

**Sygn. akt: KIO 89/16**

**Sygn. akt: KIO 90/16**

## **WYROK**

**z dnia 9 lutego 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Renata Tubisz

**Protokolant:** Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 lutego 2016 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniach 25 stycznia 2016r. przez **odwołujących**:

1. J. C. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Komunalne "TICET" J. C. ul. Harcerska 4; 91-710 Łódź Sygn. akt 89/16
2. Konsorcjum: R. P. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „FAGUS” R. P. ul. Stasia 11; 91-604 Łódź; i S. P. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „IGLICZNIA” S. P. ul. Zbiorcza 2A; 92-332 Łódź; działający w ramach spółki cywilnej „Zakład Usług Ogrodniczych” s. c. S. & R. P. ul. Zbiorcza 2A; 92-332 Łódź; Sygn. akt KIO 90/16

w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego**: Miasto Łódź – Zarząd Zieleni Miejskiej w Łodzi; ul. Konstantynowska 8/10; 94-303 Łódź

**przy udziale przystępującego po stronie zamawiającego**: Konsorcjum 1. NOVENTA Spółdzielnia Socjalna ul. Więckowskiego 62; 90-735 Łódź i 2. A. S. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Alter Ego Studio A. S. ul. Żwirki i Wigury 3 m 6/6a; 90-448 Łódź zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowań odwoławczych o Sygn. akt: KIO 89/16 i KIO 90/16

**orzeka:**

1. uwzględni obydwie odwołania i nakazuje zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszych ofert w częściach: 4 i 5 zamówienia oraz ponowne badanie i ocenę ofert celem wyboru najkorzystniejszych ofert po uprzednim wykluczeniu a w konsekwencji odrzuceniu oferty przystępującego po stronie zamawiającego w częściach: 4 i 5 zamówienia.
2. kosztami postępowania obciąża Miasto Łódź – Zarząd Zieleni Miejskiej w Łodzi; ul. Konstantynowska 8/10; 94-303 Łódź i
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30.000 **zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych i zero groszy) uiszczoną przez J. C. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Komunalne "TICET" J. C. ul. Harcerska 4; 91-710 Łódź i Konsorcjum: R. P. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „FAGUS” R. P. ul. Stasia 11; 91-604 Łódź; i S. P. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „IGLICZNIA” S. P. ul. Zbiorcza 2A; 92-332 Łódź; działający w ramach spółki cywilnej „Zakład Usług Ogrodniczych” s. c. S. & R. P. ul. Zbiorcza 2A; 92-332 Łódź tytułem wpisów od odwołań,
  - 2.2. zasądza od Miasto Łódź – Zarząd Zieleni Miejskiej w Łodzi; ul. Konstantynowska 8/10; 94-303 Łódź kwotę 37.200 **zł 00 gr** (słownie: trzydzieści siedem tysięcy dwieście złotych i zero groszy), w tym:
    - A. kwotę 18.600 **zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych) na rzecz J. C. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Komunalne "TICET" J. C. ul. Harcerska 4; 91-710 Łódź stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocników odwołującego;
    - B. kwotę 18.600 **zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych ) na rzecz Konsorcjum: R. P. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „FAGUS” R. P. ul. Stasia 11; 91-604 Łódź; i S. P. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „IGLICZNIA” S. P. ul. Zbiorcza 2A; 92-332 Łódź; działający w ramach spółki cywilnej „Zakład Usług Ogrodniczych” s. c. S. & R. P. ul. Zbiorcza 2A; 92-332 Łódź stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocników odwołującego

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Łodzi.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

### Sygn. akt KIO 89/16

W dniu 25 stycznia 2015 roku pismem z dnia 25 stycznia 2016 r. wniesione zostało odwołanie w postępowaniu na udzielenie zamówienia publicznego p.n. utrzymanie zieleni w pasach drogowych dróg publicznych oraz utrzymanie drzew w pasach drogowych dróg wewnętrznych i na terenach niezabudowanych na terenie Miasta Łodzi w latach 2016-2018. część 5 -rejon Polesie-znak sprawy: ZZM.WOA. ZP. 2510. 30.2015 .

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzi zamawiający, którym jest Miasto Łódź Zarząd Zieleni Miejskiej w Łodzi ul. Konstantynowska 8/10; 94-303 Łódź zwane dalej „zamawiającym”.

Odwołującym jest J. C. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Komunalne „TICET” J. C. ul. Harcerska 4; 91-710 Łódź zwany dalej „odwołującym”

Odwołanie zostało wniesione jako zaskarżenie czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty złożonej przez wykonawcę - konsorcjum firm: Spółdzielnia Socjalna „NOVENTA”, ul. Więckowskiego 62; 90-735 Łódź oraz Alter Ego Studio A. S., ul. Żwirki 3 m. 6/6a; 90-448 Łódź zwane dalej „wykonawcą wybranym” jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący zarzuca zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 2 pkt. 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt. 4 oraz art. 22 ust. 1 pkt 2 Ustawy Pzp

poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy wybranego pomimo tego, że wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz złożył nieprawdziwe informacje dotyczące spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. powtórzenia czynności oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia przez wykonawcę wybranego z uwzględnieniem wniosku odwołującego.

