZ i powtórzone w treści Wykazów Usług.

2. Odwołujący II podał, iż dla **zadania 2 i 5** przedłożone referencje wystawione przez Konsorcjanta - Lider ZABERD SA są zbieżne dla obu zadań w zakresie obszaru wykonywania usługi na rzecz firmy ZABERD SA przez Partnerów Konsorcjum - Firmy Partner Paroks R. P., Partner Kospar M. P. Lider Konsorcjum wystawił referencje dla Partnera za wykonywanie usługi na rzecz Lidera w zadaniu - zamówienie publiczne GDDKiA Oddział w Opolu postępowaniu nr O.Op-3.2413.16.2016(13) zadanie obejmowało usługę wykonywaną przez 36 miesięcy pod nazwą *„Całoroczne kompleksowe utrzymanie autostrady A-4 na odcinku węzeł Brzeg - granica woj. Śląskiego, od km 193+965 do km 281+686, wraz ze wszystkimi jej elementami, zwanej dalej drogą, w okresie 36 miesięcy od daty podpisania umowy”*. Zadanie wygrała firma ZABERD SA za kwotę 29 864 587,11 zł na wykonanie usługi w ciągu 36 miesięcy.

2.1. Wykaz Usług nr 2- wykonawca Kospar M. P. - zawarto wartość usługi netto 904 669,11 zł, brutto 1 112 866,01zł co wskazuje, że wskazana usługa na rzecz ZABERD SA była opodatkowana podatkiem VAT w wysokości 23 % tj. w kwocie 208 0096,90 zł. Odwołujący II podkreślił, że usługi związane z sprzątnięciem i koszeniem, utrzymaniem zieleni są opodatkowane stawką w wysokości 8% podatku VAT. To, w jego ocenie wskazywało, że czynności wykonywane na rzecz GDDKiA Oddział w Opolu nie obejmowały tylko usług sprzątnięcia dróg utwardzonych i utrzymania zieleni lecz inne objęte stawką VAT w wysokości 23%. Sam opis zamówienia wg. wykazu nr 2 *„Kompleksowe, bieżące utrzymanie powierzchni utwardzonej - dróg, placów, parkingów, chodników wraz z wszystkimi jej elementami o powierzchni miesięcznej 103 265 m ; Kompleksowe, bieżące utrzymanie*

terenów zieleni niskiej, średniej i wysokiej o powierzchni miesięcznej 102 124 m². Wykaz budzi wątpliwości czy firma Kospar M. P. spełnia wymogi stawiane przez zamawiającego, który wymaga posiadania wiedzy i doświadczenia na wykonanie usługi na kwotę min. 1 100 000 zł brutto, miesięcznej wielkości utrzymywanych powierzchni utwardzonych min. 100 000 m² i rocznej wielkości utrzymywanych terenów zieleni min. 200 000 m².

Odwołujący II podał, że jak wynika z wpisu w Wykazie nr 2 usług firma Kospar wykonywała usługę na powierzchni bieżące utrzymywanie terenów zieleni niskiej, średniej i wysokiej o powierzchni miesięcznej 102 124 m², gdzie zamawiający wymagał usługi wykonywanej przez rok na powierzchni 200 000 m². W tym zakresie firma nie przedstawiła referencji w niezbędnym zakresie, a zamawiający nie wezwał Konsorcjum do złożenia wyjaśnień w sprawie wskazanych rozbieżności.

Ponadto w usłudze utrzymania powierzchni utwardzonych wskazano „*Kompleksowe, bieżące utrzymanie powierzchni utwardzonej - dróg, placów, parkingów, chodników wraz z wszystkimi jej elementami o powierzchni miesięcznej 103 265 m², a zgodnie z zapisem Opisu Przedmiotu Zamówienia zamówienie publiczne GDDKiA Oddział w Opolu zadanie obejmowało usługę wykonywaną przez firmę ZABERD SA pod nazwą, „Całoroczne kompleksowe utrzymanie autostrady A-4 na odcinku węzeł Brzeg - granica woj. Śląskiego, od km 193+965 do km 281+686, wraz ze wszystkimi jej elementami, zwanej dalej drogą, w okresie 36 miesięcy od daty podpisania umowy”* przez firmę ZABERD SA, i nie można potwierdzić, że firma Kospar M. P. jako podwykonawca wykonywała miesięczną wartość usług przez okres zamówienia na powierzchni wskazanej w wykazie usług 103 265 m². Opis zawarty w referencjach jak i wykazie usług zawiera zapis „*wraz z jej wszystkimi elementami*” w OPZ GDDKiA nr postępowania zastosowano definicję tego wyrażenia „*słownik - użyte w SIWZ, wymienione poniżej określenia, należy rozumieć następująco: poz. 3 elementy drogi - jakkolwiek część drogi, w tym wyposażenie, znajdujące się na liniach rozgraniczających i poza liniami rozgraniczającymi, podlegająca utrzymaniu i ocenie stanu utrzymania wymieniona w załączniku nr 3 do OPZ*”. Zgodnie z powyższą definicją utrzymanie elementów towarzyszących drodze jak znaki, barierki i wiele innych elementów nie może wchodzić w zakres potwierdzenia wykonania usługi miesięcznej na terenach utwardzonych.

Powyższe, w ocenie odwołującego II potwierdza także Rozporządzenie Ministra Infrastruktury w sprawie przepisów techniczno-budowlanych dotyczących autostrad płatnych Dz.U.2002.12.116 - Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 16 stycznia 2002 r. w sprawie przepisów techniczno-budowlanych dotyczących autostrad płatnych. W tym miejscu odwołujący II przywołał § 36 i art. 54, art. 61, art. 66, art. 75, art. 72 , art. 75, art. 78 przytoczonego rozporządzenia.

Dalej odwołujący II podał, iż niezależnie od powyższych uwag w OPZ wskazano zakres prac utrzymaniowych, procedury określania Wartości Cyklicznego Wynagrodzenia Wykonawcy.

Zgodnie z zapisem OPIS przedmiotu zamówienia na stronie 26 i 27 wynagrodzenie wykonawcy jest zależne od rzeczywiście wykonanej usługi na obszarze przekazanym przez zamawiającego, zakresu elementów przekazanym wykonawcy. Wartość cyklicznego wynagrodzenia jest naliczana na podstawie wszystkich protokołów kontroli, zsumowaniu potrąceń i zsumowaniu naliczonych kar. Wobec powyższego, odwołujący II wskazał, iż jak wynika z OPZ, usługi opisane w liście referencyjnym były wykonywane nie na całym obszarze drogi utwardzonej, a zawierają także utrzymanie infrastruktury drogowej i nie były wykonywane w cyklu co miesięcznym lecz określonej krotności w okresie umowy. Odwołujący II wystąpił do GDDKiA o udostępnienie w ramach informacji publicznej min. faktycznego zakresu i częstotliwości wykonywania określonych usług w tym utrzymania zieleni oraz powierzchni utwardzonych. Dane te zostaną niezwłocznie przekazane stronom postępowania po ich otrzymaniu od GDDKiA. W obecnym stanie rzeczy Wykaz Usług nr 2 jak też przedłożone referencje nie mają waloru dokumentów jednoznacznie potwierdzających posiadanie wiedzy i doświadczenia w zakresie wymaganym przez zamawiającego. Odwołujący II zaznaczył, że wystawiający referencje jak też firma z nich korzystająca mają pełną wiedzę o rzeczywistym zdobyciu wiedzy i doświadczenia w zakresie powierzchni wykonywanych usług jak też ich wartości.

Dalej odwołujący II podniósł, iż wątpliwości budzi również fakt, że firma ZABERD jako główny wykonawca nie posługuje się własnymi referencjami z zadania O.Op.D-3.2413.16.2016 (31) Wystawionych przez organizatora zamówienia GDDKiA, które mogły być wystawione w przypadku należycie wykonywanej usługi na rzecz generalnego wykonawcy ZABERD SA, lecz wystawiła referencje dla podwykonawców Kospar M. P. oraz Paroks R. P.. W ocenie odwołującego II wątpliwości te winny być rozwiane przez zamawiającego w trybie wezwania oferenta do złożenia wyjaśnień uzupełniających co do faktycznie wykonanego obszaru usług, częstotliwości jak też ich wartości i/lub też zasięgnięcia opinii w sprawie jakości wykonywanych usług u GDDKiA przez generalnego wykonawcę ZABERD SA jak i jego podwykonawców Kospar M. P. oraz Paroks R. P.. Należy również ponad wszelką wątpliwość ustalić czy usługi podwykonawstwa faktycznie były realizowane przez firmy Kospar M. P. oraz Paroks R. P. oraz czy podwykonawstwo to było zgłoszone do zamawiającego GDDKiA.

2.2. Wykaz Usług nr 5- wykonawca Paroks R. P. - zawarto wartość usługi netto 3 490 555,41 zł, brutto 4 293 383,15 co wskazuje, że wskazana usługa na rzecz ZABERD SA była opodatkowana podatkiem VAT w wysokości 23 % tj. w kwocie 802 827,74 zł. Odwołujący II podkreślił, że usługi związane ze sprzątnięciem i koszeniem, utrzymaniem zieleni są opodatkowane stawką w wysokości 8% podatku VAT. To, w ocenie odwołującego II wskazywało, że czynności wykonywane na rzecz GDDKiA Oddział w Opolu nie obejmowały tylko usług sprzątnięcia dróg utwardzonych i utrzymania zieleni lecz inne objęte stawką VAT w

wysokości 23%. Sam opis zamówienia wg. wykazu nr 5 „Kompleksowe, bieżące utrzymanie powierzchni utwardzonej - dróg, placów, parkingów, chodników wraz z wszystkimi jej elementami o powierzchni miesięcznej 1 643 420 m², Kompleksowe, bieżące utrzymywanie terenów zieleni niskiej, średniej i wysokiej o powierzchni miesięcznej 3 669 831 m². Odwołujący II podniósł, że wykaz budzi wątpliwości czy firma Paroks R. P. spełnia wymogi stawiane przez zamawiającego, który wymaga posiadania wiedzy i doświadczenia na wykonanie usługi na kwotę min. 1 000 000 zł brutto, miesięcznej wielkości utrzymywanych powierzchni utwardzonych min. 125 000 m² i rocznej wielkości utrzymywanych terenów zielonych min. 150 000 m².

Odwołujący II podkreślił, że w liście referencyjnym firma nie przedstawiła referencji w niezbędnym zakresie, a zamawiający nie wezwał Konsorcjum do złożenia wyjaśnień w sprawie wskazanych rozbieżności. Ponadto w usłudze utrzymania powierzchni utwardzonych wskazano „Kompleksowe, bieżące utrzymanie powierzchni utwardzonej - dróg, placów, parkingów, chodników wraz z wszystkimi jej elementami o powierzchni miesięcznej 1643429 m²”. Zgodnie z zapisem Opisu Przedmiotu Zamówienia zamówienie publiczne GDDKiA Oddział w Opolu zadanie obejmowało usługę wykonywaną przez pod nazwą „Całoroczne kompleksowe utrzymanie autostrady A-4 na odcinku węzeł Brzeg - granica woj. Śląskiego, od km 193+965 do km 281+686, wraz ze wszystkimi jej elementami, zwanej dalej drogą, w okresie 36 miesięcy od daty podpisania umowy” zdaniem odwołującego II nie potwierdzono, że firma Paroks R. P. wykonywała miesięczną wartość usług przez okres zamówienia na powierzchni utwardzonej wskazanej w wykazie usług 1 643 429 m². Opis zawarty w referencjach jak i wykazie usług zawiera zapis „wraz z jej wszystkimi elementami” w OPZ w postępowaniu O.Op.D-3.2413.16.2016 (31) wpisano słownik „użyte w SIWZ, wymienione poniżej określenia, należy rozumieć następująco: poz. 3 elementy drogi - jakkolwiek część drogi, w tym wyposażenie, znajdujące się na liniach rozgraniczających i poza liniami rozgraniczającymi, podlegająca utrzymaniu i ocenie stanu utrzymania wymieniona w załączniku nr 3 do OPZ”. W OPZ wskazano także konieczność patrolowania autostrady, obsługi Punktów Poboru Opłat i wiele innych nie wchodzących w element utrzymania powierzchni utwardzonych. Utrzymanie elementów towarzyszących drodze jak znaki, barierki i wiele innych elementów nie może wchodzić w zakres potwierdzenia wykonania usługi miesięcznej na terenach utwardzonych. Potwierdza to także Rozporządzenie Ministra Infrastruktury w sprawie przepisów techniczno-budowlanych dotyczących autostrad płatnych Dz.U.2002.12.116 - Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 16 stycznia 2002 r. w sprawie przepisów techniczno-budowlanych dotyczących autostrad płatnych. Odwołujący II przywołał § 36 i dalej art. 54, art. 61, art. 66, art. 75, art. 72, art. 75, art. 78 przytoczonego rozporządzenia.

Dalej odwołujący II podał, iż niezależnie od powyższych uwag w postępowaniu O.Op.D-3.2413.16.2016 (31) OPZ wskazano zakres prac utrzymaniowych, procedury określania Wartości Cyklicznego Wynagrodzenia Wykonawcy. Zgodnie z zapisem na stronie 26 i 27 wynagrodzenie wykonawcy jest zależne od rzeczywiście wykonanej usługi na obszarze przekazanym przez zamawiającego, zakresu elementów przekazanym wykonawcy. Wartość cyklicznego wynagrodzenia jest naliczana na podstawie wszystkich protokołów kontroli, zsumowaniu potrąceń i zsumowaniu naliczonych kar. W związku z powyższym odwołujący II stwierdził iż OPZ wskazuje, że usługi były wykonywane nie na całym obszarze drogi utwardzonej, zawierają także utrzymanie infrastruktury drogowej i nie były wykonywane w cyklu co miesięcznym lecz określonej krotności w okresie umowy. Odwołujący II podał, że wystąpił do GDDKiA o udostępnienie w ramach informacji publicznej min. faktycznego zakresu i częstotliwości wykonywania określonych usług w tym utrzymania zieleni oraz powierzchni utwardzonych. Dane te zostaną niezwłocznie przekazane stronom postępowania po ich otrzymaniu od GDDKiA. W ocenie odwołującego II, w obecnym stanie rzeczy Wykaz Usług nr 5 jak też przedłożone referencje nie mają waloru dokumentów jednoznacznie potwierdzających posiadanie wiedzy i doświadczenia w zakresie wymaganym przez zamawiającego. Odwołujący II zaznaczył, że wystawiający referencje jak też firma z nich korzystająca mają pełną wiedzę o rzeczywistym zdobyciu wiedzy i doświadczenia w zakresie powierzchni wykonywanych usług jak też ich wartości. W ocenie odwołującego II, wątpliwości budzi również fakt, że firma ZABERD jako główny wykonawca postępowania O.Op.D-3.2413.16.2016 (31) nie posługuje się własnymi referencjami z zadania wystawionych przez organizatora zamówienia GDDKiA, które mogły być wystawione w przypadku należycie wykonywanej usługi na rzecz generalnego wykonawcy ZABERD SA, lecz wystawiła referencje dla podwykonawców Kospar M. P. oraz Paroks R. P.. Zdaniem odwołującego II, wątpliwości te winny być rozwiane przez zamawiającego w trybie wezwania oferenta do złożenia wyjaśnień uzupełniających co do faktycznie wykonanego obszaru usług, częstotliwości jak też ich wartości i/lub też zasięgnięcia opinii w sprawie jakości wykonywanych usług u GDDKiA przez generalnego wykonawcę ZABERD SA jak i jego podwykonawców Kospar M. P. oraz Paroks R. P.. Należy również ponad wszelką wątpliwość ustalić czy usługi podwykonawstwa faktycznie były realizowane przez firmy Kospar M. P. oraz Paroks R. P. oraz czy podwykonawstwo to było zgłoszone do zamawiającego GDDKiA.

Odwołujący II zaznaczył, że z dokumentów wynika, że wyjaśnienia w piśmie z dnia 3 lutego 2021 r. strona 3 są nie pełne, nie wyjaśniają jaką wielkość miesięcznej usługi faktycznie wykonywał Partner PAROKS i jako złożone do Wykazu Usług zdanie nr 5 na wezwanie Zamawiającego - jednak nie podlega powtórnemu wyjaśnieniu. Zgodnie z treścią Wykazu Usług nr 7 oraz wystawionych referencji do tego wykazu, firma Kospar M. P. wykonywał

usługi utrzymania MOP-ów wskazanych w postępowaniu GDDKiA Oddział w Opolu O.Op.D-3.2413.16.2016 (31) w czasie, obszarze na jakim miała wykonywać usługę utrzymania dróg i innych elementów firma Paroks R. P. powołując się na wystawione referencje do zadania nr 5 przez firmę ZABERD SA. Z Wykazu Usług nr 5 i 7 oraz przedłożonych do nich referencji wynika, że na obszarze elementów autostrady jakim są MOP- dwie różne firmy wykonywały usługę w tym samym czasie. Przedstawione Wykazy Usług nr 5 i 7 wraz z załączonymi referencjami oraz wyjaśnienia firmy Paroks R. P. złożone w dniu 3.02.2021r. strona 3, są ze sobą sprzeczne. Na podstawie wymienionych dokumentów, odwołujący II domniemał, że Wykaz Usług nr 5 wraz z wyjaśnieniami z dnia 3 lutego 2021 r. w zakresie Wykazu Usług nr 5 zawierają nieprawdziwe informacje w zakresie faktycznie miesięcznej utrzymywanej powierzchni utwardzonej mające na celu uzyskanie zamówienia publicznego wbrew ustawy Pzp. Dalej odwołujący II podkreślił, iż złożenie nieprawdziwych i nie pełnych informacji co do zdolności w zakresie wiedzy i doświadczenia choćby w jednym zadaniu, dyskwalifikuje całość oferty Konsorcjum dla 7 zadań. Warunkiem stawianym przez zamawiającego jest zdolność wiedzy i doświadczenia stanowiącym wielokrotność stawianych warunków w zależności od ilości, do ilu zadań przystępuje oferent. Nie spełnienie jednego z warunków dla jednego zadania powoduje, że oferent nie spełnia warunków stawianych przez zamawiającego, jeżeli przystąpił do wszystkich zadań. Wymagania te są opisane w treści SIWZ i powtórzone w treści Wykazów Usług.