Ponadto Odwołujący wnosi o:

1. dopuszczenie dowodu z dokumentów wskazanych w uzasadnieniu odwołania na potwierdzenie okoliczności tam przywołanych;
2. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego wraz z kosztami zastępstwa procesowego.

Data przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę wniesienia odwołania: 15 stycznia 2016 r. (e-mail).

Wskazanie numeru ogłoszenia o zamówieniu: Dziennik Urzędowy UE z dnia 17 października 2015 r. nr 2015/S 202-366882.

Wskazanie strony internetowej, na której została zamieszczona specyfikacja istotnych warunków zamówienia: [www.bip.zzm.lodz.pl](http://www.bip.zzm.lodz.pl).

Interes odwołującego

Zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp odwołujący ma interes w uzyskaniu tegoż zamówienia. Oferta odwołującego jest jedną z dwóch złożonych na daną część postępowania. Gdyby zamawiający prawidłowo ocenił spełnianie warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę wybranego, wówczas wykluczyłby tego wykonawcę a odwołujący miałby szansę uzyskania zamówienia.

Uzasadnienie faktyczne i prawne.

Postępowanie zostało podzielone na 7 części, z możliwością składania ofert częściowych, przy czym jeden wykonawca mógł złożyć ofertę na maksymalnie 2 części.

Odwołujący, złożył ofertę na część 5 przedmiotowego postępowania. Otwarcie ofert, 24 listopada 2015 r. ujawniło, że o zamówienia na tę część ubiegają się dwa podmioty: odwołujący oraz wykonawca wybrany.

Odwołujący, zgłosił zamawiającemu zastrzeżenia co do wiarygodności referencji załączonych do oferty wykonawcy wybranego.

Dowód: Informacja z wglądu do ofert (Zał. Nr 4)

Dowód: Wykaz głównych usług wykonawcy wybranego (Zał. Nr 5)

Dowód: Referencje wykonawcy wybranego - str. 40 oferty (Zał. Nr 6)

Dowód: Referencje wykonawcy wybranego - str. 41 oferty (Zał. Nr 7)

Zamawiający, pismem z dnia 31 grudnia 2015 r., w trybie art. 26 ust 4 Ustawy Pzp, wezwał wykonawcę wybranego do złożenia wyjaśnień, między innymi poprzez wskazanie terenów, na których były wykonywane usługi wskazane w Wykazie głównych usług, zgodnie z definicją zawartą w pkt. 5.1.2.1 SIWZ.

Dowód: Wezwanie do wyjaśnień (Zał. Nr 8)

Wykonawca wybrany w terminie wyznaczonym przez zamawiającego przedłożył pismo z wyjaśnieniami, uzupełnione o poprawiony Wykaz głównych usług.

Dowód: Wyjaśnienia wykonawcy wybranego (Zał. Nr 9)

W dniu 15 stycznia 2016 r. zamawiający przesłał odwołującemu informację o wyborze oferty wykonawcy wybranego jako najkorzystniejszej w części 5 postępowania.

Dowód: Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty (Zał. Nr 10)

Zgodnie z postanowieniami SIWZ, jednym z warunków, jakie musieli spełnić wykonawcy ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, było posiadanie niezbędnej wiedzy i doświadczenia. Ponieważ wykonawca wybrany złożył ofertę na dwie części zamówienia, zgodnie z punktem 5.1.2 SIWZ, powinno wykazać dwie lub maksymalnie cztery usługi ogrodnicze o łącznej wartości nie mniejszej niż 1 000 000,00 zł. na terenach zieleni, w ramach których wykonało cięcia pielęgnacyjne drzew o wartości co najmniej 200 000,00 zł, przy czym wymaganym było, aby cięcia pielęgnacyjne drzew o ww. wartości były wykonane wyłącznie w ramach jednej lub maksymalnie dwóch usług. Oznacza to, że nie dopuszcza się sumowania wartości cięć pielęgnacyjnych zrealizowanych w więcej niż dwóch usługach. Z kolei w punkcie 5.1.2.2 SIWZ zamawiający wyjaśnił, iż „za usługę ogrodniczą uzna wykonanie lub wykonywanie w ramach jednej umowy/kontraktu/ zlecenia prac obejmujących obligatoryjnie cięcie pielęgnacyjne drzew oraz fakultatywne cięcia pielęgnacyjne krzewów roślinnych i/ lub wykonanie nasadzeń roślinnych i/ lub pielęgnację nasadzeń roślinnych i/ lub wycinkę drzew z wyłączeniem koszenia trawników i/lub traw, zakładania i pielęgnacji oraz rekultywacji trawników, usuwania liści i chwastów”. Zgodnie z wyjaśnieniami zamawiającego z dnia 13 listopada 2015 r., udzielonymi w związku z pytaniami zadanyymi przez wykonawców, oznaczało to, iż w ramach każdej wykazanej usługi ogrodniczej musi wystąpić cięcie pielęgnacyjne drzew oraz ponadto musi wystąpić przynajmniej jedna z czterech wymienionych jako fakultatywne prac. Pod pojęciem cięć pielęgnacyjnych zamawiający rozumiał cięcia sanitarne (usuwanie suchych i połamanych gałęzi i konarów), formowanie koron, usuwanie kolizji z budynkami i urządzeniami technicznymi, skrajnią drogową (5.1.2.3 SIWZ), natomiast pod pojęciem pielęgnacji nasadzeń roślinnych - w szczególności

podlewanie, pielenie, nawożenie nasadzeń oraz inne prace pozwalające na utrzymanie roślin w należytej kondycji (5.1.2.4 SIWZ).

Tak postawione warunki, a w szczególności zakaz sumowania wartości cięć pielęgnacyjnych zrealizowanych w więcej niż dwóch usługach, spowodowały, iż krąg podmiotów mogących ubiegać się o przedmiotowe zamówienie został ograniczony do wykonawców realizujących znaczące kontrakty na świadczenie usług ogrodniczych.

W przekonaniu odwołującego, sposób w jaki wykonawca wybrany próbuje wykazać posiadanie wiedzy i doświadczenia stanowi nieuprawnioną próbę obejścia warunku postawionego przez zamawiającego. Wystawcą referencji dla wykonawcy wybranego jest Ośrodek Aktywizacji Zawodowej i Szkoleń Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi (dalej: Wystawca referencji lub OAZiS Sp. z o.o.). Wystawca referencji nie jest ani zamawiającym publicznym ani prywatnym, ale jedynie firmą oferującą kompleksowe usługi porządkowe, czystościowe oraz systemy pielęgnacji terenów zielonych. Ten fakt jest powszechnie znany, również zamawiającemu, który zleca OAZiS Sp. z o.o. usługi. Biorąc pod uwagę powyższe, wystawione referencje mogą dotyczyć jedynie sytuacji, w której wykonawca wybrany lub jego członkowie byli podwykonawcą Wystawcy referencji OAZiS Sp. z o.o., wystawiając referencje podwykonawcom, powinna wskazać zamówienie podstawowe oraz docelowego odbiorcę w celu uwiarygodnienia wystawionych dokumentów. Bez wskazania powyższego, uznanie przedmiotowych referencji za prawidłowe prowadziłyby do niedopuszczalnej sytuacji, w której dowolna prywatna firma wystawia innej prywatnej firmie referencje, o treści odpowiadającej dokładnie warunkom postawionym przez zamawiającego, oczekując uznania ich za prawidłowe w oparciu jedynie o wypełnienie literalnego brzmienia przepisów Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Tak przygotowane referencje są praktycznie niemożliwe do sprawdzenia przez zamawiającego, który nie może żądać w tym zakresie dodatkowych dokumentów potwierdzających autentyczność referencji. Zamawiający musi jednak wziąć pod uwagę cel, któremu służy postawienie warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia, a mianowicie niedopuszczenie do udzielenia zamówienia publicznego wykonawcy, który nie będzie w stanie go wykonać zgodnie z warunkami określonymi przez zamawiającego. Tak więc dokładna weryfikacja przedstawionych referencji na etapie oceny ofert może zabezpieczyć dobrze pojęty interes zamawiającego w przeprowadzeniu postępowania, którego głównym celem jest zawarcie umowy, a następnie jej realizacja. Zamawiający nie ma podstaw do stawiania wymogu, aby dokumenty potwierdzające, że usługi zostały wykonane należycie, były wystawione przez inwestora. Jednak zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej dokumenty potwierdzające posiadanie wiedzy i

doświadczenia powinny w sposób wystarczający identyfikować wykonane zamówienia, wykonawcę, który wykonał zamówienie oraz stwierdzać czy zostało ono wykonane zgodnie z umową. W przedmiotowej sytuacji trudno jest mówić o wystarczającej identyfikacji zamówienia, do którego odnoszą się referencje wykonawcy wybranego.

Zapewne biorąc pod uwagę powyższe, zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień. Jednak przedstawione wyjaśnienia przyjął w sposób bezkrytyczny, w oderwaniu od całokształtu posiadanej przez siebie wiedzy oraz bez przeprowadzenia logicznej analizy podanych informacji.