3. Zadanie nr 4 – Odwołujący II podał, że w wykazie usług nr 4 wskazano, iż wykonawca firma PAROKS R. P. oraz konsorcjant Clean WORD B. S. wykonywali usługę na rzecz 2 WOG SOI Brzeg w zakresie min. utrzymania terenów utwardzonych oraz zielonych. Wartość wykonywanej usługi wynosi 1 750 129,02 zł brutto, przy konieczności przedstawienia referencji na wykonanie usługi o wartości 1 500 000 zł brutto. Zamawiający pismem z dnia 29 stycznia 2021 r. wezwał do wyjaśnienia treści referencji. Firma Paroks R. P. wskazał min. że wykonywała usługę na rzecz 2 WOG we Wrocławiu w zadaniu SOI Brzeg zgodnie z umową nr 16/2019. W ramach Konsorcjum Clean WORD B. S. a Paroks R. P., przedstawiając jednocześnie umowę wymienionego konsorcjum. Wskazała, że wykonała 100% zadania według załącznika nr 3 do SIWZ. Cyt. Strona 2 wyjaśnień „*Jak widać powyżej firma Clean Word wykonywała przy tym zadaniu tylko rozliczenie prac a nasza firma wykonywała 100% wszystkich prac i wartości związanych z realizacją zadania...*”. Przekazane protokoły z firmą Clean Word oraz protokoły i rejestry usług z zamawiającym nie potwierdzają jednak jaką część wynagrodzenia otrzymała firma Clean Word B. S. za wskazaną czynność rozliczenie prac. Kwestię wzajemnych rozliczeń za wykonane czynności przez strony Konsorcjum oraz faktycznie poniesionych kosztów reguluje załączona do wyjaśnień umowa Konsorcjum datowana na dzień 12 września 2018 r. Zapis § 6 Sposób wzajemnych rozliczeń punkt 3 podaje cyt. „*B. S. prowadzący działalność pod nazwą Clean*

WORLD zobowiązuje się do wypłaty części wynagrodzenia należnego R. P. prowadzącej działalność pod nazwą PAROKS w terminie 3 dni roboczych od dnia otrzymania wynagrodzenia od Zamawiającego". Dalej p. 4 Strony ustalają, że z wynagrodzenia otrzymanego od Zamawiającego z tytułu wykonywania Umowy, o której mowa w § 1, za należyte wykonywanie czynności opisanych w § 3 niniejszej umowy R. P. prowadzącej działalność pod nazwą PAROKS przypadać będzie wynagrodzenie za realizację usługi powierzonej członkowi konsorcjum zgodnie z załącznikiem nr 1 do niniejszej umowy" i dalej treść punktu 5 umowy Konsorcjum. Do wyjaśnień załączono dokument pod nazwą „Załącznik do umowy”, który jednakże nie wskazuje, iż jest to załącznik nr 1 do umowy wskazany w treści umowy. Załączony dokument w p. 2 zapis „w zakresie Zadania nr 4 SOI Brzeg” nie wskazuje sposobu rozliczenia prac, wypłaty części wynagrodzenia zgodnie z zapisem § 6 Umowy.

Wobec powyższego, odwołujący II wskazał, że na dzień składania odwołania nie jest znana kwota jaką pobrał konsorcjant Clean World B. S. za wykonane usługi wskazanej w umowie Konsorcjum, wyjaśnieniach firmy PAROKS z dnia 3.02.2021 r. Konsorcjant musiał otrzymać wynagrodzenie jako uczestnik Konsorcjum i wykonujący usługę rozliczenia wykonanych prac. Odwołujący II stwierdził, iż wyjaśnienia PAROKS R. P. nie stanowią wyczerpującej odpowiedzi na wezwanie i wątpliwości zamawiającego. Zamawiający jednoznacznie wskazał w SWIZ w tym Treści wykazu usług, że Konsorcjant *może powołać się na wiedzę i doświadczenie tylko w takim zakresie w jakim nabył wiedzę i doświadczenie wykonując określoną część usług.* Załączone faktury o rozliczenia do zadania SOI Brzeg prowadzonego w postępowaniu INFR /631/2018 obejmują 100% wynagrodzenia za wykonaną usługę zgodnie z załącznikiem nr 3 do SWIZ INFR /631/2018. Brak jest informacji jakie wynagrodzenie faktycznie uzyskał partner Konsorcjum Clean WORLD za wykonane czynności. Uczestnik postępowania Partner Paroks R. P. nie może powoływać się na pełną kwotę 1 750 129,02 zł zdobytego doświadczenia, część tej kwoty jest należna dla konsorcjanta Clean World, gdyż wykonywał określone czynności, a R. P. - Paroks temu nie zaprzeczyła.

Odwołujący II wskazał, że powyższe jak i zebrane dowody w postaci protokołów rozliczeń firmy Clean World B. S. z 2WOG'iem oraz faktury wystawiane dla 2WOG przez Clean World B. S. mogą świadczyć o tym, że firma Clean World była tzw. „*stupem*” dla uzyskania zamówienia publicznego i dlatego nie pobierała wynagrodzenia za wykonywane usługi lub należność za wykonane usługi były przekazane przez firmę Paroks R. P. dla Clean World B. S. poza oficjalnym obiegiem finansowym. Firma Paroks R. P. nie wykazała w swoich wyjaśnieniach jakie faktycznie wynagrodzenie za swoje usługi pobrał Clean World, więc kwota wskazana w Wykazie usług nr 4 jako wymagane doświadczenie jest nieprawdziwa. Ponadto odwołujący II wskazał, że z dokumentów wynika, że wyjaśnienia w piśmie z dnia 3

lutego 2021 r. są nie pełne, nie wyjaśniające jaką wielkość miesięcznie wykonywał faktycznie Partner PAROKS i jako złożone do Wykazu Usług zdanie nr 4 na wezwanie Zamawiającego nie podlega powtórnemu wyjaśnieniu.

Na podstawie wymienionych dokumentów, odwołujący II domniemał, że Wykaz Usług nr 4 wraz z wyjaśnieniami z dnia 3 lutego 2021 r. w zakresie Wykazu Usług nr 4 zawierają nieprawdziwe informacje w zakresie faktycznie wartości wykonanej usługi jako uczestnika Konsorcjum z Clean World B. S. w mające na celu uzyskanie zamówienia publicznego wbrew ustawy Pzp.

Odwołujący II stwierdził, że złożenie nieprawdziwych i nie pełnych informacji co do zdolności w zakresie wiedzy i doświadczenia choćby w jednym zadaniu, dyskwalifikuje całość oferty Konsorcjum dla 7 zadań. Warunkiem stawianym przez zamawiającego jest zdolność wiedzy i doświadczenia stanowiącym wielokrotność stawianych warunków w zależności od ilości, do ilu zadań przystępuje oferent. Nie spełnienie jednego z warunków dla jednego zadania powoduje, że oferent nie spełnia warunków stawianych przez zamawiającego, jeżeli przystąpił do wszystkich zadań. Wymagania te są opisane w treści SIWZ i powtórzone w treści Wykazów Usług.

4. Zadanie nr 7 – odwołujący II wskazał, że dla zadania 7 i 5 oraz 2 przedłożone referencje wystawione przez Konsorcjanta - Lider ZABERD SA są zbieżne dla obu zadań w zakresie obszaru wykonywania usługi na rzecz firmy ZABERD SA przez Partnerów Konsorcjum - Firmy Partner Paroks R. P., Partner Kospar M. P. Lider Konsorcjum wystawił referencje dla Partnera za wykonywanie usługi na rzecz Lidera w zadaniu - zamówienie publiczne GDDKiA Oddział w Opolu postępowaniu nr O.Op- 3.2413.16.2016(13) zadanie obejmowało usługę wykonywaną przez 36 miesięcy pod nazwą *„Całoroczne kompleksowe utrzymanie autostrady A-4 na odcinku węzeł Brzeg – granica woj. Śląskiego, od km 193+965 do km 281+686, wraz ze wszystkimi jej elementami, zwanej dalej drogą, w okresie 36 miesięcy od daty podpisania umowy”* Zadanie wygrała firma ZABERD SA za kwotę 29 864 587,11 zł na wykonanie usługi w ciągu 36 miesięcy.

Wykaz Usług nr 7- wykonawca Kospar M. P. - zawarto wartość usługi netto 1 356 080,84 zł, brutto 1 667 979,43 co wskazuje, że wskazana usługa na rzecz ZABERD SA była opodatkowana podatkiem VAT w wysokości 23 % tj. w kwocie 311 898,59 zł. Należy podkreślić, że usługi związane z sprzątnięciem i koszeniem, utrzymaniem zieleni są opodatkowane w wysokości 8% podatku VAT. To wskazuje, że czynności wykonywane na rzecz GDDKiA Oddział w Opolu nie obejmowały tylko usług sprzątnięcia dróg utwardzonych i utrzymania zieleni lecz inne objęte stawką VAT w wysokości 23%. Sam opis zamówienia wg. wykazu nr 7 i 5 oraz 2 *„Kompleksowe, bieżące utrzymanie powierzchni utwardzonej - dróg, placów, parkingów, chodników wraz z wszystkimi jej elementami o powierzchni miesięcznej 103 265 m2, Kompleksowe , bieżące utrzymywanie terenów zieleni niskiej, średniej i*

wysokiej o powierzchni miesięcznej 102 124 m²". Wykaz budzi wątpliwości czy firma Kospar M. P. spełnia wymogi stawiane przez zamawiającego, który wymaga posiadania wiedzy i doświadczenia na wykonanie usługi na kwotę min. 500 000 zł brutto, miesięcznej wielkości utrzymywanych powierzchni utwardzonych min. 60 000 m² i rocznej wielkości utrzymywanych terenów zielonych min. 200 000 m².

Odwołujący II podał, że jak wynika z wpisu w Wykazie nr 2 usług firma Kospar wykonywała usługę na powierzchni bieżące utrzymywanie terenów zieleni niskiej, średniej i wysokiej o powierzchni miesięcznej 102 124 m², gdzie zamawiający wymagał usługi wykonywanej przez rok na powierzchni 200 000m². W tym zakresie firma nie przedstawiła referencji w niezbędnym zakresie, a zamawiający nie wezwał Konsorcjum do złożenia wyjaśnień w sprawie wskazanych rozbieżności. Ponadto w usłudze utrzymania powierzchni utwardzonych wskazano „Kompleksowe, bieżące utrzymanie powierzchni utwardzonej - dróg, placów, parkingów, chodników wraz z wszystkimi jej elementami o powierzchni miesięcznej 103 265 m². W wykazie nr 2 firma Kospar M. P. wskazywał wykonanie usługi tożsamej z zakresem i miejscem usługi wskazanym w Wykazie Usług nr 7. Jediną różnicą jest fakt, że tożsama usługa wskazana w wykazie nr 2, wykonywana przez firmę Kospar M. P. przez okres 13 miesięcy i 21 dni tj. 12.10.2019 do 30.11.2020 r. warta była 1 112 866, 01 zł, natomiast usługa wskazana w Wykazie nr 7 wykonywana przez firmę Kospar M. P. w okresie 1.01.2018 do 11.10.2019 r. tj. 22 miesiące i 11 dni jest wyceniona na kwotę 1 667 979,43 zł, wskazana różnica wynagrodzenia jest znaczna w stosunku do czasu wykonywania usługi. Odwołujący II stwierdził, iż przyjmując tylko średnią cenę za jeden miesiąc wykonywania usługi wskazanej w Wykazie Usług nr 2 na kwotę 85 605,07 zł, a średnią ceną za jeden miesiąc wykonywania usługi wskazanej w Wykazie Usług nr 7 na kwotę 758 180,88 zł jest wątpliwe aby wskazane kwoty polegały na prawdzie.

Odwołujący II zaznaczył, że w Wykazie Usług nr 5 dla Firmy PAROKS R. P. wskazującym na wykonywanie usługi tożsamej w czasie, obszarze co do obszaru, czasu wskazanego w Wykazie Usług nr 7 są objęte te same usługi dla dwóch uczestników niniejszego postępowania tj. Partner Kospar M. P., Paroks R. P.. W żadnym dokumencie dla Wykazu Usług nr 5 oraz złożonych wyjaśnień w piśmie z dnia 3.02.2021 r. nie wyłączono z obszaru wykonywania czynności na terenach utwardzonych oraz zielonych tzw. Miejsc Obsługi Podróżnych wskazanych w Wykazie Usług nr 7. Zamawiający nie wezwał do wyjaśnienia rozbieżności w tym zakresie. Natomiast Partner Konsorcjum Paroks R. P. potwierdziła wykonywanie usługi na całym obszarze objętym zamówieniem „*Całoroczne kompleksowe utrzymanie autostrady A-4 na odcinku węzeł Brzeg - granica woj. Śląskiego, od km 193+965 do km 281+686, wraz ze wszystkimi jej elementami, zwanej dalej drogą*” Nie wskazała, iż nie wykonywała usługi na obszarach MOP Wierzbnik, Jankowice, Przysiecz, Prószków.

Zgodnie z zapisem Opisu Przedmiotu Zamówienia zamówienie publiczne GDDKiA Oddział w

Opolu zadanie obejmowało usługę wykonywaną przez pod nazwą „*Całoroczne kompleksowe utrzymanie autostrady A-4 na odcinku węzeł Brzeg - granica woj. Śląskiego, od km 193+965 do km 281+686, wraz ze wszystkimi jej elementami, zwanej dalej drogą, w okresie 36 miesięcy od daty podpisania umowy*” nie można potwierdzić, że firma Kospar M. P. wykonywała miesięczną wartość usług przez okres zamówienia na powierzchni wskazanej w wykazie usług 103 265 m². Opis zawarty w referencjach jak i wykazie usług zawiera zapis „*wraz z jej wszystkimi elementami*” w postępowaniu O.Op.D- 3.2413.16.2016 (31) OPZ wpisano słownik - *użyte w SIWZ, wymienione poniżej określenia, należy rozumieć następująco: poz. 3 elementy drogi - jakkolwiek część drogi, w tym wyposażenie, znajdujące się na liniach rozgraniczających i poza liniami rozgraniczającymi, podlegająca utrzymaniu i ocenie stanu utrzymania wymieniona w załączniku nr 3 do OPZ.*

Odwołujący II wskazał, że utrzymanie elementów towarzyszących drodze jak znaki, barierki i wiele innych elementów nie może wchodzić w zakres potwierdzenia wykonania usługi miesięcznej na terenach utwardzonych. Potwierdza to także Rozporządzenie Ministra Infrastruktury w sprawie przepisów techniczno-budowlanych dotyczących autostrad płatnych Dz.U.2002.12.116 - Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 16 stycznia 2002 r. w sprawie przepisów techniczno-budowlanych dotyczących autostrad płatnych. Niezależnie od powyższych uwag, odwołujący II wskazał, że w postępowaniu O.Op.D-3.2413.16.2016 (31) OPZ wskazano zakres prac utrzymaniowych, procedury określania Wartości Cyklicznego Wynagrodzenia Wykonawcy. Zgodnie z zapisem na stronie 26 i 27 wynagrodzenie wykonawcy jest zależne od rzeczywiście wykonanej usługi na obszarze przekazany przez zamawiającego, zakresu elementów przekazany wykonawcy. Wartość cyklicznego wynagrodzenia jest naliczana na podstawie wszystkich protokołów kontroli, zsumowaniu potrąceń i zsumowaniu naliczonych kar. Tak więc OPZ wskazuje, że usługi były wykonywane nie na całym obszarze drogi utwardzonej, zawierają także utrzymanie infrastruktury drogowej i nie były wykonywane w cyklu co miesięcznym lecz określonej krotności w okresie umowy. Odwołujący II podał, iż wystąpił do GDDKiA o udostępnienie w ramach informacji publicznej min. faktycznego zakresu i częstotliwości wykonywania określonych usług w tym utrzymania zieleni oraz powierzchni utwardzonych. Dane te zostaną niezwłocznie przekazane stronom postępowania po ich otrzymaniu od GDDKiA. W ocenie odwołującego II, w obecnym stanie rzeczy Wykaz Usług nr 2 jak też przedłożone referencje nie mają waloru dokumentów jednoznacznie potwierdzających posiadanie wiedzy i doświadczenia w zakresie wymaganym przez zamawiającego. Odwołujący II zaznaczył, że wystawiający referencje jak też firma z nich korzystająca mają pełną wiedzę o rzeczywistym zdobyciu wiedzy i doświadczenia w zakresie powierzchni wykonywanych usług jak też ich wartości.

Odwołujący II wyraził wątpliwości co do faktu, że firma ZABERD jako główny wykonawca nie posługuje się własnymi referencjami z zadania postępowania O.Op.D- 3.2413.16.2016 (31)

Wystawionych przez organizatora zamówienia GDDKiA, które mogły być wystawione w przypadku należycie wykonywanej usługi na rzecz generalnego wykonawcy ZABERD SA, lecz wystawiła referencje dla podwykonawców Kospar M. P. oraz Paroks R. P. W ocenie odwołującego II wątpliwości te winny być rozwiane przez zamawiającego w trybie wezwania oferenta do złożenia wyjaśnień uzupełniających co do faktycznie wykonanego obszaru usług, częstotliwości jak też ich wartości i/lub też zasięgnięcia opinii w sprawie jakości wykonywanych usług u GDDKiA przez generalnego wykonawcę ZABERD SA jak i jego podwykonawców Kospar M. P. oraz Paroks R. P. Należy również ponad wszelką wątpliwość ustalić czy usługi podwykonawstwa faktycznie były realizowane przez firmy Kospar M. P. oraz Paroks R. P. oraz czy podwykonawstwo to było zgłoszone do zamawiającego GDDKiA.

Na podstawie wymienionych dokumentów, odwołujący II domniemał, że Wykaz Usług dla zadań nr 2, 5, 7 wraz z wyjaśnieniami z dnia 3 lutego 2021 r. w zakresie Wykazu Usług nr 5 zawierają nieprawdziwe informacje w zakresie faktycznie obszaru i wartości wykonanej usługi jako uczestnika Konsorcjum z Kospar M. P. oraz Paroks R. P. w mające na celu uzyskanie zamówienia publicznego wbrew przepisom ustawy Pzp.

Odwołujący II stwierdził, że złożenie nieprawdziwych i nie pełnych informacji co do zdolności w zakresie wiedzy i doświadczenia choćby w jednym zadaniu, dyskwalifikuje całość oferty Konsorcjum dla 7 zadań. Warunkiem stawianym przez zamawiającego jest zdolność wiedzy i doświadczenia stanowiącym wielokrotność stawianych warunków w zależności od ilości, do ilu zadań przystępuje oferent. Nie spełnienie jednego z warunków dla jednego zadania powoduje, że oferent nie spełnia warunków stawianych przez zamawiającego, jeżeli przystąpił do wszystkich zadań. Wymagania te są opisane w treści SIWZ i powtórzone w treści Wykazów Usług co potwierdza słuszność tezy odwołującego.

Dalej odwołujący II stwierdził, iż zarzut w zakresie nie spełnienia warunków finansowych lub ekonomicznych przez Partnerów Paroks R. P., Kospar M. P. jest w całości zasadny na podstawie złożonych oświadczeń, wyjaśnień przez firmę Paroks R. P., przedstawionych JEDZ przez Partnerów Paroks R. P., Kospar M. P.. Partnerzy w złożonych JEDZ wskazali, iż wypełniają indywidualnie w pełni warunki stawiane w zakresie spełnienia warunków finansowych, lub ekonomicznych w niniejszym postępowaniu. W treści JEDZ nie wskazali, że polegają na zdolnościach ekonomicznych lub finansowych pozostałych członków Konsorcjum, więc należy uznać, że złożyli w pełni świadome oświadczenia o spełnianiu indywidualnie wskazanych warunków. W załączonych dokumentach do Oferty i w JEDZ nie wskazano, aby członkowie Konsorcjum zawarli umowę odmienną niż nie nazwaną, regulującą prawa i obowiązki odmiennie niż zawartą na zasadzie proporcjonalności wzajemnych praw i obowiązków. Tak więc, odwołujący II uznał, że oświadczenia w JEDZ należy traktować jako indywidualne i obowiązujące. Zamawiający w jednym z warunków

udziału w sytuacji ekonomicznej lub finansowej tj. dysponowanie dokumentem potwierdzającym ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną określoną przez Zamawiającego dla poszczególnych zadań. Odwołujący II podał, że w załączonych dokumentach dla II etapu w zakresie zdolności ekonomicznej lub finansowej Partnerzy przedstawili polisy OC na wskazane kwoty minimalne przez zamawiającego, lecz nie załączyli dowodu opłaty składek ratalnych dla polis OC. W związku z tym odwołujący II uznał, że na dzień składania ofert przez Partnerów Paroks R. P., Kospar M. P. raty składek nie zostały opłacone. Wskazujemy niezgodność treści polisy OC firmy Kospar M. P. w zakresie dat wskazanych w polisie ubezpieczenia OC - w przedłożonej polisie ubezpieczeniowej w II etapie postępowania tzn. po dniu składania ofert, typ 1306 nr 7012340 zawartej od dnia 11.12.2020 do dnia 10.12.2021 r. widnieje na stronie 6 odręcznie wpisana data 29.12.2020 r. przez Michała Partykę. Wskazane daty nie korelują ze sobą, a data 29 grudnia 2020r . jest datą na 5 dni po upływie składania ofert. Tak więc jest brak daty pewnej co do dnia faktycznego zawarcia polisy ubezpieczeniowej OC, a więc spełnienia warunków uczestnictwa w postępowaniu przetargowym w zakresie zdolności ekonomicznej lub finansowej uczestnika postępowania. Celem żądania opłaconej polisy OC od wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego jest jedynie ocena ich sytuacji ekonomicznej i finansowej w tym zdolności poniesienia określonych kosztów w celu uzyskania ubezpieczenia (wyrok KIO z dnia 18.01.2012 r., jak też zdolności wykonawcy do ubezpieczenia własnej działalności na żadaną przez zamawiającego sumę. i możliwości uzyskania ubezpieczenia (ubezpieczyciel weryfikuje w takich sytuacjach dany podmiot zamierzający zawrzeć umowę ubezpieczenia pod względem wiarygodności i uczciwości gospodarczej oraz możliwości zapłaty składek (wyrok SO we Wrocławiu z dnia 14 lipca 2011 r. X Ga 213/11). Odwołujący II wskazał, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ustawodawca wyraźnie zastrzega obowiązek przedłożenia opłaconej polisy (arg. z § 1 ust. 1 pkt 11 rozporządzenia w sprawie dokumentów), co wymaga wykazania spełnienia świadczenia obciążającego ubezpieczającego, wynikającego z umowy ubezpieczenia (art. 805 kc). W związku z powyższym wymóg opłacenia polisy OC powinien być wypełniony na dzień upływu terminu składania ofert lub wniosków w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Późniejsze wypełnienie tego obowiązku przez wykonawcę (opłata polisy) nie może być uznane za spełnianie warunku podmiotowego udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne, nawet - jeśli w świetle obowiązujących przepisów prawa, przede wszystkim przepisów kodeksu cywilnego - później polisa ubezpieczeniowa zostanie przez dany podmiot opłacona, a tym samym ochrona ubezpieczeniowa danego wykonawcy obowiązuje, czy też wstecznie obowiązywała w momencie składania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (por. wyrok KIO z

dnia 10.08.2011 r., sygn. akt KIO 1623/11, wyrok z dnia 6.12.2011 r., sygn. akt KIO 2537/11). Nie można więc uznać za „opłaconą” w rozumieniu przepisów rozporządzenia polisę, której termin płatności jest odroczony i upływa po terminie otwarcia ofert. Jak wskazano wyżej ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu odbywa się według stanu na dzień na dzień upływu terminu składania ofert. Dotyczy to również dokumentów uzupełnianych na wezwanie (por. 26 ust. 3 ustawy Pzp), czy też składanych w wyniku wyjaśnień (por. 26 ust. 4 ustawy Pzp).

W sytuacji, gdy fakt opłacenia składek nie wynika z samej treści polisy, wykonawca powinien załączyć do polisy inny dokument potwierdzający odprowadzanie stosownych składek (np. wyciąg z konta bankowego, rachunek itp.). W braku potwierdzenia w samym dokumencie polisy jej opłacenia, zamawiający powinien w trybie art. 26 ust. 3 Pzp wezwać wykonawcę do przedłożenia dokumentu potwierdzającego opłacenie polisy pod rygorem wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (por. wyrok KIO z dnia 5 marca 2012 r., sygn. akt KIO 223/12 KIO 248/12 KIO/UZP 261/12, wyrok KIO z dnia 16 czerwca 2011 r., sygn. akt KIO/UZP 1151/11). Wykonawca nie będzie podlegał wykluczeniu, gdy na wezwanie zamawiającego przedstawi dokumenty potwierdzające fakt opłacenia polisy przed upływem terminu składania ofert lub wniosków. Biorąc pod uwagę powyższe, stwierdzić należy, że w świetle obowiązujących przepisów nieopłaconej polisy nie można zakwalifikować do katalogu innych dokumentów potwierdzających, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Nie można zatem podzielić poglądu wyrażonego w uchwale KIO z dnia 14 stycznia 2011 r. (KIO/KU 108/10), zgodnie z którym nieopłaconą polisę można uznać za „inny dokument, potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony”, o którym mowa w rozporządzeniu. Ponadto odwołujący II wskazał, że możliwość posłużenia się „innym dokumentem” ustawodawca przewidział dopiero w przypadku braku polisy ubezpieczeniowej (tak: wyrok KIO z dnia 15 marca 2012 r., KIO/UZP 421/12, wyrok z dnia 24 lutego 2012 r., KIO/UZP 301/12), co dodatkowo potwierdza prezentowane stanowisko.

Dalej odwołujący II stwierdził, że wyjaśnienia z dnia 3 lutego 2021 r. złożone przez Partnera Paroks R. P. w zakresie zobowiązań wobec Urzędu Skarbowego, Zakładu Ubezpieczeń Społecznych w zakresie zaległości należności publiczno- prawnych są nie pełne, budzą wątpliwości co do ich przyjęcia jako podstawę do braku wykluczenia lub odrzuceniu oferty Konsorcjum na podstawie art. 24 ust.5 p. 8 ustawy Pzp. Zgodnie z treścią pisma zamawiającego nr 1121/21 z dnia 29.01.2021r. firma Paroks R. P. powoływała się na trudności w współpracy z niełojalnymi kontrahentami jak również obostrzenia w ograniczeniu i obostrzeniu oraz dodatkowe koszty i wydatki związane z pandemią COVID -19. Nie wskazano jednocześnie enumeratywnie jakie to poniesiono faktycznie koszty w związku z obostrzeniami związanymi z pandemią COVID-19. Z przedstawionych Wykazów Usług do

niniejszego postępowania wynika, iż wykonywała usługi w zakresie osobistego wykonawstwa lub podwykonawstwa w zakresie zamówień publicznych. Nie wskazała by zamawiający ograniczył zakres usług lub wypowiedział umowy w związku z pandemią COVID-19. Powoływanie się na brak zapłaty min. przez Konsorcjanta, z którym realizowała usługę także w dniu składania ofert do niniejszego postępowania wskazanego m.in. w Wykazie Usług nr 4 jest bezprzedmiotowe. W żadnym dokumencie związanym z realizacją tej usługi (w latach 2019-2020) i załączonych wyjaśnieniach przez Partnera Paroks R. P. na wezwanie zamawiającego z dnia 29.01.2021 r. nie wskazał, że ma jakiegokolwiek trudności z uzyskaniem należnego wynagrodzenia. Należy uznać, że wyjaśnienia w tym zakresie są nieprawdziwe, i zmierzają do wprowadzania w błąd zamawiającego co do właściwości ekonomicznych i finansowych Partnera Konsorcjum Paroks R. P. Z uwagi na już złożone wyjaśnienia, zamawiający nie może kolejny raz wezwać do kolejnych wyjaśnień w tym zakresie.

Odnosnie zarzutu w zakresie nie spełnienia warunku postawionego przez zamawiającego w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, odwołujący II wskazał, iż jest potwierdzony poprzez przedłożenia w treści JEDZ przez Konsorcjantów, że spełnia każdy z nich warunek w tym zakresie. W żadnym przypadku w treści 3 JEDZ nie wskazano, aby Lider czy Partnerzy posługiwali się zdolnością zawodową i techniczną Partnera czy też Lidera Konsorcjum. Zamawiający wymagał aby oferenci posiadali wskazany sprzęt w SWIZ. Konsorcjum przedstawiło Wykazy sprzętu dla zadań 1,2,4,5,7. Z treści wykazu nie wynika, który z konsorcjantów faktycznie posiada na własność wskazany sprzęt, leasinguje go. Zamawiający nie wezwał Konsorcjum do przedstawienia danych co do faktycznego dysponowania sprzętem wskazanym w wykazach dla zadań 1, 2, 4, 5, 7 przez poszczególnych konsorcjantów. Tak więc wykazy nie spełniają wymogu stawianego przez zamawiającego co do wskazania podstawy dysponowania sprzętem. Odwołujący II wskazał, że zgodnie z zapisem SWIZ, oferent który przystępuje do wszystkich zadań od 1 do 7, winien dysponować sprzętem w ilości wskazanej dla 7 zadań, mimo to zamawiający wezwał Konsorcjum do przedstawienia wykazów sprzętu dla zadań 1, 2, 4, 5, 7 co jest sprzeczne z ideą zapisu w SWIZ o spełnieniu warunków posiadania sprzętu w ilości dla 7 zadań, jeżeli oferent przystąpił z ofertami do wszystkich części zamówienia. Ponadto odwołujący II wskazał, że zamawiający w niniejszym postępowaniu z nieznanymi przyczynami nie przystąpił do weryfikacji rzeczywiście posiadanego potencjału technicznego czy też zawodowego. Nie zażądał żadnych informacji kto faktycznie z konsorcjantów posiada określony sprzęt, czy prawo do dysponowania na podstawie leasingu. Odwołujący wskazał, że występując jako oferent w przetargu na zamówienie publiczne tożsame dla zadań Brzeg, Kłodzko, Jastrzębie w latach 2017-2018 został zobowiązany do przedstawienia zamawiającemu pełnej informacji o posiadanym sprzęcie w tym jego parametrów i prawie do dysponowania nim. Żądano kopii umów leasingowych, umów użyczenia, dokumentów potwierdzających parametry

wskazanego sprzętu a w szczególności parametrów posiadanych zamiatarek. Natomiast w niniejszym postępowaniu zlekceważono weryfikację oferty Konsorcjum w zakresie posiadania określonego sprzętu. Odwołujący II wnosił o zobowiązanie zamawiającego o dołączenie do niniejszego odwołania dokumentów w których jest w posiadaniu dla postępowań przez niego prowadzonych:

1) Na usługę sprzątania w jednostkach, instytucjach i obiektach wojskowych na terenie Komp. Wojsk. Administrowanych przez 2 WOG na terenie SOI w Brzegu, Nr sprawy: infr/829/2016

2) Na usługę sprzątania w jednostkach, instytucjach i obiektach wojskowych na terenie Komp. Wojsk. Administrowanych przez 2 WOG na terenie SOI w Kłodzku, Nr sprawy: infr/660/2016

3) Na usługę sprzątania w jednostkach, instytucjach i obiektach wojskowych na terenie Komp. Wojsk. Administrowanych przez 2 WOG na terenie SOI w Jastrzębiu, Nr sprawy: infr/854/2016.

W ocenie odwołującego Dokumenty zawarte w tych postępowaniach wykażą, że zamawiający z nieznanymi przyczynami w odmienny sposób traktuje oferentów przy weryfikacji zdolności technicznej i zawodowej w postępowaniach o zamówienie publiczne. Jest to nierówne traktowanie oferentów co narusza ustawę o ochronie konkurencji i konsumentów.

Sygn. akt KIO 657/21

Wykonawca – S&A Service Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (zwany dalej: „S&A” lub „odwołującym III”) wniósł w dniu 1 marca 2021 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy PZP czynności Zamawiającego oraz zaniechań czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany na jej podstawie, podjętych w ww. postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący III zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa:

1. art. 89 ust. 1 pkt. 1-2 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 5 pkt. 8 w zw. z art. 7 ust. 1-3 przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum: ZABERD, PAROKS oraz KOSPAR (dalej „Konsorcjum”), mimo że treść tej oferty nie odpowiada treści ustawy oraz treści SIWZ, w konsekwencji czego oferta tego Wykonawcy powinna zostać odrzucona,
2. art. 24 ust. 5 pkt. 8 ustawy Pzp przez nie wykluczenie wykonawcy Konsorcjum, mimo że wskazany Wykonawca spełnia fakultatywne przesłanki wykluczenia, określone w art. 24 ust. 5 pkt. 8 ustawy Pzp, a w konsekwencji naruszenie art. 24 ust. 4 poprzez nieodrzućenie oferty wykonawcy wykluczonego

3. art. 24 ust. 8 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i art. 7 ust. 3 ustawy Pzp w związku z uznaniem oświadczenia Konsorcjum złożonego w procedurze self-cleaning, pomimo, iż należy je uznać za spóźnione, a ponadto z ostrożności również niewystarczające celem jego uznania za samooczyszczenie,
4. art. 7 ust. 1 i art. 7 ust. 3 ustawy Pzp przez wybór oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej, mimo że oferta wskazanego Wykonawcy powinna zostać odrzucona, a w konsekwencji przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez wybór wykonawcy wybranego niezgodnie z przepisami ustawy;
5. w zakresie zadania nr 5 - naruszenie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez brak wezwania Konsorcjum do wyjaśnienia zał. nr 6.5 do SIWZ, złożonego na wezwania z dnia 15.01.2021r., gdzie Konsorcjum wykazało usługę świadczoną samemu sobie;
6. ewentualnie innych przepisów wynikających bezpośrednio i pośrednio z uzasadnienia.

W oparciu o powyższe odwołujący III wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu w zakresie zadania nr 1, 4, 5, 7:

1. unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej;
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach wykluczenie Konsorcjum z uwagi na wykazanie zaległości z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, przy jednoczesnym braku przedstawienia dowodów na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności
3. odrzucenie oferty Konsorcjum jako złożoną przez wykonawcę wykluczonego
4. nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia ponownej oceny ofert i wybór oferty najkorzystniejszej wśród ważnych ofert
5. zasądzeniu na rzecz odwołującego III kosztów postępowania odwoławczego tj. kosztów złożenia odwołania, kosztów transportu i ewentualnych kosztów zastępstwa procesowego, zgodnie z właściwymi przepisami.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący III podnosił, co następuje.

Zarówno odwołujący III, jak i Konsorcjum złożyli oferty w postępowaniu. W dniu 17 lutego 2021 r. zamawiający zawiadomił o wyborze oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej, w zakresie zadania nr 1, 4, 5, 7.

Odwołujący III przedstawił analizę możliwości stosowania art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp, Podniósł, że ta podstawa wykluczenia została wskazana przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 24 ust. 6 ustawy Pzp). Odwołujący III podkreślił, że dla zastosowania art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp nie jest konieczne istnienie ostatecznej decyzji administracyjnej stwierdzającej istnienie zaległości podatkowej. Wystarczy, że wykonawca naruszy obowiązki w zakresie płatności podatku, a za takie naruszenie należy uznać istniejącą zaległość, która wynika z niezapłacenia podatku w określonym w przepisach prawnych terminie płatności. Odwołujący II zwrócił również uwagę na art. 24 ust. 8 Pzp, zgodnie z którym wykonawcy mogą jeszcze skorzystać z prawa do samooczyszczenia, wskazując, że instytucja samooczyszczenia wywodzi się z art. 57 ust. 6 dyrektywy klasycznej 2014/24/UE, który w wyniku implementacji do polskiego porządku prawnego wprowadził możliwość złożenia wyjaśnień przez wykonawców, wobec których zachodzą przesłanki wykluczenia (procedura self-cleaning). Zgodnie z treścią wprowadzonego przez ustawodawcę art. 24 ust. 8 Pzp wykonawca, który podlega wykluczeniu na podstawie fakultatywnych przesłanek wykluczenia, może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, w szczególności udowodnić:

- naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem lub przestępstwem skarbowym,
- zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę lub naprawienie szkody,
- wyczerpujące wyjaśnienie stanu faktycznego oraz współpracę z organami ścigania,
- podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub przestępstwom skarbowym lub nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy.

Wykonawca, który przyznaje się, że zachodzi wobec niego jedna z przesłanek wykluczenia musi pamiętać, aby w przypadku postępowań powyżej tzw. progów unijnych dokonać samooczyszczenia wraz z ze złożeniem dokumentu JEDZ, czyli wraz z upływem terminu na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu (por. KIO z dnia 14 czerwca 2018 r., sygn. akt KIO 1102/18). Odwołujący III przywołał również wyrok KIO 31 lipca 2020 r. sygn. akt KIO 1248/20 oraz wyrok o sygn. akt KIO 1102/18.