W przekonaniu odwołującego, wyjaśnienia wykonawcy wybranego nie pozwalają na uwiarygodnienie załączonych do jego oferty referencji. Jak wskazała KIO w wyroku z dnia 8 czerwca 2011 r. (sygn. akt KIO 1112/11), w ramach wyjaśnień składanych w trybie art. 26 ust. 4, jak i art. 87 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, wykonawca wobec zarzutu poświadczenia nieprawdy powinien udzielić miarodajnych, pisemnych i wyczerpujących, tzn. opartych na dowodach, wyjaśnień. W takiej sytuacji przedłożone w ramach wyjaśnień dodatkowe dokumenty nie będą stanowiły niedopuszczalnego uzupełnienia oferty, ale tylko i wyłącznie wyjaśnienie. Wykonawca wybrany miał więc możliwość przedłożenia zamawiającemu wszelkiego rodzaju dokumentów, w tym umów zawartych z Wystawcą referencji, jak również referencji wystawionych przez docelowych odbiorców usług wskazanych w Wykazie usług głównych. Pomimo braku takiego obowiązku, przedłożenie powyższych dokumentów nie powinno dla wykonawcy wybranego stanowić szczególnej uciążliwości, a z pewnością zaoszczędziłoby kłopotów na etapie oceny ofert i nie powodowało zbędnego wydłużania procedury. Tymczasem zamawiający ponownie został jedynie z oświadczeniem wykonawcy o istnieniu dwóch bliżej niedookreślonych, bezterminowych umów, zawartych odpowiednio w roku 2011 i 2013, obejmujących swoim zakresem wszystko, czego zamawiający wymaga.

Odwołujący pragnie zwrócić uwagę, iż pomijając nawet fakt nie przedłożenia żadnych dokumentów, same wyjaśnienia są potokiem pozornych informacji, wypełniających kartkę papieru, ale nie dających wiedzy pozwalającej na rozwianie wątpliwości. Wykonawca wybrany wskazuje, iż wykonywało usługi na terenie zieleni w dyspozycji Domu Pomocy Społecznej w Łodzi. Problem polega na tym, iż na terenie Miasta Łodzi znajduje się co najmniej 13 domów pomocy społecznej: Dom Pomocy Społecznej Nr 3 przy ul. Paradnej 36, Domy Pomocy Społecznej przy ul. Krzemienieckiej 7/9, ul. Strzelców Kaniowskich 32, ul. Sierakowskiego 65, ul. Narutowicza 114, ul. Spadkowej 4/6, ul. Rojnej 15, ul. Ciołkowskiego 2, ul. Złotniczej 10, ul. Przyrodniczej 24/26, Dom Pomocy Społecznej dla Dorosłych im. Jadwigi przy ul. Podgórznej 2/14, Dom Pomocy Społecznej „Pogodna Jesień” przy ul.

Dojazdowej 5/7 oraz Dom Pomocy Społecznej Zgromadzenia Sióstr Służebniczek NMP NP im. bł. Edmunda Bojanowskiego przy ul. Kosynierów Gdyńskich 20. Brak sprecyzowania, o którą konkretnie placówkę chodzi, nie pozwala na zweryfikowanie podanej informacji. Podobnie w odniesieniu do wskazania terenów zieleni towarzyszących zabudowie w zarządach wspólnot mieszkaniowych. W 2012 roku na terenie Łodzi działało około 2 250 wspólnot mieszkaniowych. Dla ilu z nich wykonawca wybrany świadczył usługi i dla których, w jakich latach i na jakie kwoty? Na te pytania nie ma możliwości uzyskania odpowiedzi. Podobnie nie można zidentyfikować kolejnego podmiotu, a mianowicie zespołu parkowego w powiecie łaskim. Czy takie informacje powinny być dla zamawiającego wystarczające?

Kolejnym wskazanym przez wykonawcę wybranego miejscem wykonywania usług są tereny zieleni towarzyszące zabudowie w zarządzie Spółdzielni Mieszkaniowej „Radogoszcz Wschód”. Na potwierdzenie powyższego nie przedłożono również żadnych dokumentów, ale dokumenty te zamawiający może bez trudu znaleźć w innej ofercie złożonej w przedmiotowym postępowaniu. Bowiem Wystawca referencji - OAZiS Sp. z o.o. jest jednocześnie wykonawcą, który również złożył ofertę w postępowaniu, na części nr: 3 oraz 7. Są to jedyne części postępowania, które nie zostały jeszcze przez zamawiającego rozstrzygnięte, bowiem wybór najkorzystniejszej oferty w zakresie części 1 nastąpił 9 grudnia 2015 r., części 2-14 grudnia 2015 r., części 6-28 grudnia 2015 r., a części 4 i 5 - 15 stycznia 2016 r. Część 3 oraz 7, w których OAZiS Sp. z o.o. złożyło oferty z najniższą ceną, nie zostały rozstrzygnięte, ponieważ wykonawcy, którzy złożyli konkurencyjne oferty, postawili OAZiS Sp. z o.o. zarzut poświadczenia nieprawdy poprzez przedłożenie referencji od Spółdzielni Mieszkaniowej „Radogoszcz Wschód” dotyczących umowy, która została w trakcie jej trwania rozwiązana ze względu na uchybienia ze strony wykonawcy. W chwili obecnej trwa postępowanie wyjaśniające. Logicznym i oczekiwanym ze strony zamawiającego działaniem powinno być w pierwszej kolejności wyjaśnienie wątpliwości dotyczących referencji firmy OAZiS Sp. z o.o. Oczywistym i niepodważalnym bowiem jest fakt, iż główny wykonawca usługi nie powinien wystawić swojemu podwykonawcy referencji potwierdzających należyte wykonanie usług, jeżeli inwestor rozwiązał z nim umowę w trakcie jej trwania z winy wykonawcy i ogłosił kolejny przetarg, wykluczając z niego OAZiS Sp. z o.o. z powodu wcześniejszych uchybień w trakcie realizacji usług.

Działania zamawiającego w powyższym zakresie, zdaniem odwołującego, są co najmniej przedwczesne oraz świadczą o braku należytej staranności. Zamawiający nie powinien dokonać oceny oferty wykonawcy wybranego w oderwaniu od oferty złożonej przez OAZiS Sp. z o.o., gdyż oferty te złożone są w jednym postępowaniu, oceniane przez to samo grono osób, które nie mogą zasłaniać się brakiem wiedzy na temat oferty złożonej przez Wystawcę referencji, gdyż wiedzę taką bezsprzecznie posiadają, choćby nie zdobyły jej w celu oceny

oferty wykonawcy wybranego, Odwołujący wskazuje ponadto, iż nawet gdyby usługa na rzecz Spółdzielni Mieszkaniowej „Radogoszcz - Wschód” była wykonana należycie, to jej zakres nie odpowiada wymaganiom postawionym przez zamawiającego w SIWZ w zakresie cięcia pielęgnacyjnego drzew, gdyż obejmowała ona jedynie usuwanie nadłamanych, obłamanych gałęzi z drzew i krzewów do wysokości 3 metrów.

Jak wynika z powyższego, wykonawca wybrany nie przedstawił żadnego dowodu choćby uprawdopodobniającego realizację wskazanych usług, w szczególności nie przedstawiło umów jakie zawarło z Wystawcą referencji. Należy zwrócić uwagę na fakt, iż zgodnie z wyjaśnieniami wykonawca wybrany, realizował, w ramach dwóch umów zawartych z Wystawcą referencji, usługi, które Wystawca referencji miał zlecone na podstawie niezliczonej i niedookreślonej ilości mniejszych umów podstawowych, co stanowi próbę obejścia warunku postawionego przez Zamawiającego w zakresie wiedzy i doświadczenia, zgodnie z którym wykonawca powinien wykazać dwie lub maksymalnie cztery usługi ogrodnicze, przy jednoczesnym zakazie sumowania wartości cięć pielęgnacyjnych zrealizowanych w więcej niż dwóch usługach.

Zasada zachowania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, jako jedna z naczelných zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zobowiązuje zamawiającego do rzetelnego zbadania i wyjaśnienia wszelkich wątpliwości (KIO/KD 20/14 - uchwała KIO z dnia 24.03.2014 r. - Prymat zasady dążenia do wyboru oferty najkorzystniejszej). Za wyrokiem KIO 1046/14 z dnia 05.06.2014 r. odwołujący wskazuje, iż „rolą zamawiającego jest badanie ofert, jak i dokumentów składanych wraz z ofertą. Czynność badania ofert nie ogranicza się jedynie do bezkrytycznego przyjmowania składanych mu oświadczeń i dokumentów. Rolą zamawiającego jest również weryfikacja ich treści, która obejmuje m.in. konieczność badania prawdziwości przekazywanych informacji, na co wskazuje choćby przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 Ustawy Pzp. Oczywistym jest, iż wszystkie czynności zamawiającego mają zmierzać do wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. spełniającej wszystkie wymagania określone przez zamawiającego i złożonej przez wykonawcę, który spełnia warunki udziału w postępowaniu. Co za tym idzie, wątpliwości zaistniałe w toku prowadzonego postępowania, co do treści złożonych przez wykonawcę dokumentów, muszą podlegać wyjaśnieniu, gdyż wątpliwości uniemożliwiają pozytywną ocenę dokumentów. Przy ocenie ofert zamawiający musi kierować się starannością i efektywnością. Ustawa Pzp nie zakazuje tu korzystania z informacji pozyskanych z innych źródeł niż oferta, w tym nawet od podmiotów nie biorących udziału w postępowaniu. Jeżeli w postępowaniu pojawią się dokumenty, o których zamawiający wie lub podejrzewa, że nie są wystawione zgodnie z rzeczywistym stanem rzeczy, Zamawiający nie może powoływać się na brak podstaw do poddania w wątpliwość wiarygodności otrzymanych dokumentów, gdyż ma prawo i

obowiązek „prowadzić postępowanie w sposób zapewniający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców i w poszanowaniu prawdy materialnej - wynikającej z całokształtu wiedzy zamawiającego, a nie tylko dokumentów złożonych w danym postępowaniu” (KIO/UZP/978/08).