Przenosząc to na grunt niniejszego postępowania, odwołujący III wskazał, że firma Paroks R. P. złożyła w ramach konsorcjum z firmami ZABERD oraz KOSPAR ofertę w terminie składania ofert na dzień 23.12.2020r. W ramach złożonej oferty wykonawcy mieli przy ofercie złożyć formularz JEDZ między innymi z informacją czy wykonawca wywiązał się ze wszystkich obowiązków dotyczących płatności podatków(...) dla każdego z konsorcjantów. Odwołujący III podał, że w jednolitym europejskim dokumencie zamówienia przedłożonym przez firmę PAROKS R. P., w Części III: Podstawy Wykluczenia B: Podstawy związane z płatnością podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne, wykazała zaległości wobec

Urzędu Skarbowego - 190.000,00zł (wraz z informacja o decyzji administracyjnej z dnia 10.11.2020 r.) oraz ZUS w wysokości 290.485zł (wraz z informacją o umowie dot. rozłożenia płatności na raty). Działając na podstawie art.26 ust. 1 ustawy PZP w dniu 15.01.2021 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum do złożenia dokumentów, wymaganych zgodnie z sekcją VI pkt. 7 SIWZ „Wykaz Oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia". Dnia 25.01.2021 r. w odpowiedzi na powyższe Konsorcjum przedłożyło dokumenty na wezwanie. W ramach niniejszych, PAROKS przedłożył zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego (zawierające informacje o odroczonej płatności kwoty 190.000zł za okres XII/2019) oraz zaświadczenie właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych (zawierająca informację o układzie ratalnym na spłatę należności). Złożono też, w odpowiedzi na wymóg sekcji VI, pkt. 7 lit. e) SIWZ, oświadczenie o treści:

„Oświadczam , że:

- nie wydano wobec Paroks R. P. prawomocnego wyroku sądu lub ostatecznej decyzji administracyjnej o zaleganiu z uiszczaniem opłat,
- wydano wobec Paroks R. P. ostateczną decyzję administracyjną nr. 1602-SEW.621.3.2020.SZD o zaleganiu z uiszczaniem podatków - Naczelnik Urzędu Skarbowego w Brzegu wydał decyzję w dniu 10.11.2020r. w której odroczył płatność należności,
- nie wydano wobec Paroks R. P. prawomocnego wyroku sądu lub ostatecznej decyzji administracyjnej o zaleganiu z uiszczaniem składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne - podpisana umowa nr 29/2018 z dnia 09.01.2018r. o rozłożenie na raty należności z tytułu składek." W dniu 29.01.2021r. zamawiający wezwał Konsorcjum, opierając się na art. 24 ust. 8 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień dotyczącego dokumentu przesłanego w odpowiedzi na wezwanie z dnia 15.01.2021r. a dotyczącego wymogu sekcji VI, pkt. 7 lit. e) SIWZ, którego treść przytoczono powyżej. W uzasadnieniu faktycznym Zamawiający w zasadzie wezwał Konsorcjum do samooczyszczenia.

W ocenie odwołującego takie działanie było nieuprawnione ze strony Zamawiającego. W treści wezwania sam Zamawiający zauważył (na str. 2) cyt. „Istotny jest również fakt, że obowiązek dowodowy leży wyłącznie po stronie Wykonawcy, który co do zasady, z własnej inicjatywy i według własnego uznania składa w tym celu wyjaśnienia i dowody, a rola Zamawiającego sprowadza się do oceny na ich podstawie." Dalej (str. nr 3 wezwania) Zamawiający napisał „nie wystarcza złożyć wraz z ofertą oświadczenia o zaleganiu w podatkach oraz informacji, że podjęto kroki w celu podpisania stosownego porozumienia z właściwym organem. W takiej sytuacji należy jest złożenie np. wniosku o rozłożenie na raty skierowanego do organu podatkowego lub też w złożonym oświadczeniu wykonawca powinien szczegółowo opisać powód powstania zaległości." Odwołujący III podkreślił, iż zamawiający sam sobie zaprzecza. Z jednej strony wzywa Konsorcjum do wyjaśnień

(samooczyszczenia), z drugiej wskazuje iż procedura self-cleaning winna być przeprowadzona z własnej inicjatywy i złożona wraz ofertą. Odwołujący III stwierdził, iż działanie Zamawiającego jako nieuprawnione i niezgodne z przepisami ustawy Pzp. Istota self-cleaningu polega na możliwości przedstawienia przez wykonawcę, wobec którego zachodzą przesłanki do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, dowodów wykazujących jego rzetelność, co ma umożliwić mu ubieganie się o udzielenie zamówienia. Samooczyszczenie ma więc cel sanacyjny, pozwalający na uczestnictwo w procedurze wykonawcy. Odwołujący III zauważył, że samooczyszczenie winno być dokonane wraz z ofertą, a już z pewnością ostatecznym terminem jest złożenie dokumentów na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 Pzp. Przeprowadzenie procedury samooczyszczenia przez Konsorcjum było zatem spóźnione i nie powinno być rozpatrywane merytorycznie.

W ocenie odwołującego III Konsorcjum winno zostać wykluczone z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający może wykluczyć z postępowania wykonawcę, który naruszył obowiązki dotyczące płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych, z wyjątkiem przypadku, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp, chyba że wykonawca dokonał płatności należnych podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłaty tych należności.

Z ostrożności, odwołujący III zauważył, że pismo wyjaśniające wykonawcy PAROKS R. P. z dnia 03.02.2021r. jest niewystarczającym dowodem do uznania rzetelności wykonawcy. Najważniejszym krokiem w procedurze samooczyszczenia jest przedstawienie dowodów, które potwierdzają podjęte przez wykonawcę działania w celu oczyszczenia się z zarzutów wykluczenia. Wykonawca, który zamierza prawidłowo przeprowadzić procedurę self-cleaning przewidzianą w art. 24 ust. 8 ustawy Pzp, powinien przedstawić Zamawiającemu dokładny opis podjętych środków zaradczych umożliwiających stwierdzenie, że popełniony czyn lub zaniechanie wykonawcy z dużym prawdopodobieństwem nie będzie miało miejsca w przyszłości. Odwołujący III zwrócił również uwagę, na fakt, że jak wynika z dokumentów Urzędu Skarbowego i ZUS powstałe zaległości są sprzed okresu na jaki powołuje się wykonawca w części II Przyczyny nieuregulowania w terminie podatków i składek swoich wyjaśnień. Umowa z ZUS o rozłożeniu na raty zawarta została 08.01.2018r., a więc zaległość musiała istnieć już w roku 2017, natomiast odroczenie w US dotyczy roku 2019. Mając powyższe na uwadze jak i wymienione działania podjęte celem wykluczenia powstania zaległości w formie składania ofert w postępowaniach czy zawarcie umów w zakresie gwarancji ubezpieczeniowych wadium (czy zabezpieczenia należytego wykonania umowy), które to działania trudno uznać za działania wyjątkowe i mające na celu

przeciwdziałanie dalszym przestępstwom skarbowym, odwołujący III uznał, iż są one niewystarczające. Każda firma, żeby istnieć na rynku musi pozyskać kontrahentów, a gwarancje ubezpieczeniowe czy bakowe są powszechną praktyką przy przetargach (która również generuje pewne koszty). Ogólne oświadczenie o wywiązywaniu się ze zobowiązań wobec pracowników, współpracowników i urzędów nie zostało poparte dowodami. Tym samym abstrahując od faktu spóźnionego złożenia niniejszego wyjaśnienia, firma Paroks nie sprostала wymogom art. 24 ust. 8. Wyjaśnienia są ogólne i lakoniczne. W odniesieniu do zaległości wobec Urzędu Skarbowego, odwołujący III wskazał, iż nieuregulowanie w terminie podatków i składek występowały też, w firmie Paroks, we wcześniejszym okresie niż wykazany, jak wynika z dokumentacji przetargowej przedłożonej w analogicznym postępowaniu (nr sprawy INFR/631/2018) organizowanym przez 2.WOG, a w którym ten wykonawca oraz Odwołujący brał udział. Świadczy to o tym, iż podejmowane środki zaradcze są niewystarczające lub tylko pozorne, skoro niewywiązanie się z płatności wobec Urzędu Skarbowego powstała ponownie. Z uwagi, iż powyższe dokumenty były przekładane Zamawiającemu, ma on do nich dostęp i może zweryfikować rzetelność wykonawcy. Odwołujący III podkreślił, że zadaniem Zamawiającego jest rozważyć, czy spełnione zostały przesłanki dla uznania wyjaśnień związanych z samooczyszczeniem. Brak uzasadnienia jest w bezkrytycznym przyjmowaniu wyjaśnień, bez pogłębionej ich analizy.

Ponad powyższe w Zadaniu nr 5, odwołujący III wskazał, że Zamawiający postawił, w sekcji VI pkt. 7 SIWZ, warunek „wykazanie się wykonaniem lub wykonywaniem usługi sprzątnięcia powierzchni utwardzonych i usługi utrzymania terenów zielonych w ramach jednej umowy, trwającej nie dłużej niż 2 lata w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, lub jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie - na kwotę minimum oraz wielkości sprzątniętej powierzchni na kwotę min. 1 000 000,00 zł brutto, miesięcznej wielkości utrzymywanych powierzchni utwardzonych min. 125 000 m² oraz rocznej wielkości utrzymywanych terenów zielonych min. 150 000 m². Konsorcjum, na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1, przedstawiło wykaz usług, stanowiący załącznik nr 6.5 do SIWZ oraz referencję.

Odwołujący III podał, że Konsorcjum wykazało prace wykonane przez firmę Paroks (członek konsorcjum) na rzecz Lidera konsorcjum firmę Zaberd S.A. w zakresie całorocznego, kompleksowego utrzymania autostrady A4 na odcinku węzeł Brzeg - granica woj. Śląskiego, od km 193+965 do km 281+686 wraz ze wszystkimi elementami, w terminie 01.04.2018-11.10.2019r.. Ponieważ poświadczenie usług zostało wystawione w ramach wykonawców występujących wspólnie, można uznać iż referencje zostały wystawione samemu sobie. W sytuacji gdzie Zleceniodawcą głównym była Generalna Dyrekcja Dróg i Autostrad, a głównym wykonawcą Lider konsorcjum ZABERD, co najmniej sytuacja poświadczenia usługi samemu sobie powinna być przez Zamawiającego zweryfikowana. W ocenie odwołującego

III, trudno było by przypuszczać, iż składając ofertę w ramach konsorcjum nie poświadczy się prawidłowej realizacji prac - nie miało by sensu, w przeciwnym razie, wspólne złożenie oferty. Wyjaśnienia natomiast wymaga fakt, dlaczego w przypadku należytego wykonania prac to ZABERD (Lider konsorcjum) nie posłużył się poświadczeniem od Zleceniodawcy (właściciela powierzchni), co byłoby bardziej wiarygodne - zarówno w zakresie przedmiotowym usługi jak i wykonania zgodnie z umową z ostatecznym odbiorcą prac.

Odwołujący przywołał wyrok KIO o sygn. akt 2873/13 Izba uznała: "przez doświadczenie zawodowe w rozumieniu ustawy pzp nie można rozumieć tylko faktu wykonania określonych czynności, prac na własną rzecz, a nie cudzą. W doświadczeniu zawodowym muszą wystąpić okoliczności odbioru prac (potwierdzenie należytego wykonania) przez zamawiającego (odbiorca prac)".

Dalej odwołujący III argumentował, iż z art. 7 ust. 1 Pzp wywodzi się obowiązek równego traktowania przez zamawiającego wszystkich wykonawców, to jest zarówno tych, którzy samodzielnie biorą udział w postępowaniu, jak i tych, którzy ubiegają się wspólnie o udzielenie zamówienia. Oznacza to, że warunki, jakie stawia zamawiający wykonawcom występującym wspólnie, nie mogą różnić się od warunków, jakie mają spełnić wykonawcy, którzy biorą udział w postępowaniu samodzielnie. Powyższa zasada równego traktowania wszystkich wykonawców przejawia się także w tym, że do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia stosuje się odpowiednio te przepisy Pzp, które dotyczą wykonawcy (art. 23 ust. 3 Pzp). Każdy z wykonawców, który wspólnie z innymi ubiega się o udzielenie zamówienia, musi być traktowany jak wykonawca. Przepisy Pzp nakazują traktować konsorcjum wykonawców, wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, jako jednolity podmiot. W ocenie odwołującego III, mając powyższe na uwadze, Zamawiający zaniechał wezwania Konsorcjum (na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp) do złożenia wyjaśnień w celu potwierdzenia spełniania warunku wiedzy i doświadczenia. Tym samym naruszył art. 26 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp z którego wywodzi się obowiązek równego traktowania przez zamawiającego wszystkich wykonawców. Jako podmiot publiczny Zamawiający zobowiązany jest należycie ocenić kwestię spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz przeprowadzić postępowanie w sposób realizujący zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Odwołujący III podkreślił, iż ustawodawca zezwolił Zamawiającemu na przeprowadzenie konfrontacji oświadczeń i dokumentów z informacjami pozyskanymi od podmiotów trzecich względem stron postępowania. Zgodnie z § 2 ust. 6 Rozporządzenia ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od Wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z dnia 27 lipca 2016r. poz. 1126), Zamawiający może oprzeć badanie oświadczeń i dokumentów wykonawcy na współpracy z podmiotem trzecim, posiadającym stosowne informacje.

Sygn. akt KIO 658/21

Wykonawca – A. J. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Herkules A. J. z siedzibą w Kielczowie (zwany dalej: „Herkules” lub „odwołującym IV”) wniósł w dniu 1 marca 2021 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, w zakresie zadania nr 6, wobec niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego oraz zaniechań czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany na jej podstawie, podjętych w ww. postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący IV zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa:

1) zarzut nr 1

- naruszenie art. 26 ust. 3a ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum IMPEL SYSTEM Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (53-111), przy ul. Ślężnej 118 - zwaną dalej „IST”, IMPEL FACILITY SERVICES Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, przy ul. Ślężnej 118 - zwaną dalej „IFS” oraz A. S. Firma „SALUS” siedzibą we Ślęży, przy ul. Akacyjowa nr 4N, 55-040 Kobierzyce - zwaną dalej „Salus” (dalej razem jako „konsorcjum IMPEL”) do złożenia pełnomocnictwa potwierdzającego, że oświadczenia własne każdego z członków zostały złożone przez osobę właściwie upoważnioną;
- w konsekwencji naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 8) Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, w przypadku gdy została złożona przez osobę niewłaściwie upoważnioną do reprezentacji wszystkich członków osobno;

2) zarzut nr 2

- naruszenie art. 90 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, przez zaniechanie wezwania Konsorcjum IMPEL do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej istotnej części składowej ceny oferty, mimo że w postępowaniu zaistniały okoliczności obligujące Zamawiającego do dokonania takiego wezwania;
- art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez naruszenie zasady nakazującej prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości
- ewentualnie innych przepisów wynikających bezpośrednio i pośrednio z uzasadnienia.

W oparciu o powyższe odwołujący IV wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu w zakresie zadania nr 6:

1. unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty Konsorcjum

- jako najkorzystniejszej;
2. nakazanie Zamawiającemu wezwania Konsorcjum do złożenia właściwego pełnomocnictwa;
 3. wezwania Konsorcjum do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej istotnej części składowej ceny oferty i dokonanie oceny tych wyjaśnień
 4. wykluczenia Konsorcjum z postępowania oraz odrzucenia jego oferty w sytuacji nieprzedłożenia lub przedłożenia wadliwego pełnomocnictwa,
 5. wykluczenia Konsorcjum z postępowania oraz odrzucenia jego oferty w sytuacji nieprzedłożenia lub przedłożenia wyjaśnień, które potwierdzają rażąco niską istotną cenę składową przedstawioną w Formularzu ofertowym dla pozycji 1g oraz pozycji 9.
 6. nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia ponownej oceny ofert
 7. zasądzeniu na rzecz odwołującego IV kosztów postępowania odwoławczego tj. kosztów złożenia odwołania, kosztów transportu i ewentualnych kosztów zastępstwa procesowego, zgodnie z właściwymi przepisami.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący IV podnosił, co następuje.

Zamawiający 2. Wojskowy Oddział Gospodarczy, ul. Obornicka 100-102, 50-984 Wrocław prowadzi postępowanie na „usługę sprzątnięcia zewnętrznych powierzchni utwardzonych oraz utrzymania terenów zielonych w jednostkach, instytucjach i obiektach wojskowych na terenie kompleksów wojskowych administrowanych przez 2 Wojskowy Oddział Gospodarczy we Wrocławiu” (Nr sprawy: INFR/574/2020).

Zarówno odwołujący IV, jak i Konsorcjum złożyli oferty w postępowaniu. W dniu 17 lutego 2021 r. Zamawiający zawiadomił o wyborze oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej, w zakresie zadania nr 6. Do złożenia oferty niezbędne jest posiadanie, przez osoby składające w imieniu wykonawcy oświadczenie woli w przedmiocie udziału w postępowaniu, a także w przedmiocie zaoferowania wykonania przedmiotu zamówienia, stosownego umocowania w dacie składania ofert. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych nakazuje natomiast zamawiającemu odrzucenie oferty nieważnej na podstawie odrębnych przepisów. Doktryna i orzecznictwo wiążą zastosowanie przywołanej normy przede wszystkim z wadliwością oświadczenia woli stanowiącego ofertę w szczególności w kontekście umocowania osoby, która podpisała ofertę do dokonania tej czynności. Odrębną sprawą jest posiadanie stosownego umocowania, rozumianego jako posiadanie przez umocowanego do działania w cudzym imieniu odpowiedniego zakresu uprawnień. Odwołujący IV wskazał, że pełnomocnictwo to czynność prawna, której treścią jest oświadczenie woli mocodawcy upoważniające osobę lub osoby do dokonywania w jego imieniu czynności prawnych określonych w pełnomocnictwie. Na podstawie tego

umocowania pełnomocnik jest upoważniony do zastępstwa mocodawcy, w zakresie określonym w pełnomocnictwie, w stosunkach prawnych z innymi osobami.

Odwołujący IV podniósł, iż wątpliwości, co do zakresu umocowania powinny zostać usunięte, a rezultatem ich usunięcia powinno być uzyskanie przez Zamawiającego dokumentu, z którego treści, bez jakichkolwiek wątpliwości będzie wynikało uprawnienie pełnomocnika do czynności przez niego dokonanych. Stąd właściwym instrumentem do eliminowania tego rodzaju wątpliwości jest przede wszystkim uzupełnienie dokumentu pełnomocnictwa, do czego wyraźnie nawiązuje art. 26 ust. 3a ustawy. Odwołujący IV przywołał wyrok SO w Warszawie z 17 grudnia 2013 r. w spr. V Ca 3201/13.