W ocenie Odwołującego, najcięższym jednak zarzutem pod adresem zamawiającego jest absolutny brak staranności w ocenie wyjaśnień stanowiących złożenie nieprawdziwych informacji, a dotyczących usług wykonywanych w związku z udzieleniem zamówienia publicznego przez samego zamawiającego. W wykazie terenów, na których realizowane były usługi, wykonawcy wybranego, wskazało zieleń w pasach drogowych w dyspozycji zamawiającego - dzielnica Górna (wschód) dla pierwszej usługi oraz dzielnica Górna (zachód) - dla usługi drugiej. Nie powinno ująć uwagi zamawiającego, iż podział dzielnicy Górna na zachód i wschód powstał na potrzeby przedmiotowego postępowania, a więc w roku 2015. Jak więc wykonawca wybrany mógł świadczyć usługi według takiego podziału już od roku 2011? Największym jednak przeoczeniem ze strony zamawiającego jest przyjęcie jako prawdziwego oświadczenia, iż wykonawca wybrany w ogóle było podwykonawcą Wystawcy referencji w dzielnicy Górna od września 2013 r. Zgodnie bowiem z zapisami umowy 191/ZZM/W/ZM/ZT/2013, na podstawie której zamawiający zlecił firmie OAZiS Sp. z o.o. utrzymanie zieleni w pasach drogowych na obszarze dzielnicy Górna, usługi pielęgnacji zieleni były wykonywane przez OAZiS Sp. z o.o. samodzielnie, a jedynym podwykonawcą w zakresie pozostałych usług było Przedsiębiorstwo „Zieleń Miejska - Południe” Sp. z o.o. Fakt ten potwierdził sam zamawiający, odpowiadając pismem z dnia 9 grudnia 2015 r. na wniosek odwołującego o udzielenie informacji publicznej. Biorąc pod uwagę powyższe, złożenie przez wykonawcę wybranego oświadczenia, iż wykonywało na zlecenie OAZiS Sp. z o.o. usługi w dzielnicy Górna stanowi podanie nieprawdziwych informacji.

Dowód: Wniosek o udzielenie informacji publicznej (Zał. Nr 11)

Dowód: Pismo Zamawiającego z dnia 9 grudnia 2015 r. (Zał. Nr 12)

Wątpliwości co do wiarygodności informacji przekazanych przez wykonawcę wybranego dotyczą również innych wskazanych usług, m.in.:

- świadczenie usługi w Al. Schillera w ramach umowy nr 2, czyli od 1 września 2013 r. do momentu składania ofert - usługi pielęgnacji zieleni na tym terenie, w okresie od 9 lipca 2013 r. do 10 grudnia 2015 r., wchodziły w zakres usług świadczonych przez Zakład Zieleni JKL Wojtczak s. c. na podstawie umowy nr 181/ZZM/W/ZM/ZT/2013 zawartej z samym zamawiającym - Zarządem Zieleni Miejskiej w Łodzi, a będącej wynikiem postępowania o

udzielenie zamówienia na Utrzymanie zieleni w pasach drogowych ulic w Dzielnicy Śródmieście w 2013-2015 r., Część nr 3 – wykonawca wybrany mógł więc na tym terenie co najwyżej świadczyć usługi porządkowe;

- świadczenie usługi w rejonie IV (Stoki - Nowosolna) - umowa podstawowa dotyczy Letniego i zimowego, ręcznego i mechanicznego oczyszczania pasów dróg publicznych na terenie Miasta Łodzi i nie obejmuje usług zgodnych z wymaganiami postawionymi przez zamawiającego w punkcie 5.1.2. SIWZ, a informacje złożone w tym zakresie przez wykonawcę wybranego są nieprawdziwe.

Analiza art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wskazuje, że zamawiający jest zobowiązany do wykluczenia wykonawcy z postępowania w przypadku ziszczenia się następujących przesłanek:

- złożenia przez wykonawcę nieprawdziwych informacji w toku postępowania o udzielenie zamówienia oraz

- stwierdzenia, że dana informacja ma lub może mieć wpływ na wynik postępowania.

Ustawa Pzp nie zawiera legalnej definicji „nieprawdziwych informacji”. W orzecznictwie KIO przyjmuje się, że informacja nieprawdziwa to informacja, która przedstawia odmienny stan od istniejącego w rzeczywistości, informacja niezgodna z obiektywnie ustalonym stanem faktycznym (wyrok KIO z dnia 2 marca 2015 r., sygn. akt: KIO 279/15; wyrok KIO z 6 czerwca 2011 r., sygn. akt KIO/UZP 1078/11; wyrok KIO z dnia 6 sierpnia 2010 r., sygn. akt: KIO 1550/10). Odwołując się do wyroku Sądu Najwyższego z 5 kwietnia 2002 roku, sygn. akt: II CKN 1095/99 należy wskazać, że pojęcie prawdy na gruncie prawa należy rozpoznawać tak jak w języku potocznym, czyli zgodności myśli, wypowiedzi z rzeczywistością - faktami i danymi, a oświadczenie lub dokument podający odmienny stan od rzeczywistości nie ma przymiotu dokumentu błędnego. Informacje zawarte w wyjaśnieniach wykonawcy wybranego są więc informacjami nieprawdziwymi, gdyż są niezgodne z obiektywnie ustalonym stanem faktycznym. Przekazanie tych informacji wynika z celowego, zawinionego i zamierzonego zachowania wykonawcy, którego zamiarem było wprowadzenie zamawiającego w błąd i wyłudzenie zamówienia publicznego. Jak trafnie wskazuje KIO w wyroku z dnia 19 listopada 2013 r. (sygn. akt: KIO 2575/13) „wykonawca decydując się na udział w danym postępowaniu przetargowym, składa wraz z ofertą informacje będące oświadczeniami wiedzy w sposób celowy. Podanie takiej, czy innej informacji powinno być rozpatrywane w kategorii starannego działania profesjonalnego uczestnika obrotu gospodarczego. Wykonawcy winni wykazać wysoką staranność przejawiającą się zawodowym charakterem ich działalności.” Jeśli chodzi o drugą z przesłanek wykluczenia

wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Ustawy Pzp, oczywistym i nie wymagającym szczególnego argumentowania, iż nieprawdziwe informacje przekazane przez wykonawcę wybranego miały wpływu na wynik postępowania, gdyż na ich podstawie zamawiający uznał, iż wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia i wybrał jego ofertę jako najkorzystniejszą.

Odwołujący pragnie przypomnieć, iż przestrzeganie zasady zachowania uczciwej konkurencji nie może być utożsamiane z dopuszczeniem do udziału w postępowaniu wszystkich podmiotów, w tym również niezdolnych do jego należytego wykonania. Jak wskazuje KIO w wyroku z dnia 2 marca 2015 r., sygn. akt: KIO 279/15, „wykluczenie wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest obowiązkiem zamawiającego, w przypadku gdy zostaną wypełnione przesłanki z art. 24 ustawy”. Nie powinno bowiem być wątpliwości, że funkcją art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest eliminowanie z udziału w postępowaniu wykonawców, którzy poprzez podanie nieprawdziwych informacji, mających na celu wprowadzenie zamawiającego w błąd, dążą do uzyskania korzystnego dla siebie wyniku postępowania.

Odwołujący pragnie również zwrócić uwagę na jednolitą linię orzecznictwa, z której wynika, iż jedynie braki lub omyłki w wykazaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu mogą być przez Zamawiającego sanowane poprzez zastosowanie art. 26 ust. 3 Ustawy Pzp. Jednak w sytuacji, w której wykonawca oświadcza nieprawdę, wprowadzając Zamawiającego w błąd w celu uzyskania zamówienia, zachodzą przesłanki wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i w takiej sytuacji wezwanie do uzupełnienia dokumentów umożliwiające przedstawienie przez wykonawcę nowego wykazu usług oraz nowych referencji nie będzie miało zastosowania. Z taką sytuacją mamy do czynienia w przedmiotowej sprawie.

W tym stanie rzeczy, z uwagi na fakt, że przedstawione w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust 4 Ustawy Pzp, wyjaśnienia Konsorcjum „NOVENTA” nie tylko nie potwierdzają spełniania przez wybranego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, ale ponadto stanowią przedłożenie nieprawdziwych informacji w celu uzyskania zamówienia, zachodzi przesłanka z art. 24 ust. 2 pkt. 3 Ustawy Pzp w postaci wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu, czego Zamawiający bezpodstawnie zaniechał.

Mając na uwadze powyższe okoliczności, odwołujący wnosi jak w treści odwołania oraz we wstępie.

**Sygn. akt KIO 90/16**

W dniu 25 stycznia 2016r. pismem z dnia 25 stycznia 2016 r. odwołanie wniósł S. P. i R. P. wspólnicy spółki cywilnej Zakład Usług Ogrodniczych s.c. S. i R. P. ul. Zbiorcza 2a 92-332 Łódź zwani dalej „odwołującym”.

W postępowaniu prowadzonym przez Miasto Łódź, Zarząd Zieleni Miejskiej w Łodzi ul. Konstantynowska 8/10 94-303 Łódź zwany dalej „zamawiającym”

Postępowanie dotyczy udzielenia zamówienia publicznego na utrzymanie zieleni w pasach drogowych dróg publicznych oraz utrzymanie drzew w pasach drogowych dróg wewnętrznych i na terenach niezabudowanych na terenie Miasta Łodzi w latach 2016-2018. część 4 - rejon Górna część wschodnia - znak sprawy: ZZM.WOA.ZP.2510.30.2015 f .

Odwołujący wniósł odwołanie od niezgodnej z ustawą Pzp czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty złożonej przez wykonawcę - konsorcjum firm: Spółdzielnia Socjalna „NOVENTA”, ul. Więckowskiego 62, 90-735 Łódź oraz Alter Ego Studio A. S., ul. Żwirki 3 m. 6/6a, 90-448 Łódź zwane dalej wykonawcą wybranym jako najkorzystniejszej oraz od zaniechania czynności wykluczenia tego wykonawcy.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust 2 pkt. 3 w zw. z art. 24 ust 2 pkt 4 oraz art 22 ust 1 pkt. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy wybranego pomimo tego, że wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz złożył nieprawdziwe informacje dotyczące spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. wykluczenia wykonawcy wybranego z postępowania;
3. powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Ponadto odwołujący wnosi o:

1. dopuszczenie dowodu z dokumentów wskazanych w uzasadnieniu odwołania na potwierdzenie okoliczności tam przywołanych;

2. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego wraz z kosztami zastępstwa procesowego.