W ocenie odwołującego IV przedłożone pełnomocnictwo do reprezentowania Konsorcjum i jego członków wobec zamawiającego w związku z prowadzonym postępowaniem (w tym uprawniające do podpisania umowy, aneksów oraz reprezentacja przed KIO i sądami), wystawione dla Impel System Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) nie obejmuje upoważnienia do złożenia w imieniu każdego wykonawcy oświadczeń dotyczących braku podstaw do wykluczenia oraz dotyczących przynależności do grupy kapitałowej. Oznacza to, iż ww. oświadczenia (w tym wynikające z SIWZ, rozdz. VI, pkt 7 litery od e do i), w tej sytuacji powinny być podpisane osobiście przez każdego wykonawcę. Złożenie oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest jednostronną czynnością prawną. Zgodnie z art. 104 k.c., jednostronna czynność prawna dokonana w cudzym imieniu bez umocowania lub z przekroczeniem jego zakresu jest nieważna. W świetle art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów. Wobec powyższego, oferta Konsorcjum jest nieważna, jeśli została złożona przez osobę nie posiadającą właściwego umocowania. Zdaniem odwołującego IV w postępowaniu doszło co najmniej do naruszenia art. 26 ust. 3a ustawy Pzp poprzez zaniechanie podjęcia przez Zamawiającego próby zweryfikowania prawidłowości złożonej oferty i wezwania do złożenia pełnomocnictwa udzielonego Liderowi Konsorcjum, obejmującego swym zakresem, w sposób niebudzący wątpliwości, wszystkie czynności do jakich był uprawniony. Możliwość podpisania przez pełnomocnika oświadczeń dotyczących braku podstaw do wykluczenia i oświadczenia dot. przynależności do grupy kapitałowej, uzależniona jest od treści pełnomocnictwa. Pełnomocnictwo udzielone Liderowi Konsorcjum IMPEL, w przedmiotowym postępowaniu, upoważnia do reprezentowania Konsorcjum wobec Zamawiającego, obejmuje również udzielanie dalszych pełnomocnictw, podpisanie umowy i aneksów oraz do reprezentacji w postępowaniu odwoławczym. Dalej odwołujący IV stwierdził, iż tak umocowany pełnomocnik, nie może podpisać oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia i oświadczenia dotyczącego przynależności do grupy kapitałowej, jak i wynikających z rozdz. VI, pkt 7 litery od e do i SIWZ, za każdą z firm wchodzących w skład konsorcjum. Nie może również udzielić dalszego pełnomocnictwa w zakresie do jakiego nie został umocowany.

Oświadczenie o braku przynależności do grupy kapitałowej jest dokumentem wykazującym brak podstaw do wykluczenia z postępowania. Biorąc pod uwagę, że konsorcjum składa się z odrębnych podmiotów, oświadczenie takie powinno zostać złożone przez każdego członka konsorcjum. W takiej sytuacji ważne jest, aby z treści pełnomocnictwa wynikał fakt, że pełnomocnik może złożyć przedmiotowe oświadczenie w imieniu podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. W tym miejscu, odwołujący IV wskazał, iż za element oferty wykonawcy, nie traktuje się oświadczeń wykonawcy dotyczących braku podstaw do wykluczenia oraz dotyczących przynależności do grupy kapitałowej, gdyż nie zawierają one w sobie żadnego zobowiązania dla wykonawcy (por. wyrok KIO przy Prezesie UZP z dnia 8 czerwca 2009 r. KIO/UZP 663/09). Oznacza to, iż ww. oświadczenia, w tej sytuacji powinny być podpisane osobiście przez każdego wykonawcę. Pełnomocnik (w tym wypadku Lider Konsorcjum) mógłby podpisać ww. oświadczenia osobiście (lub udzielić dalszych pełnomocnictw w tym zakresie), ale musiałby posiadać pełnomocnictwo, z którego wprost będzie wynikać, iż jest umocowany do reprezentacji, jak również do złożenia oświadczeń dotyczących braku podstaw do wykluczenia i przynależności do grupy kapitałowej. Odwołujący IV, przywołał stanowisko UZP wyrażone w kontroli uprzedniej o sygn. akt UZP/DKUE/KU/112/10.

W ocenie odwołującego IV zamawiający nie wykazał się należyłą skrupulatnością, w wyniku czego nie wykonał czynności do jakich był zobligowany.

ZARZUT nr 2

Odwołujący IV podał, że w ramach zadania nr 6 oferty złożyło 3 wykonawców. W dniu 17 lutego 2021 r. Zamawiający zawiadomił o wyborze oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej w tym zadaniu. Zgodnie z przepisem art. 90 ust. 1 ustawy Pzp uprawnienie jak i obowiązek Zamawiającego do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny aktualizuje się także w przypadku, gdy istotne części składowe ceny lub kosztu oferty wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Wykonawcy w ramach przedmiotowego postępowania musieli przedstawić Formularz ofertowy stanowiący załącznik nr 1.6 do SIWZ, zawierający poszczególne pozycje do wyceny zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia.

W Specyfikacji Istotnych warunków zamówienia zamawiający określił w części XIII. „Opis sposobu obliczenia ceny”:

1. Cena oferty uwzględnia wszystkie zobowiązania, musi być podana w PLN cyfrowo i słownie, z wyodrębnieniem podatku VAT.
2. Cena podana w ofercie powinna obejmować wszystkie koszty związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia oraz warunkami stawianymi przez Zamawiającego. Cena może być

tylko jedna (nie dopuszcza się wariantowości cen).

3. Wszystkie wartości określone w formularzach ofertowych oraz ostateczna cena oferty muszą być naliczone z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku.

4. Cenę należy przedstawić w formularzu ofertowym (załączniki nr 1.1.-1.7. do SIWZ). Wykonawca jest zobowiązany do wypełnienia i określenia wartości we wszystkich pozycjach występujących w formularzu ofertowym.

W ramach ww. Formularza ofertowego wykonawca był zobowiązany do wyceny usługi „wywóz opadłego listowia i gałęzi (konarów) powstałych wskutek zmiennych warunków atmosferycznych np. silnego wiatru” - w zakresie terenów nieutwardzonych oraz w zakresie terenów utwardzonych (dwukrotnie). Konsorcjum IMPEL wyceniło niniejszą usługę na wartość 12zł/mp. Średnia cena wszystkich złożonych ofert w zakresie tej części składowej wynosi 57,33zł/mp, z czego wynika, że cena jednostkowa zaproponowana przez Konsorcjum jest blisko 79% niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.

Odwołujący IV wskazał, że koszt samego zagospodarowania bioodpadu do najbliższego składowiska od miejsca wykonywania usługi tj. miejscowość Ścinawka wynosi 426,60zł/tonę brutto. Wynika z tego, iż Konsorcjum założył, iż 1mp opadłego listowia i gałęzi (konarów) waży zaledwie 26kg (dla porównania 1 paleta euro - ok. 25kg). Uznanie, że możliwe jest wykonanie tych usług za cenę określoną przez Wykonawcę byłoby sprzeczne z zasadami doświadczenia życiowego. Nie sposób bowiem założyć, iż jednostkowa cena nie pozwalająca nawet na pokrycie kosztów zagospodarowania odpadu, przy wielu dodatkowych i koniecznych elementach wchodzących w zakres świadczenia (np. kosztu zebrania urobku, kosztu transportu itp.) nie może zostać uznana za rażąco niską. W ramach Opisu Przedmiotu Zamówienia (Załącznik nr 5.6 do SIWZ) sekcja III pkt. 1e) Zamawiający wymaga: „Usuwanie opadłego listowia i gałęzi (konarów) powstałych wskutek zmiennych warunków atmosferycznych, np. silnego wiatru. Nie jest wymagany udział pilarza, a także użycie podnośnika. Cięcia gałęzi (konarów) jeżeli ich wielkość tego wymaga dokonają pracownicy Zamawiającego. Wykonawca zobowiązany jest do zabrania odpadu do miejsca składowania tego typu odpadów i wywiezienia z kompleksu. W ramach tej pozycji Wykonawca wykona czynności wymienione w §4 ust. 6 wzoru umowy („Wykonawca jest zobowiązany do posprzątania terenu po nieprzewidzianych zjawiskach pogodowych tj. przejściu wichur, gwałtownych opadów deszczu ze złamanych gałęzi, konarów, liści oraz zabezpieczy ich wywóz z terenu utrzymywanych kompleksów wojskowych).” Dodatkowo dochodzi koszt transportu.

Odwołujący IV zaznaczył, iż wprawdzie, w postępowaniu kryterium oceny ofert stanowi cena całkowita obliczona zgodnie z formularzem ofertowym, jednak kalkulacja ceny za całość zamówienia była dokonywana przez wykonawców jedynie na użytek porównania ofert. Przedmiot zamówienia nie jest usługą, w ramach której ilości poszczególnych rodzajów prac

określonych przez zamawiającego w kosztorysie będą stałe i nie będą ulegać zmianie. Z tego względu zamawiający przewidział, iż wynagrodzenie będzie wypłacane wykonawcy według określonych w ofercie cen jednostkowych. Analizowanie zaoferowanych w przedmiotowym postępowaniu cen jednostkowych pod kątem rażąco niskiej ceny jest w pełni uprawnione.

W treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia zostało przewidziane, że wynagrodzenie należne wykonawcy obliczane będzie według cen jednostkowych podanych w formularzu ofertowym. Przewidzenie takiego sposobu ustalania wynagrodzenia wykonawcy co do zasady uprawnia i obliuguje zamawiającego do badania również cen jednostkowych przewidzianych za wykonanie poszczególnych prac w ramach przedmiotu zamówienia. Odwołujący IV przywołał wyrok z dnia 18 stycznia 2019 r., KIO 2678/18.

Odwołujący IV wskazał, iż w celu ustalenia, czy zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia, zamawiający może badać ceny jednostkowe, które mogą mieć również cechy samodzielnych cen za wykonanie poszczególnych świadczeń składających się na złożone zamówienie. Celem postępowania wyjaśniającego, o którym mowa w art. 90 ust. 1 Pzp, jest ustalenie, że zaoferowana cena jest realna, wiarygodna i zapewni prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia, a procedura wyjaśniająca musi zmierzać do wyjaśnienia sposobu skalkulowania zaoferowanej ceny, a także wątpliwych jej kosztów. Odwołujący IV przywołał wyrok z dnia 24 sierpnia 2012 r., KIO 1734/12, podtrzymany przez Sąd Okręgowy w Olsztynie w wyroku z dnia 15 listopada 2012 r., V Ga 106/12, niepubl.

Badanie oferty pod kątem rażąco niskiej ceny powinno być zindywidualizowane, zależne od realiów danego postępowania i powinno nastąpić przed wyborem najkorzystniejszej oferty.

Zgodnie z przepisami ustawy Pzp zamawiający jest zobowiązany wszcząć postępowanie wyjaśniające odnośnie do rażąco niskiej ceny, jeśli cena, koszt lub ich istotne części składowe wydają mu się rażąco niskie oraz budzą jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia. Zamawiający ma obowiązek wszcząć je w przypadku, gdy okoliczności sprawy wskazują na występowanie uzasadnionych podstaw do zastosowania art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Na obligatoryjność wszczęcia postępowania wyjaśniającego w przypadku ziszczenia się wskazanych przesłanek wskazuje brzmienie analizowanego przepisu, w którym ustawodawca posłużył się zwrotem „zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień”, a nie „zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień”.

W przypadku podejrzenia rażąco niskiej ceny, kosztu lub ich istotnej części składowej wykonawcy przysługuje szansa wyjaśnienia, jakie czynniki wpłynęły na podaną cenę lub koszt oferty, zanim zamawiający podejmie ewentualną decyzję o odrzuceniu jego oferty. Zamawiający nie może tego zrobić bez uprzedniego przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego. W związku z tym, odwołujący IV uznał, że na zamawiającym spoczywa

obowiązek przeprowadzenia procedury wyjaśniającej, a jej zaniechanie mogło zostać zakwestionowane.

Sygn. akt: KIO 627/21

Sygn. akt: KIO 630/21

Sygn. akt: KIO 657/21

Sygn. akt: KIO 658/21

Zamawiający przekazał wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu kopie odwołań wniesionych w sprawach o sygn. akt: KIO 627/21, KIO 630/21 w dniu 1 marca 2021 roku a następnie w dniu 2 marca 2021 r. kopie odwołań wniesionych w sprawach KIO 657/21 oraz KIO 658/21.

Pismami z dnia 3 i 5 marca 2021 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia ZABERD S.A. z siedzibą we Wrocławiu, R. P. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Paroks R. P. z siedzibą w Pępicach, M. P. prowadzący działalność pod firmą Kospar M. P. z siedzibą w Jankowicach Wielkich (zwany dalej: „przystępującym” lub „Konsorcjum”) zgłosił swoje przystąpienie do postępowań odwoławczych po stronie zamawiającego w sprawach o sygn. akt: KIO 627/21, KIO 630/21 i KIO 657/21.

W dniu 3 marca 2021 r. wykonawca S&A Service Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (zwany dalej: „przystępującym S&A”) zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 630/21.

W dniu 4 marca 2021 r. wykonawca D. B. prowadzący działalność pod firmą D. B. Biuro Projektowe Ogrody Hesperyd z siedzibą w Żaganiu (zwany dalej: „przystępującym Ogrody Hesperyd”) zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 657/21.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpień ww. wykonawców wobec spełnienia wymogów określonych w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp i dopuściła ich do udziału w postępowaniach odwoławczych w sprawach o sygn. akt: KIO 627/21, KIO 630/21 i KIO

657/21 po stronie do której zgłosili przystąpienie w charakterze uczestników tych postępowań.

W dniu 8 kwietnia 2021 roku zamawiający – drogą elektroniczną - przekazał Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedzi na odwołania w sprawach o sygn. akt: KIO 627/21, KIO 630/21, KIO 657/21 oraz KIO 658/21, wnosząc o ich oddalenie.

Odwołujący II w dniu 11 kwietnia 2021 r. wniósł drogą elektroniczną, pismo procesowe odnośnie spraw o sygn. akt: KIO 630/21 i KIO 657/21.

Odwołujący III w dniu 12 kwietnia 2021 r. podczas posiedzenia złożył pismo procesowe w sprawie o sygn. akt: KIO 657/21.

Ponadto odwołujący IV w dniu 12 kwietnia 2021 r. podczas posiedzenia złożył pismo procesowe w sprawie o sygn. akt: KIO 658/21.

Odwołujący IV częściowo zmodyfikowali swoje stanowisko, składając **oświadczenie o cofnięciu zarzutu nr 1 odwołania**, w pozostałym zakresie wnosili o uwzględnienie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 12 kwietnia 2021 roku, z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk stron i uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zastosowanie miały przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”. Stosownie bowiem do 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020), *do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe*. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało wszczęte przez zamawiającego przed dniem 1 stycznia 2021 r.

Do postępowań odwoławczych zastosowanie miały przepisy ustawy - Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019), zwanej dalej „ustawą nPzp”. Stosownie bowiem do 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020), *do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia*

2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1. Postępowania odwoławcze zostały wszczęte wniesieniem odwołań po dniu 31 grudnia 2020 r.

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem któregośkolwiek z odwołań na podstawie art. 528 nPzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego (m.in. z ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej: „SIWZ”), ofert wykonawców oraz korespondencji zamawiającego z wykonawcami, a także z dokumentów przedłożonych przez strony i uczestników postępowania odwoławczego.

Skład orzekający Izby wziął także pod uwagę również stanowiska i oświadczenia stron i uczestników postępowania odwoławczego złożone w pismach procesowych oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 12 kwietnia 2021 roku.

Izba ustaliła, co następuje:

Stan faktyczny przedstawiony w odwołanych w szczególności przytoczone w nich postanowienia SIWZ odpowiadają prawdzie, więc nie będą ponownie przytaczane.

Uzupełniająco Izba ustaliła:

W dniu 07 stycznia 2021 r. zamawiający wezwał Konsorcjum do złożenia wyjaśnień wysokości zaoferowanej ceny dla zadania nr 2. Wykonawca w dniu 13 stycznia 2021 r. przedłożył stosowne wyjaśnienia, które w części zastrzegł jako tajemnica przedsiębiorstwa, oraz załączył załączniki:

*„Załącznik nr 1 – Kalkulacje indywidualne , szczegółowe – dokument zastrzeżony –
Tajemnica przedsiębiorstwa*

Tajemnica przedsiębiorstwa

Załącznik 2 Instrukcja ZABERD vs sposobu i tryba przetwarzania informacji i dokumentów stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa oraz

Załącznik 3 Polityka Bezpieczeństwa Systemów Informatycznych ZABERD”.

W dniu 15 stycznia 2021 r. zamawiający wezwał Konsorcjum, w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp do przedłożenia oświadczeń oraz dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia.

W dniu 25 stycznia 2021 r. Konsorcjum przedstawiło oświadczenia oraz dokumenty w tym: wykazy usług wraz z referencjami, polisy OC dla wszystkich członków konsorcjum, wykazy sprzętu dla zadań nr 1, 2, 4, 5 i 7.

W tym, Konsorcjum dla wykazania się spełnieniem warunku doświadczenia:

- dla zadania nr 2 przedstawiło w wykazie usług usługę pn. *„Kompleksowe, bieżące utrzymanie powierzchni utwardzonej – dróg, placów, parkingów, chodników wraz z jej wszystkimi elementami o powierzchni miesięcznej 103 265 m²; Kompleksowe, bieżące utrzymanie terenów zieleni niskiej średniej i wysokiej o powierzchni miesięcznej 102 124 m²”,* wykonaną przez wykonawcę KOSPAR M. P. wskazując jako podmiot na rzecz którego wykonano zamówienie firmę ZABERD S.A. Do przedmiotowego wykazu załączono list referencyjny.
- dla zadania nr 5 przedstawiło w wykazie usług usługę pn. *„Kompleksowe, bieżące utrzymanie powierzchni utwardzonej – dróg, placów, parkingów, chodników wraz z jej wszystkimi elementami o powierzchni 1 643 420 m²; Kompleksowe, bieżące utrzymanie terenów zieleni niskiej, średniej i wysokiej o powierzchni 3 669 831 m²”,* wykonaną przez wykonawcę Paroks R. P., wskazując jako podmiot na rzecz którego wykonano zamówienie firmę ZABERD S.A. Do przedmiotowego wykazu załączono list referencyjny.

Wśród przedłożonych dokumentów znalazło się również oświadczenie firmy Paroks R. P. wykazujące istnienie zaległości podatkowej tego wykonawcy, na podstawie ostatecznej decyzji administracyjnej nr 1602-SEW.4261.66.2020 Naczelnika Urzędu Skarbowego w Brzegu, której spłata została odroczone. Ponadto wykonawca ten wskazał, iż zawarł z Zakładem Ubezpieczeń Społecznych, w dniu 9 stycznia 2018 r., umowę nr 29/2018 o rozłożeniu na raty należności z tytułu składek.

W dniu 29 stycznia 2021 r. zamawiający wezwał wykonawcę do wyjaśnień w zakresie braku podstaw do wykluczenia lub odrzucenia oferty Konsorcjum. Wykonawca Paroks R. P. w dniu 3 lutego 2021 r. przedstawił wyjaśnienia wraz z załącznikami, które zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Ponadto w dniu 29 stycznia 2021 r. zamawiający wystąpił w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, do Konsorcjum o wyjaśnienia treści wykazu usług i listu referencyjnego dla zadania nr 5 w zakresie wątpliwości czy wielkości sprzątanym powierzchni są wielkościami za cały okres świadczenia usługi czy są to wielkości roczne czy wielkości miesięczne sprzątanym powierzchni. W dniu 3 lutego 2021 r. wykonawca Paroks R. P. wyjaśnił, iż *„Nawiązując do wykazu usług dla zadania nr 5 (załącznik nr 6.5 do SIWZ) realizację zadania w ramach usługi „Całorocznego, kompleksowego utrzymania autostrady A4 na odcinku węzeł Brzeg – granica woj. Śląskiego, od km 193+965 do km 281+686 wraz ze wszystkimi jej elementami „w okresie od 01.04.2018 r do 11.10.2019 r. wyjaśniamy iż - Kompleksowe zimowe i letnie, bieżące utrzymanie powierzchni utwardzonej - dróg, placów, parkingów, chodników, wraz z jej wszystkimi elementami o powierzchni 1 643 420 m² - jest wielkością miesięczną sprzątanym powierzchni.”*

Izba zważyła, co następuje:

W tym miejscu, Izba, odnosząc się łącznie do wszystkich odwołań wniesionych w tym postępowaniu stwierdza, co następuje.

Izba w składzie orzekającym wskazuje, że postępowanie przed Izbą jest postępowaniem kontradyktoryjnym i jako takie wymaga od stron aktywności dowodowej. Taka aktywność, w szczególności wymagana jest od stron i uczestników, którzy z określonych faktów wywodzą skutki prawne (art. 534 ust. 1 nPzp). W niniejszych sprawach odwołujący wielokrotnie przedstawiali gołosłowne twierdzenia nie podejmując prób dowodowych w zakresie wykazania, że formułowane przez nich twierdzenia są prawdziwe.

Ponadto, Izba wskazuje, że na podstawie art. 555 nPzp orzeka w zakresie zarzutów, które były zawarte w odwołaniu, a jako zarzut należy rozumieć zespół okoliczności faktycznych i prawnych podniesionych w odwołaniu. Po upływie terminu na wniesienie odwołania nie jest dopuszczalne zarówno formułowanie jak i doprecyzowywanie treści zarzutów odwołania.

Wydając wyrok Izba uznała za istotne dla spraw i rozstrzygające poniższe kwestie.

Sygn. akt: KIO 627/21

Przystępując do rozpoznania odwołania KIO 627/21, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 nPzp, tj. istnienie po stronie odwołującego I interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez odwołującego I szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 uznk i w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, Izba uznała, że zarzut ten jest słuszny i jako taki podlega uwzględnieniu.

Stosownie do art. 8 ust. 3 ustawy Pzp nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Przepis stosuje się odpowiednio do konkursu.

Natomiast art. 11 ust. 4 uznk stanowi, iż wykorzystanie lub ujawnienie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, w szczególności gdy następuje bez zgody uprawnionego do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi i narusza obowiązek ograniczenia ich wykorzystywania lub ujawniania wynikający z ustawy, czynności prawnej lub z innego aktu albo gdy zostało dokonane przez osobę, która pozyskała te informacje, dokonując czynu nieuczciwej konkurencji.

Izba wskazuje, iż naczelną zasadą zamówień publicznych jest zasada jawności – może ona doznać ograniczenia tylko w okolicznościach przewidzianych ustawą Pzp, co wynika z art. 8 ust. 2 ustawy Pzp. Taką okolicznością wyłączającą zasadę jawności, jest zastrzeżenie przedstawianych w toku postępowania o udzielenie zamówienia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Jak wynika z powołanego art. 8 ust. 3 ustawy Pzp na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. W konsekwencji, rolą zamawiającego w toku badania ofert jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zdaniem Izby, sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania” oznacza coś więcej aniżeli wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. Za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzając się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 ust. 2 uznk czy gołosłowne zapewnienie, że zastrzegana informacja ma walor tajemnicy przedsiębiorstwa.

Przedmiotem oceny Izby w tej sprawie było stwierdzenie, czy zamawiający na podstawie złożonych mu przez Konsorcjum informacji i dowodów prawidłowo ustalił, że Konsorcjum wykazało, iż rzeczywiście tajemnicę jego przedsiębiorstwa stanowią kwestionowane w odwołaniu dokumenty. Aby wykazać skuteczność zastrzeżenia informacji, Konsorcjum zobowiązane było wykazać łączne wystąpienie następujących przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 uznk:

- 1) *informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,*
- 2) *jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie jest powszechnie znana osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie jest łatwo dostępna dla takich osób,*
- 3) *uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania jej w poufności.*

W doktrynie wskazuje się, że ochronie na gruncie uznk podlegają wyłącznie informacje, które odznaczają się „wartością gospodarczą” (S. Sołtyński w: *Komentarz do*

art. 11 ZNKU, w: *Komentarz ZNKU pod red. J. Szwaji, Warszawa 2006, str. 447* K. Korus, *Komentarz do art. 11 UZNK. System Informacji Prawniczej Lex, za pośrednictwem Zakres pojęcia tajemnica przedsiębiorstwa na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, s. 5). W konsekwencji wymóg posiadania przez informację wartości gospodarczej postrzegać należy jako dodatkowy element konstytutywny tajemnicy przedsiębiorstwa (E. Wojcieszko-Głuszko, *Tajemnica przedsiębiorstwa i jej cywilnoprawna ochrona na podstawie przepisów prawa nieuczciwej konkurencji, Prace Instytutu Prawa Własności Intelektualnej UJ, 2005/86, str. 7, za pośrednictwem Zakres pojęcia tajemnica przedsiębiorstwa na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, s. 5). Powyższe stanowisko znajduje również uzasadnienie w treści art. 39 TRIPS (Porozumienia w sprawie handlowych aspektów własności intelektualnej z 15 kwietnia 1994 r., który stanowi załącznik do porozumienia w sprawie ustanowienia Światowej Organizacji Handlu), przewidującego że ochronie podlegają informacje mające wartość handlową dlatego, że są poufne. Przepis ten zaś był podstawą do sformułowania przepisu art. 11 ust. 2 uznk. Konsekwencją takiego stanu prawnego jest to, że nie wystarcza stwierdzenie, iż dana informacja ma charakter techniczny, handlowy czy technologiczny, ale musi także ona przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Taka informacja może być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów. Wartość tę należy omówić i wykazać w odniesieniu do każdej zastrzeganej informacji, a nie jedynie gołostownie zapewnić, że zastrzegana informacja taką wartość posiada.**

Odnośnie walorów przedstawionego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, Izba podziela stanowisko odwołującego I. Analiza uzasadnienia zastrzeżenia załącznika nr 1 z dnia 13 stycznia 2021 r. prowadziła do wniosku, że uzasadnienie jest ogólnikowe. Konsorcjum przedkładając wyjaśnienia w dniu 13 stycznia 2021 r. dot. wysokości zaoferowanej ceny w zadaniu nr 2 wskazało, odnośnie zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, iż „*Informujemy równocześnie, że kosztorys indywidualny - szczegółowy stanowiący zał. 1 do pisma do niniejszego pisma zostają zastrzeżone w całości jako tajemnica przedsiębiorstwa ponieważ stanowią indywidualny dorobek Wykonawcy i posiadają wymierną wartość materialną - dane te nie są ujawniane do wiadomości konkurencji oraz wiadomości ogólnej.*

Kalkulacja nasza jest sporządzana indywidualnie dla każdego kontraktu a szereg czynników jest wynikiem powiązań i rozliczeń ekonomiczno - finansowych wynikających z planowania i dywersyfikacji działalności firmy co stanowią istotne informacje gospodarcze i handlowe.

Informacje, takie jak sposób, metody i założenia do kalkulacji oraz wynikające z tego wartości kosztów poszczególnych elementów składowych, w tym np. cen zaoferowanych w

oparcia o oferty podwykonawców, ceny materiałów - stanowią indywidualny dorobek handlowy firmy.

Utrata (upublicznienie) tych informacji przez przedsiębiorstwo może skutkować wykorzystaniem ich przez firmy konkurencyjne w przyszłych przetargach w celu uzyskania przewagi konkurencyjnej lub w celu osłabienia naszej pozycji na rynku.

W celu zapewnienia przed niekontrolowanym wypływem danych i informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, w firmie funkcjonują procesy które wskazuje, że określone informacje są traktowane jako poufne.

Zapewnia to funkcjonujący przy Zarządzie 2 osobowy zespół zajmujący się m.in. oceną, wdrażaniem i utrzymaniem procedur w zakresie ochrony danych i informacji, który prowadzi i nadzoruje proces poprzez odpowiednio: identyfikację, komunikację, zabezpieczenie, procedury, szkolenia. Efektem tego są podjęte i utrzymywane w firmie środki ochrony (...).”

Poza powyższym, analiza uzasadnienia zastrzeżenia sporządzonego przez Konsorcjum prowadziła do wniosku, że na stronie 3 uzasadnienia znajdowała się lista środków ochrony podjętych w firmie ZABERD oraz cytaty z orzeczeń, niestanowiące elementu wykazania.

W tej sytuacji podkreślenia wymagało, że Konsorcjum nie udźwignęło ciężaru nie tylko wykazania, ale nawet wyjaśnienia w czym upatruje wartości gospodarczej poszczególnych kategorii informacji zastrzeganych w załącznikach do wyjaśnień i w jaki sposób wartość ta konkretyzuje się odnośnie zastrzeganych informacji. Odwołujący I słusznie podniósł w odwołaniu, że Konsorcjum w szczególności nie omówiło wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. W ocenie Izby, przedstawione uzasadnienie jako ogólnikowe, nie wypełnia wszystkich elementów definicji legalnej „tajemnicy przedsiębiorstwa” z art. 11 ust. 2 uznk, w szczególności brakuje omówienia unikalności tych informacji i ich wartości gospodarczej (wskazało jedynie, że posiadają one wymierną wartość materialną), w części składa się z przytoczenia orzecznictwa. Analiza przedstawionego fragmentu wskazuje, że ma on charakter zwykłej sztamkowej deklaracji, zapewnienia, którą można było odnosić do każdego bez wyjątku wyjaśnień ceny w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Z pewnością nie można było w tym przypadku mówić o jakimkolwiek wykazaniu wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. W przywołanym fragmencie Konsorcjum jedynie deklaruje, że wszystkie zastrzegane przez niego informacje są niedostępne dla konkurencji. Nie wykazało jednak w żaden sposób ich unikalności, niedostępności innym wykonawcom. Zdaniem Izby Konsorcjum nie sprostało konieczności wykazania, że opisywany przez niego sposób kalkulowania z jakichś względów jest unikalny, wyjątkowy, niespotykany i niedostępny innym wykonawcom. Konsorcjum nie wykazało przykładowo, że może korzystać z dobrodziejstwa niespotykanych na rynku, konkurencyjnych stawek wynagrodzeń, albo, że przyjęte przez niego pracochłonności usług

są mniejsze z uwagi na jakieś unikalne rozwiązania, które zamierza zastosować w trakcie świadczenia usługi na rzecz zamawiającego.

W związku z powyższym Izba stwierdziła, iż kosztorys ofertowy – szczegółowy podlega udostępnieniu. Ponadto Izba ustaliła, że w piśmie z dnia 13 stycznia 2021 r. Konsorcjum nie przedstawiło żadnego uzasadnienia dla zastrzeżenia dokumentów stanowiących załącznik nr 2 i 3 do tychże wyjaśnień tj. Instrukcji firmy Zaberd w sprawie sposobu i przetwarzania informacji i dokumentów stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa oraz Polityki Bezpieczeństwa Systemów Informatycznych Zaberd. Nie można uznać za wystarczające do wskazania zasadności zastrzeżenia, umieszczenia przy opisie załącznika do pisma sformułowania „tajemnica przedsiębiorstwa” i opatrzenie go tożsamym znakiem graficznym. Tym samym, nie udostępnienie tych dokumentów przez Zamawiającego odwołującemu I było bezpodstawne.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania, zarzut naruszenia art. 8 ust. 3, art. 7 ust. 1 ustawy Pzp znalazł potwierdzenie w zebranych w sprawie materiale dowodowym. Skutkiem bezzasadnego zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest leżący po stronie zamawiającego obowiązek odtajnienia takich danych. W uchwale Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 r. sygn. akt III CZP 74/05 wyraźnie stwierdzono, że *w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Następnym stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji. Skoro zatem zamawiający stwierdził bezskuteczność zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, to jego obowiązkiem było odtajnienie danych nieskutecznie zastrzeżonych.*

W związku z uwzględnieniem zarzutu dot. bezpodstawnego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, Izba nie rozpatrywała (zgodnie z wnioskiem odwołującego) zarzutów dot. rażąco niskiej ceny w ofercie Konsorcjum. W ocenie Izby informacje udostępnione zgodnie z wyrokiem mogą mieć wpływ na ewentualne zarzuty odnośnie ceny oferty Konsorcjum, tak więc rozpatrywanie ich aktualnie byłoby przedwczesne.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 4 (tj. Zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1), w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez posłużenie się przez Konsorcjum doświadczeniem i referencjami wystawionymi samemu sobie, które to referencje są w ocenie odwołującego I wątpliwe dowodowo i niewezwanie do wyjaśnień w tym zakresie Konsorcjum, przez Zamawiającego Izba stwierdziła, że zarzut nie potwierdził się.

Konsorcjum dla wykazania się spełnieniem warunku doświadczenia dla zadania nr 2 na wezwanie zamawiającego z dn. 14 stycznia 2021 r. przedstawiło w wykazie usług usługę pn. *„Kompleksowe, bieżące utrzymanie powierzchni utwardzonej – dróg, placów, parkingów, chodników wraz z jej wszystkimi elementami o powierzchni miesięcznej 103 265 m² Kompleksowe, bieżące utrzymanie terenów zieleni niskiej średniej i wysokiej o powierzchni miesięcznej 102 124 m²”*, wykonaną przez wykonawcę Kospar M. P. wskazując jako podmiot na rzecz którego wykonano zamówienie firmę ZABERD S.A. Do przedmiotowego wykazu załączono list referencyjny.

Izba wskazuje, iż podmioty wchodzące w skład konsorcjum są podmiotami prowadzącymi samodzielnie działalność gospodarczą – nie tworzą jednego podmiotu. Podmioty te są odrębne organizacyjnie i prawnie, jedynie umawiają się na wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego, a następnie w razie jego pozyskania na jego realizację. Powyższe nie stanowi o tym, iż jest to jeden podmiot. Tym samym, argument, iż Konsorcjum przedstawiło referencje wystawione samemu sobie jest argumentem nie prawdziwym i zawiera błąd logiczny. To firma ZaberD S.A. wystawiła referencje swojemu podwykonawcy M. P. prowadzącemu działalność gospodarczą pod nazwą Kospar M. P. W ocenie Izby była do tego uprawniona jako bezpośredni odbiorca (zamawiający) tych usług – takie rozumowanie potwierdza również wyrok Izby o sygn. akt KIO 2873/13 przywołany przez odwołującego I w odwołaniu. Wykonawcy ZaberD i Kospar nie działali wówczas w konsorcjum, tak więc nie można twierdzić, iż firma Kospar wykonywała usługi na własną rzecz. W ówczesnych relacjach łączących obie firmy, istniała relacja zamawiający – odbierający wykonane usługi (ZaberD) vs. wykonawca – dostawca usług (Kospar). Jednocześnie Izba stwierdza, iż poza przedstawieniem wątpliwości co do wiarygodności i rzetelności wykonawców, odwołujący I nie przedstawił żadnych dowodów na ich potwierdzenie. W szczególności nie wykazał nienależytego wykonania usług lub różnic w zakresie wykonywanych umów, a to na nim spoczywał ciężar dowodu w tym zakresie.

Wobec powyższego zarzut podlegał oddaleniu.

Sygn. akt: KIO 630/21

Izba stwierdziła, że odwołujący D. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Biuro Projektowe Ogrody Hesperyd D. B. z siedzibą w Żaganiu nie wykazał przesłanek do wniesienia odwołania wynikających z art. 505 ust. 1 ustawy nPzp w zakresie zarzutów nakierowanych na zmianę wyniku postępowania w zadaniach 1, 2, 4 i 7. Stosownie do art. 505 ust. 1 ustawy nPzp, *środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują*

wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Ustalono, że odwołujący II dla zadań 1, 2, i 4 nie złożył ofert, a w zadaniu 7 w dniu 16 lutego 2021 r. jego oferta została odrzucona co nie było kwestionowane przez odwołującego II.

Uzasadniając swoją legitymację do wniesienia odwołania, odwołujący II wskazał na str. 4 odwołania, że *interes prawny odwołującego jest zasadny, gdyż spełnia warunki w postępowaniu przetargowym i po ponownej ocenie ofert i wykluczeniu Konsorcjum z postępowania przetargowego jako nie spełniającego warunków kwalifikacji określonych w SIWZ lub weryfikacji wiedzy doświadczenia czy też zdolności ekonomicznej i finansowej jak też technicznej, oferta odwołującego II w zadaniu nr 5: Sekcji Obsługi Infrastruktury w Jastrzębiu jest najkorzystniejsza.* Ponadto w toku posiedzenia odwołujący II wskazał, iż upatruje swój interes we wniesieniu odwołania w tym, iż Zamawiający w specyfikacji zaznaczył, iż w przypadku składania oferty na wszystkie 7 części wykonawcy muszą wykazać spełnianie warunków udziału w postępowaniu odnośnie wszystkich części. Stwierdzenie niespełniania warunków chociażby w jednej z nich w ocenie Odwołującego powinno powodować wykluczenie wykonawcy ze wszystkich części.

Jak bezpośrednio wynika z powyższych stwierdzeń odwołującego II, ewentualnie może pozyskać on zamówienie w zakresie zadania nr 5, a więc działania zamawiającego w zadaniach 1, 2, 4, i 7 są irrelewantne dla jego interesów i brak jest możliwości poniesienia szkody polegającej na utracie zamówienia publicznego w tych zadaniach, grożącej odwołującemu II, gdyż odwołujący II w tych zadaniach oferty w ogóle nie złożył lub złożył lecz została ona skutecznie odrzucona.

Wystąpienie szkody, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy nPzp, nie może być rozpatrywane hipotetycznie, wystąpienie ewentualnej szkody powinno być realne. Skład orzekający Izby stoi na stanowisku, że legitymacja do wnoszenia środków ochrony prawnej rodzi się gdy wykonawca jest w pozycji zagrożonej, a w takiej odwołujący II w zadaniach nr 1, 2, 4 i 7 nie jest. Szkodę, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy nPzp, zarówno zaistniałą jak i potencjalną, należy odnosić do sytuacji w postępowaniu, jaka ma miejsce w dacie wnoszenia odwołania.

Skutkiem stwierdzenia braku legitymacji odwołującego II, do wniesienia odwołania w zakresie zarzutów dotyczących zadań nr 1, 2, 4 i 7, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy nPzp, jest konieczność oddalenia odwołania w tym zakresie, bez merytorycznego rozpoznania zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Zatem odwołanie podlegało rozpatrzeniu w zakresie zarzutów mających na celu wzruszenie wyniku postępowania dla zadania nr 5, gdzie odnośnie odwołującego II, zmaterializowały się przesłanki z art. art. 505 ust. 1 nPzp.

Odwołujący II zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- art. 7 ust. 3 ustawy Pzp tj. zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.
- art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp tj. Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;
- art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp tj. Zamawiający może, w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, najpierw dokonać oceny ofert, a następnie zbadać, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, o ile taka możliwość została przewidziana w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w ogłoszeniu o zamówieniu.
- art. 25 ust. 1 ustawy Pzp tj. W postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające:
 - 1) spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji,
 - 2) spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego,
 - 3) brak podstaw wykluczenia
- zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.
- art. 26 ust. 1 ustawy Pzp tj. Zamawiający przed udzieleniem zamówienia, którego wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1. Przepisu zdania pierwszego nie stosuje się do udzielania zamówień w przypadkach, o których mowa w art. 101a ust. 1 pkt 1 lub pkt 2 lit. a.
- art. 26 ust. 3 ustawy Pzp tj. Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia,

uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

- art. 91 ust. 1 ustawy Pzp tj. Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17, ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania przetargowego Konsorcjum jako nie spełniającej warunków Zamawiającego wskazanych w SIWZ w związku z uzupełnieniem przez Konsorcjum referencji, które nie potwierdzają należytego wykonania usług w zakresie wymaganym przez zamawiającego. Co stanowiło, w ocenie odwołującego II, że Konsorcjum pomimo uprzedniego wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie potwierdziło warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, Izba stwierdziła, iż zarzut ten podlega oddaleniu.

W pierwszej kolejności, Izba ustaliła, iż odnośnie wykazanego dla zadania nr 5 doświadczenia, zamawiający przeprowadził postępowanie wyjaśniające z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, natomiast nie miało miejsca wezwanie do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie. Dalej, Konsorcjum w Wykazie usług – załączniku nr 6.5. do SIWZ dla zadania 5 wskazało: „*Kompleksowe bieżące utrzymanie powierzchni utwardzonej – dróg, placów, parkingów, chodników wraz z jej wszystkimi elementami o powierzchni 1 643 420 m²; Kompleksowe, bieżące utrzymanie terenów zieleni niskiej, średniej i wysokiej o powierzchni 3 669 831 m²; o wartości netto 3 490 555,41 zł; Wykonawca: Paroks R. P.*”. Jako miejsce wykonywania wskazano: „*Autostrada A4 na odcinku Węzeł Brzeg – granica woj. Śląskiego od km 193+965 do km 281+686*”. Przy czym Zamawiający, odnośnie zadania 5, wymagał wykazania się wykonaniem lub wykonywaniem usługi sprzątnięcia powierzchni utwardzonych i usługi utrzymania terenów zieleni w ramach jednej umowy, trwającej nie dłużej niż 2 lata w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, lub jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie - na kwotę minimum oraz wielkości sprzątniętej powierzchni:

- *na kwotę min. 1 000 000,00 zł brutto,*
- *miesięcznej wielkości utrzymywanych powierzchni utwardzonych min. 125 000 m²,*
- *rocznej wielkości utrzymywanych terenów zielonych min. 150 000 m².”*

Jak już wyżej wskazano, Izba orzeka w zakresie zarzutów odwołania, jednocześnie postępowanie przed Izbą jest postępowaniem kontradyktoryjnym i odwołujący II w celu wykazania podnoszonych zarzutów zobowiązany był do udowodnienia podnoszonych

twierzeń. Przedstawiony przez Odwołującego materiał dowodowy tj. wyciąg z OPZ w postępowaniu O.OP.D.-3.2413.16.2016, informacja o wyborze oferty firmy Zaberd S.A. w tym postępowaniu, faktury, protokoły cyklicznego rozliczenia i zestawienia dotyczą umowy zawartej pomiędzy firmą Zaberd S.A. a GDDKiA, a więc stosunku prawnego odrębnego od tego który powinien być przedmiotem dowodzenia i jako takie są nieprzydatne do rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Faktem jest, iż bez umowy głównej nie istniałaby umowa podwykonawcza, jednakże z tego faktu nie można wywodzić tożsamości obu umów, tym bardziej, iż jak podkreślało w toku rozprawy Konsorcjum firmy Paroks R. P. i Kospar M. P. nie były jedynymi podmiotami świadczącymi usługi podwykonawcze na tym kontrakcie. Odwołujący II, pomimo kwestionowania zakresu wykazanej dla zadania 5 usługi, nie przedstawił dowodów świadczących niezbitcie, iż przedstawione przez Konsorcjum oświadczenie w Wykazie usług wraz ze złożonymi referencjami stanowią informacje nieprawdziwe, wprowadzające zamawiającego w błąd oraz że Konsorcjum nie spełniło warunku udziału w postępowaniu, m.in. w zakresie wielkości deklarowanych powierzchni czy wartości prac. W szczególności, dostrzec należało, iż pomimo przedstawienia szeregu dokumentów pozyskanych z GDDKiA, odwołujący II nie pozyskał informacji czy ten zamawiający dysponuje zgłoszeniem jako podwykonawcy firmy Paroks R. P. ewentualnie w jakim zakresie podwykonawstwo tej firmy zostało zgłoszone. Za okoliczność bezspornie potwierdzającą wątpliwości odwołującego II, co do zakresu wykonywanych prac nie można również uznać okoliczności opodatkowania wykonywanych przez Paroks R. P., usług na rzecz firmy Zaberd S.A. stawką 23% VAT, a nie jak twierdzi odwołujący II stawką 8% VAT. Odwołujący II wywodził z tego faktu, iż wskazana usługa obejmowała również inne czynności niż tylko usługi sprzątania dróg utwardzonych i utrzymania zieleni. Na tę okoliczność wskazywało również Konsorcjum zawierając w wykazie usług sformułowanie „wraz ze wszystkimi jej elementami”, jednakże okoliczność ta nie świadczy o niespełnieniu warunku przez Konsorcjum. Tym bardziej, iż Konsorcjum przedstawiło kopię umowy zawartą pomiędzy firmą Paroks R. P. i ZABERD S.A. (wraz z wyciągiem z załączników) z której wynika, iż firma Paroks R. P. zobowiązała się na jej podstawie do utrzymania zieleni w pasie drogowym za kwotę 1 150 000 zł za okres 12 miesięcy na powierzchni 3 669 831 m², oraz zlecono jej usługi całodobowej pracy brygad interwencyjnych oraz patrol nocny wraz ze sprzątniem pasa drogowego autostrady (sprzątnie dot. sprzątnia pasa drogowego autostrady wraz z OUA o pow. utwardzonej 1 643 420 m²). Parametry te w połączeniu z wyjaśnieniami Konsorcjum złożonymi w dniu 3 lutego 2021 r. są wystarczające do stwierdzenia, iż Konsorcjum spełniło warunek doświadczenia i są one zgodne z informacjami zawartymi w Wykazie usług. Konsorcjum przedstawiło również informację z dnia 9 kwietnia 2021 r. wystawioną przez GDDKiA Oddział w Opolu, Rejon w Brzegu, iż wykonawca Paroks

R. P. była na umowie nr 31/2016 z dn. 12 października 2016 r. zgłoszonym podwykonawcą, co w ocenie składu orzekającego Izby uprawdopodobnia oświadczenie Konsorcjum.

Odwołujący II, podnosił w uzasadnieniu zarzutu różnego rodzaju wątpliwości nie udowadniając ich. Dostrzec należało, iż zgodnie ze oczekiwaniem odwołującego II, Konsorcjum wykazało, iż usługi wykazane dla zadania nr 5 były faktycznie realizowane przez Paroks R. P. oraz był to podmiot zgłoszony jako podwykonawca umowy w GDDKiA.

Nie potwierdziło się również twierdzenie odwołującego II, iż z przedłożonego dla zadania 5 i 7 wykazu usług wraz z referencjami wynikało, iż na obszarze elementów autostrady jakim są MOP – dwie różne firmy w tym samym czasie wykonywały usługę, a przedstawione wykazy są ze sobą sprzeczne. Z wykazu usług przedstawionego dla zadania nr 5 wynika, iż miejscem świadczenia usługi była „Autostrada A4 na odcinku Węzeł Brzeg – granica woj. Śląskiego od km 193+965 do km 281+686”, natomiast dla zadania nr 7 wskazano jako miejsce wykonywania usługi „Autostrada A4, MOP-y Wierzbnik, Jankowice, Przysiecz, Prószków”. Odwołujący II wywodził, iż wykonawca Paroks R. P. nigdzie w wykazie usług nie wskazała, iż MOP-y były wyłączone z realizowanych przez nią usług. Jednakże wykonawca Paroks R. P. nigdzie również nie wskazała, że zakres usług przez niego świadczonych obejmował MOP-y wymienione w wykazie dla zadania nr 7. Wobec przedstawionych informacji uprawniony jest również wniosek, iż usługi były realizowane niejako uzupełniająco względem siebie, a każdy z wykonawców miał własny obszar świadczenia usług.

Jednocześnie za dowód bez znaczenia dla rozstrzygnięcia odwołania, Izba uznała, przedstawioną przez Konsorcjum, interpretację indywidualną z dn. 17 listopada 2017 r. wydaną na rzecz GDDKIA Oddział w Krakowie, gdyż została ona wydana na rzecz innego podmiotu niż strony kwestionowanej umowy i nie dotyczy ona kwestionowanej usługi.

Za chybione, skład orzekający Izby uznał również zarzuty dot. naruszenia art. 24aa ust. 1, art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez nie zbadanie w pełni oferty Konsorcjum w zakresie czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, zamieszczone w SIWZ lub w ogłoszeniu o zamówieniu. A w przypadku stwierdzenia braku spełnienia warunków wskazanych w SWIZ dla wszystkich 7 zadań, wykluczenie oferenta oraz naruszenia art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez nie zbadanie czy Konsorcjum spełnia warunki kwalifikacji wskazane w SIWZ dla wszystkich zadań wskazanych w ofercie do czego był zobowiązany. A w przypadku stwierdzenia braku spełnienia warunków wskazanych w SWIZ dla wszystkich 7 zadań, wykluczenie oferenta.

Zamawiający przewidział w SIWZ, zastosowanie procedury z art. 24aa tzw. „procedury odwróconej” w związku z czym, przewidywał żądanie dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków tylko od wykonawców których oferty w poszczególnych

częściach zostały ocenione najwyżej. Faktycznie, określając sposób spełnienia poszczególnych warunków zamawiający podał, że jeżeli liczba zadań o które wykonawca się ubiega, jest większa niż jeden, wykonawca musi wykazać się swoistą kumulacją doświadczenia, sprzętu czy też wartości posiadanego ubezpieczenia OC, w zależności od liczby zadań o które wykonawca się ubiega. W ocenie Izby, założenie odwoływającego II, iż o żądaniu dokumentów decyduje de facto liczba zadań o które wykonawca się ubiega, a nie liczba zadań w których jego oferta została oceniona najwyżej jest błędna. Konieczność przedstawienia dokumentów dla wszystkich zadań, o które ubiega się wykonawca, materializowałyby się w ocenie Izby, tylko w sytuacji gdyby oferty wykonawcy zostały ocenione najwyżej we wszystkich zadaniach o które się on ubiegał. Opis sposobu spełniania warunków udziału w postępowaniu, zdaniem składu orzekającego Izby, nie może stanowić podstawy do żądania dokumentów w stosunku do zadań w których oferta wykonawcy nie została uznana za najkorzystniejszą. Żądanie przez zamawiającego dokumentów właściwych dla liczby zadań w których oferta wykonawcy została najwyżej oceniona, zdaniem Izby nie narusza dyspozycji art. 24 aa, art. 25 ust. 1 czy też 26 ust. 1 ustawy Pzp. Art. 24aa i art. 26 ust. 1 ustawy Pzp wprost dają podstawę do żądania dokumentów z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, tylko i wyłącznie od wykonawcy którego oferta została najwyżej oceniona. Natomiast art. 25 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Tak więc żądanie dokumentów dot. zadań w których oferta wykonawcy nie została oceniona najwyżej, a których złożenie nie przekłada się na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia i spełniania warunków udziału w postępowaniu stoi w sprzeczności z przywołanymi regulacjami. Takie dokumenty uznać należy za zbędne do przeprowadzenia postępowania. Wobec powyższego nie potwierdziło się założenie odwoływającego II, iż złożenie nieprawdziwych i nie pełnych informacji co do zdolności w zakresie wiedzy i doświadczenia choćby w jednym zadaniu, dyskwalifikuje całość oferty Konsorcjum dla 7 zadań, a zamawiający zobowiązany był do żądania od Konsorcjum również dokumentów podmiotowych w zakresie zadania nr 3 i 6 w których jego oferty nie zostały najwyżej ocenione. Na marginesie należy zauważyć, iż sam odwoływający II na stronie 4 odwołania stwierdził, iż zamawiający dopuścił składanie ofert częściowych na poszczególne zadania „co oznacza, że badanie i ocena ofert przebiega odrębnie dla każdego z zadań na podstawie warunków i wymagań opisanych w SIWZ”.

Odnosnie zarzutu, dot. podstaw wykluczenia członka Konsorcjum firmy Paroks R. P., z powodu zaległości w opłacaniu podatków oraz składek na ubezpieczenie społeczne, Izba stwierdza, iż podlega on oddaleniu. Wykonawca Paroks R. P., zarówno w JEDZ jak i w oświadczeniu składanym w czasie późniejszym wskazywał na istnienie tych należności, nie

zatajał tego faktu. W ocenie Izby wykonawca Paroks R. P. przedstawił wyjaśnienia wraz z dowodami, które jako objęte tajemnicą przedsiębiorstwa nie mogły być udostępnione, wystarczające do wykazania jego rzetelności i stwierdzenia braku podstaw do wykluczenia z postępowania, stosownie do art. 24 ust. 9 ustawy Pzp. W ocenie Izby, okoliczności faktyczne wskazane przez wykonawcę Paroks R. P., w szczególności opóźnienia w realizacji zobowiązań przez kontrahentów, czy też ograniczenia zleconych prac, mogły mieć wpływ na kondycję finansową podmiotu i przyczynić się do powstania zaległości. Również aktualna sytuacja związana z pandemią COVID 19 komplikuje relacje gospodarcze i przyczynia się do pogorszenia wyników finansowych osiąganych przez firmy. Jednakże, działania podjęte przez wykonawcę Paroks R. P. tj. np. samodzielne lub w konsorcjum ubieganie się o zamówienia publiczne w celu pozyskania kontraktów charakteryzujących się pewnymi płatnościami, regulowanie zaległych płatności zgodnie z przewidzianymi harmonogramami czy też podjęcie współpracy z profesjonalnym podmiotem doradczym w zakresie składania wadium i gwarancji w postaci gwarancji ubezpieczeniowych lub bankowych, dają podstawę do przyjęcia, iż wykonawca ten wykazał swą rzetelność i może ubiegać się o zamówienie publiczne.

Odwołujący Ogrody Hesperyd, po raz kolejny w odwołaniu przedstawił stwierdzenie, iż przedstawione przez Konsorcjum informacje/wyjaśnienia są niezgodne z prawdą i zmierzają do wprowadzenia zamawiającego w błąd, nie przedstawiając na tę okoliczność żadnych dowodów, co musi skutkować uznaniem podniesionego zarzutu za niezasadny.

Przed odniesieniem się do kolejnych zarzutów, skład orzekający Izby wskazuje, że z tego odwołania jak i z odwołania KIO 627/21 i KIO 657/21 wypływa, brak zrozumienia istoty wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia tzw. konsorcjum, którym jest porozumienie odrębnych podmiotów, zawarte w celu pozyskania zamówienia, a następnie realizacja umowy o zamówienie publiczne. Podkreślenia wymaga, iż ubieganie się wspólne o udzielenie zamówienia czy też następnie wspólna realizacja zamówienia nie pozbawia członków konsorcjum podmiotowości i odrębności. Wykonawcy łączą się w konsorcjum w celu połączenia swoich potencjałów i zdolności.

Przechodząc do omówienia kolejnego zarzutu tj. zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez brak wezwania do wyjaśnienia dołączonej do oferty Konsorcjum polisy OC przez Partnerów Konsorcjum - Paroks R. P., oraz Kospar M. P. z nie opłaconą składką na dzień składania ofert i nie wezwania na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do wyjaśnienia czy polisa OC jest faktycznie ważna. Przez co nie potwierdzono spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej, Izba stwierdza, iż zarzut ten jest oczywiście bezzasadny. Postawienie przedmiotowego zarzutu można tłumaczyć tylko i wyłącznie głęboką nieznaną sposobu ubiegania się o

zamówienia przez konsorcja. Odwołujący II kwestionował spełnienie warunku udziału dot. ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności przez Konsorcjum, w związku z nie przedstawieniem przez członków Konsorcjum dowodów opłaty składek ratalnych dla polis OC i uznaniem, że każdy z członków Konsorcjum winien indywidualnie spełniać warunki udziału w postępowaniu.

Izba ustaliła, że członkowie Konsorcjum we wszystkich dokumentach przedstawianych w niniejszym postępowaniu (oferty, JEDZ, wykazy itp.) wskazywali, że wspólnie ubiegają się o udzielenie zamówienia. Izba ustaliła, iż zgodne z prawdą było twierdzenia Konsorcjum, iż zamawiający w SIWZ określił sumy gwarancyjne na jakie wykonawcy powinni posiadać ubezpieczenia i łącznie dla 7 zadań jest to kwota 3,8 mln zł. Firma Zaberd przedłożyła polisę odpowiedzialności cywilnej na kwotę 10 mln zł, polisa ta nie jest kwestionowana przez odwołującego. Izba stwierdziła, iż poprzez przedstawienie polisy OC dla firmy ZABERD S.A. Konsorcjum spełniło warunek udział dla zadań o które się ubiegało i w których jego oferta została uznana za najkorzystniejszą. W związku z tym, kwestia opłacenia polisy firmy Paroks R. P. czy Kospar M. P. jest irrelewantna dla niniejszego postępowania. Konsorcjum spełniło warunek, a argumentacja odwołującego II nie potwierdziła się. Nadmiernym i nie do pogodzenia z zasadą równego traktowania wykonawców byłby wymóg wykazywania się potencjałem wymaganym przez Zamawiającego przez każdy z podmiotów wchodzących w skład konsorcjum samodzielnie.

W ocenie składu orzekającego Izby, nie może być też mowy o naruszeniu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez brak wezwania do wyjaśnienia dołączonych do oferty Konsorcjum Wykazów Sprzętu, w zakresie który z Konsorcjantów posiada określony sprzęt, w wskazanych parametrach, przez co nie potwierdzono rzeczywistej zdolności technicznej w zakresie posiadanego sprzętu, ponadto zaniechano ustalenia czy Konsorcjum posiadało zdolność techniczną co do posiadanego sprzętu wskazanego w SWIZ dla wszystkich 7 zadań, na które złożyło ofertę.

Zarzut został oparty na błędnych założeniach, co zostało omówione powyżej. Tak jak wskazała Izba powyżej, odnośnie spełniania warunku co do ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej, konsorcjum ubiegając się o udzielenie zamówienia może łączyć i kumulować posiadane potencjały w różnych aspektach, jednym z nich jest sprzęt jakim dysponuje konsorcjum. Nieistotne jest dla dysponowania określonym potencjałem, który konkretnie z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jest dysponentem wskazanego sprzętu. Na marginesie uznać należy, iż biorąc pod uwagę sposób konstrukcji wykazu narzędzi zamawiający nie oczekiwał takiej informacji.

Zarzut oddalony.

Wobec oddalenia wszystkich zarzutów odwołania, nie potwierdził się również, jako wynikowy, zarzut naruszenia art. 91 ustawy Pzp poprzez sprzeczne z treścią ustawy

dokonanie czynności wyboru oferty Konsorcjum dla zadania 5. Odnośnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 3 poprzez wybór, Izba stwierdziła, iż jest to zarzut przedwczesny, gdyż nie doszło jeszcze do udzielenia zamówienia czym jest zawarcie umowy więc zamawiający na tym etapie postępowania naruszyć tego przepisu.

Izba nie przychyliła się do wniosku odwołującego II o zobowiązanie zamawiającego do dołączenia do niniejszego odwołania dokumentów w których jest w posiadaniu dla postępowań przez niego prowadzonych:

4) Na usługę sprzątnięcia w jednostkach, instytucjach i obiektach wojskowych na terenie Komp. Wojsk. Administrowanych przez 2 WOG na terenie SOI w Brzegu, Nr sprawy: infr/829/2016

5) Na usługę sprzątnięcia w jednostkach, instytucjach i obiektach wojskowych na terenie Komp. Wojsk. Administrowanych przez 2 WOG na terenie SOI w Kłodzku, Nr sprawy: infr/660/2016

6) Na usługę sprzątnięcia w jednostkach, instytucjach i obiektach wojskowych na terenie Komp. Wojsk. Administrowanych przez 2 WOG na terenie SOI w Jastrzębiu, Nr sprawy: infr/854/2016.

uznając, że dokumenty te jako odnoszące się do postępowań prowadzonych w 2016 r. są materiałem bez znaczenia dla niniejszego postępowania.

Z przyczyn podanych powyżej odwołanie podlega oddaleniu w całości.

Sygn. akt: KIO 657/21

Przystępując do rozpoznania odwołania KIO 657/21, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 nPzp, tj. istnienie po stronie odwołującego III interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez odwołującego III szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

Odwołujący III zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp tj. Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który naruszył obowiązki dotyczące płatności

podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych, z wyjątkiem przypadku, o którym mowa w ust. 1 pkt 15, chyba że wykonawca dokonał płatności należnych podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłaty tych należności.

- art. 24 ust. 8 ustawy Pzp tj. Wykonawca, który podlega wykluczeniu na podstawie ust. 1 pkt 13 i 14 oraz 16-20 lub ust. 5, może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, w szczególności udowodnić naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem lub przestępstwem skarbowym, zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę lub naprawienie szkody, wyczerpujące wyjaśnienie stanu faktycznego oraz współpracę z organami ścigania oraz podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub przestępstwom skarbowym lub nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy. Przepisu zdania pierwszego nie stosuje się, jeżeli wobec wykonawcy, będącego podmiotem zbiorowym, orzeczono prawomocnym wyrokiem sądu zakaz ubiegania się o udzielenie zamówienia oraz nie upłynął określony w tym wyroku okres obowiązywania tego zakazu.

- art. 24 ust. 4 ustawy Pzp tj. Ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

- art. 7 ust. 1 i 3 tj. Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

- art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp tj. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: 1) jest niezgodna z ustawą; 2) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3;

- art. 26 ust. 4 ustawy Pzp tj. Zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1.

Odwołujący III w głównej mierze zarzuty odwołania (4 z 5) wywodził z istniejącej w jego ocenie podstawy do wykluczenia jednego z partnerów Konsorcjum tj. firmy Paroks R. P. na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp i nieskuteczności działań podjętych przez tego wykonawcę w ramach procedury tzw. self-cleaningu.

W ocenie składu orzekającego Izby zarzuty dot. podstaw wykluczenia członka konsorcjum firmy Paroks R. P. z powodu zaległości w opłacaniu podatków oraz składek na ubezpieczenie społeczne, podlegają oddaleniu. Członek Konsorcjum zarówno w JEDZ jak i

w oświadczeniu składanym w czasie późniejszym wskazywał na istnienie tych należności, nie zatajał tego faktu. W ocenie Izby, wykonawca Paroks R. P. przedstawił wyjaśnienia wraz z dowodami, które jako objęte tajemnicą przedsiębiorstwa nie mogły być udostępnione, wystarczające do wykazania jego rzetelności i stwierdzenia braku podstaw do wykluczenia z postępowania, stosownie do art. 24 ust. 9 ustawy Pzp. W ocenie Izby, okoliczności faktyczne wskazane przez wykonawcę Paroks R. P., w szczególności opóźnienia w realizacji zobowiązań przez kontrahentów, czy też ograniczenia zleconych prac mogły mieć wpływ na kondycję finansową podmiotu i przyczynić się do powstania zaległości, również aktualna sytuacja związana z pandemią COVID 19 komplikuje relacje gospodarcze i przyczynia się do pogorszenia wyników finansowych osiąganych przez firmy. Jednakże działania podjęte przez wykonawcę Paroks R. P. tj. np. samodzielne lub w konsorcjum ubieganie się o zamówienia publiczne w celu pozyskania kontraktów charakteryzujących się pewnymi płatnościami, regulowanie zaległych płatności zgodnie z przewidzianymi harmonogramami czy też podjęcie współpracy z profesjonalnym podmiotem doradczym w zakresie składania wadium i gwarancji w postaci gwarancji ubezpieczeniowych lub bankowych, dają podstawę do przyjęcia, iż wykonawca ten wykazał swą rzetelność i może ubiegać się o zamówienie publiczne.

Jednocześnie Izba wskazuje, iż kwestia skorzystania z procedury self-cleaningu leży w gestii zainteresowanego wykonawcy, jednakże w ocenie Izby okoliczność ta nie wyklucza możliwości skierowania przez zamawiającego pisma o wyjaśnienie wątpliwości w trybie art. 24 ust. 8 ustawy Pzp. Trudno tu mówić o „wezwanu” rozumianym jako żądanie przedstawienia konkretnych dokumentów, gdyż tak jak już wskazano o skorzystaniu z procedury self-cleaningu decyduje wykonawca. Pismo takie nie stanowi obowiązku zamawiającego lecz można go traktować jako umożliwienie wykonawcy podjęcia stosownych czynności mających uchronić go przed wykluczeniem z postępowania. W ocenie Izby przedłożone przez Paroks wyjaśnienia i dowody zostały przedstawione według własnego uznania i z własnej inicjatywy.

Mając powyższe na uwadze, skład orzekający Izby stwierdził, iż zarzuty od 1 do 4 odwołania podlegają oddaleniu.

Oдноśnie zarzutu nr 5 dot. zadania nr 5 tj. naruszenia art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, w zw. z art. 7 ust. 1 poprzez brak wezwania Konsorcjum do złożenia wyjaśnienia zał. 6.5. Wykaz usług do SIWZ złożonego na wezwanie z dnia 15 stycznia 2021 r., gdzie jakoby Konsorcjum wykazało usługę świadczoną samemu sobie Izba orzekając w granicach postawionego w odwołaniu zarzutu stwierdziła, iż nie zasługuje on na uwzględnienie.

Stosownie do art. 555 nPzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu – za takie nieuprawnione rozszerzenie zarzutu należy uznać

argumentację przedstawioną w piśmie procesowym z dn. 11 kwietnia 2021 r., którą sam odwołujący zaczyna od słów „zwraca dodatkowo uwagę” i dotyczy argumentacji przedstawienia przez Konsorcjum tożsamej usługi dla wykazania doświadczenia również dla zadania 7. W związku z tym, ten aspekt Izba pozostawia bez rozpoznania.

W treści odwołania, odwołujący S&A, skupił swą argumentację na wskazaniu, iż w związku z faktem, iż poświadczenie wykonania usługi zostało wykonane w ramach wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia można uznać, iż referencje zostały wystawione samemu sobie i konieczne jest wyjaśnienie dlaczego w przypadku należytego wykonania prac przez firmę ZABERD nie posłużyła się ona doświadczeniem od zleceniodawcy tj. GDDKiA, co byłoby, w ocenie odwołującego III bardziej wiarygodne – zarówno w zakresie przedmiotowym usługi jak i wykonania zgodnie z umową z ostatecznym odbiorcą prac. Prócz powyższego gołosłownego twierdzenia, odwołujący S&A, nie przedstawił żadnej argumentacji podważającej wiarygodność złożonych dokumentów. Odwołujący III zaniechał również odnośnie tego zarzutu jakiegokolwiek akcji dowodowej.

W zakresie poświadczenia wykonania prac „samemu sobie”, w przypadku przedstawienia doświadczenia i referencji uzyskanych przez Partnera Konsorcjum firmę PAROKS R. P. w relacji podwykonawczej z firmą ZaberD S.A. i niesłuszności tej koncepcji aktualna pozostaje argumentacja przedstawiona do orzeczenia KIO 627/21.

Z przyczyn podanych powyżej zarzut ten jak i całe odwołanie podlega oddaleniu.

Sygn. akt KIO 658/21

Przystępując do rozpoznania odwołania KIO 658/21, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 nPzp, tj. istnienie po stronie odwołującego IV interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez odwołującego IV szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

Postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 1 odwołania podlegało umorzeniu.

Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 520 ust. 1 ustawy nPzp oraz art. 568 pkt 1 ustawy nPzp postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 1 odwołania.

Zgodnie z art. 520 ust. 1 ustawy nPzp, *odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy*. Stosownie do art. 568 pkt 1 ustawy nPzp, *Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania*.

Odwołujący Herkules w piśmie procesowym z dnia 12 marca 2021 r., przed otwarciem rozprawy oraz w oświadczeniu złożonym na posiedzeniu, cofnął odwołanie w

zakresie zarzutu nr 1. W przywołanym przepisie art. 520 ust. 1 ustawy nPzp ustawodawca przyznał odwołującemu prawo do cofnięcia w całości środka ochrony prawnej. Skoro zatem wykonawca może cofnąć odwołanie w całości, to na zasadzie wnioskowania a maiori ad minus, należy uznać, że odwołujący IV może zrezygnować z popierania jedynie części odwołania. W orzecznictwie Izby nie jest kwestionowana możliwość skutecznego cofnięcia odwołania w części. Odwołujący Herkules oświadczył, że nie popiera już tego zarzutu, wobec powyższego postępowanie odwoławcze w tej części podlegało umorzeniu. Dostrzec należy, że Izba związana jest oświadczeniem odwołującego IV o cofnięciu części odwołania, czego skutkiem wynikającym wprost z art. 568 pkt 1 ustawy nPzp jest obowiązek umorzenia przez Izbę postępowania odwoławczego w zakresie wycofanych zarzutów.

Rozstrzygnięcie w przedmiocie zarzutów, które okazały się niesporne jest bezcelowe. Jednocześnie jednak informacja o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego musi znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie w uzasadnieniu. W art. 559 ust. 2 nPzp, określającym w sposób wyczerpujący elementy treści uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę nie ma bowiem żadnej wzmianki o możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia.

Rozpatrzeniu przez Izbę podlegał zatem zarzut nr 2 odwołania tj. zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum IMPEL do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej istotnej części składowej ceny oferty, mimo, że w postępowaniu zaistniały okoliczności obligujące zamawiającego do dokonania takiego wezwania.

Izba uznała, iż zarzut ten nie potwierdził się i jako taki podlega oddaleniu. Stosownie do art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli zaofferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2018 r. poz. 2177);
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;

- 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
- 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Przepis ten sankcjonuje badanie zaoferowanej ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, w sytuacji gdy wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia. W ocenie składu orzekającego Izby zamawiający właściwie ocenił ofertę Konsorcjum IMPEL i nie wszczął procedury wyjaśniającej z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący Herkules kwestionował de facto dwie pozycje z formularza ofertowego Konsorcjum IMPEL tj. pozycję 1g i poz. 9 dot. wywozu opadłego listowia i gałęzi (konarów powstałych wskutek zmiennych warunków atmosferycznych np. silnego wiatru).

Odwołujący jako dowody przedstawił wydruk z otwartej encyklopedii leśnej dot. gęstości drewna tj. stosunku masy do objętości drewna wyrażony w g/cm³ lub w kg/m³ oraz kwity wagowe złożone na okoliczność wykazania jak ciężki jest odpad, który ma być usunięty a w związku z tym jak kształtuje się cena za wywóz tego odpadu - email datowany na 01 marca 2021 r. od p. P. K. z firmy FB Serwis. Odwołujący Herkules przedłożył również zdjęcia (wizualizację obiektów objętych zamówieniem) na potwierdzenie okoliczności, iż jest to teren zalesiony ze starodrzewem, w którym często występowały zdarzenia atmosferyczne, w wyniku których konieczna będzie realizacja usług określonych w kwestionowanych pozycjach.

Oceniając przedłożone dowody, Izba uznała, nie tylko nie wykazują one, ale nawet nie uprawdopodobniają, iż zaoferowana przez Konsorcjum Impel cena w zakresie poz. 1 g) i 9 Formularza ofertowego stanowi cenę rażąco niską. Ocena składu orzekającego wynika z faktu, iż odwołujący IV nie przedstawił dowodów podważających cenę zaoferowaną przez Konsorcjum IMPEL i z nią skorelowanych. Przedstawiony wyciąg z otwartej encyklopedii leśnej przedstawia ogólną charakterystykę gęstości drewna, nie wykazano bezpośredniego związku tego opracowania z ceną Konsorcjum IMPEL. Ponadto, przedstawiono kwity wagowe dla odpadów ulegających biodegradacji, jednakże nie wiadomo jakie jest źródło pochodzenia tych odpadów i co de facto wchodzi w ich skład, tym samym nie można uznać, iż obrazują one ciężar odpadu, który ma być usunięty w ramach realizacji poz. 1g i 9. Wskazać należy, iż odwołujący IV zdaje się nie dostrzegać, iż przedmiotem usługi wskazanej w pkt 1g i 9 jest nie tylko wywóz gałęzi i konarów do których w głównej mierze referuje, ale również opadłego listowia, które niewątpliwie jest znacznie lżejsze niż gałęzie i konary. Dlatego też przedstawione dowody nie mogą być uznane za wykazujące, iż Konsorcjum IMPEL nie doszacowało wagi usuwanych odpadów. E-mail od p. P. K. z firmy fbserwis potwierdza tylko to co w nim jest napisane tj. aktualne stawki za przyjęcie i

zagospodarowanie odpadów o kodzie 20 0201 w instalacji w Ścinawce Dolnej 86, które notabene są odmienne od podanych przez odwołującego IV w odwołaniu na str. 7. Przedstawione przez odwołującego IV dowody są niespójne i nie przedstawiają okoliczności mających wpływ na wycenę w sposób kompletny. Trudno za dowód w sprawie uznać także zdjęcia stanowiące wizualizację umiejscowienia obiektów i na ich podstawie oceniać cenę oferowaną przez Konsorcjum IMPEL, zdjęcia te obrazują jedynie obszar na którym te obiekty są umiejscowione.

Jednocześnie Izba zwraca uwagę, iż odnośnie zadania nr 6 nie wystąpiły obligatoryjne przesłanki do badania ceny rażąco niskiej w ofercie Konsorcjum Impel – takiego zarzutu nie postawił również odwołujący IV, kwestionując tylko ceny dwóch wybranych pozycji.

Ponadto Izba stwierdziła, iż kwestionowane pozycje nie stanowią istotnej części składowej w stosunku do przedmiotu zamówienia. Taka ocena wynika z faktu, iż poz. 1g i 9 są pozycjami które nie stanowią głównych elementów świadczenia i dotyczą zakresu usługi do którego wykonania wykonawca zobowiązany jest niejako interwencyjnie. Jako takie, ceny pozycji 1g i 9 nie podlegają c samodzielnemu badaniu w zakresie rażąco niskiej ceny, w oparciu o art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, a zarzut podlega oddaleniu.

W konsekwencji oddaleniu podlega również zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż zamawiający nie naruszył zasad udzielania zamówień podczas badania i oceny oferty Konsorcjum IMPEL.

Mając powyższe na uwadze Izba oddaliła odwołanie wniesione przez odwołującego Herkules (sygn. akt: KIO 658/21) w zakresie zarzutu podtrzymanego przez odwołującego w toku postępowania odwoławczego. W zakresie zarzutów wycofanych Izba umorzyła postępowanie odwoławcze.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 nPzp, Krajowa Izba Odwoławcza *uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.* W analizowanych sprawach tylko w przypadku zarzutu dot. zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Izba podzieliła argumentację odwołującego I i w związku z tym częściowo uwzględniła zarzuty odwołania KIO 627/21, w pozostałych przypadkach nie stwierdzono żadnych naruszeń przepisów ustawy Pzp, co musiało skutkować oddaleniem odwołań.

Zgodnie z art. 557 nPzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* Z kolei w świetle art.

575 nPzp, strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

W sprawie o sygn. akt KIO 627/21 Izba, w części uwzględniła zarzuty odwołania, a w pozostałej części zarzuty oddaliła. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosili zatem w połowie zamawiający i w połowie odwołujący I. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego Clean World w kwocie 15.000 zł oraz wynagrodzenie pełnomocników zamawiającego i odwołującego w kwocie 3.600 zł każdy, ustalone na podstawie rachunków złożonych do akt sprawy. Wobec powyższego koszty wynagrodzenia pełnomocników zniósł się wzajemnie, a konieczne było zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego I połowy wartości uiszczonego wpisu tj. kwoty 7.500 zł.

W sprawie o sygn. akt KIO 630/21 Izba oddaliła odwołanie w całości. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem w całości odwołujący Ogrody Hesperyd. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego II w kwocie 15.000 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3.600 zł, ustalone na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy.

W sprawie o sygn. akt KIO 657/21 Izba oddaliła odwołanie w całości. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem w całości odwołujący S&A. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego III w kwocie 15.000 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3.600 zł, ustalone na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy.

W sprawie o sygn. akt KIO 658/21 Izba, w zakresie rozpatrywanym merytorycznie, oddaliła odwołanie w całości. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem w całości odwołujący Herkules. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego IV w kwocie 15.000 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3.600 zł, ustalone na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowań odwoławczych orzeczono stosownie do wyniku postępowań - na podstawie art. 557 oraz art. 575 nPzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 pkt 1 i 2, § 8 ust. 2 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b oraz § 11 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych

rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczenia oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Wobec powyższego, o kosztach postępowań odwoławczych orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....