Data przesłania informacji o czynności Zamawiającego stanowiącej podstawę wniesienia odwołania: 15 stycznia 2016 r. (e-mail).

Wskazanie numeru ogłoszenia o zamówieniu: Dziennik Urzędowy UE z dnia 17 października 2015 r. nr 2015/S 202-366882.

Wskazanie strony internetowej, na której została zamieszczona specyfikacja istotnych warunków zamówienia: [www.bip.zzm.lodz.pl](http://www.bip.zzm.lodz.pl).

#### Interes odwołującego

Zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp odwołujący, jako wykonawca ubiegający się o uzyskanie przedmiotowego zamówienia publicznego, jest podmiotem uprawnionym do skorzystania ze środków odwoławczych przewidzianych ustawą Pzp oraz ma interes w uzyskaniu tegoż zamówienia. Oferta odwołującego jest jedną z dwóch złożonych na daną część postępowania. Gdyby zamawiający prawidłowo ocenił spełnianie warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę wybranego, wówczas wykluczyłby tego wykonawcę z udziału w postępowaniu, a odwołujący miałby realną szansę uzyskania zamówienia, ponieważ spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu, jego oferta nie podlega odrzuceniu i zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza. Działania zamawiającego w oczywisty sposób naruszają usprawiedliwiony interes ekonomiczny odwołującego oraz skutkują powstaniem po jego stronie szkody w postaci utraconych korzyści oraz nakładów związanych z przygotowaniem oferty.

#### Uzasadnienie faktyczne i prawne

Postępowanie zostało podzielone na 7 części, z możliwością składania ofert częściowych, przy czym jeden wykonawca mógł złożyć ofertę na maksymalnie 2 części. Odwołujący złożył ofertę na część 4 przedmiotowego postępowania. Otwarcie ofert, które nastąpiło 24 listopada 2015 r., ujawniło, że o udzielenie zamówienia na daną część postępowania ubiegają się dwa podmioty: odwołujący oraz wykonawca wybrany.

Odwołujący, przekazał zamawiającemu pismo z wezwaniem do weryfikacji autentyczności dokumentów, zgłaszając zastrzeżenia co do wiarygodności referencji załączonych do oferty wykonawcy wybranego.

Dowód: Wezwanie zamawiającego do weryfikacji autentyczności (...) (Zał. Nr 4)

Dowód: Wykaz głównych usług wykonawcy wybranego (Załącznik Nr 5)

Dowód: Referencje wykonawcy wybranego - str. 40 oferty (Załącznik Nr 6)

Dowód: Referencje wykonawcy wybranego - str. 41 oferty (Załącznik Nr 7)

Zamawiający, pismem z dnia 31 grudnia 2015 r., w trybie art. 26 ust 4 ustawy Pzp, wezwał wykonawcę wybranego do złożenia wyjaśnień, między innymi poprzez wskazanie terenów, na których były wykonywane usługi wskazane w Wykazie głównych usług, zgodnie z definicją zawartą w pkt. 5.1.2.1 SIWZ.

Dowód: Wezwanie do wyjaśnień (Załącznik Nr 8)

Wykonawca wybrany w terminie wyznaczonym przez zamawiającego przedłożył pismo z wyjaśnieniami, uzupełnione o poprawiony Wykaz głównych usług.

Dowód: Wyjaśnienia wykonawcy wybranego (Załącznik Nr 9)

W dniu 15 stycznia 2016 r. zamawiający przesłał odwołującemu informację o wyborze oferty wykonawcy wybranego jako najkorzystniejszej w części 4 postępowania.

Dowód: Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty (Załącznik Nr 10)

Zgodnie z postanowieniami SIWZ, jednym z warunków, jakie musieli spełnić wykonawcy ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, było posiadanie niezbędnej wiedzy i doświadczenia. Ponieważ wykonawca wybrany złożył ofertę na dwie części zamówienia, zgodnie z punktem 5.1.2 SIWZ, powinno wykazać dwie lub maksymalnie cztery usługi ogrodnicze o łącznej wartości nie mniejszej niż 1 000 000,00 zł. na terenach zieleni, w ramach których wykonało cięcia pielęgnacyjne drzew o wartości co najmniej 200 000,00 zł, przy czym wymaganym było, aby cięcia pielęgnacyjne drzew o ww. wartości były wykonane wyłącznie w ramach jednej lub maksymalnie dwóch usług. Oznacza to, że nie dopuszcza się sumowania wartości cięć pielęgnacyjnych zrealizowanych w więcej niż dwóch usługach. Z kolei w punkcie 5.1.2.2 SIWZ Zamawiający wyjaśnił, iż „za usługę ogrodniczą uzna wykonanie lub wykonywanie w ramach jednej umowy/kontraktu/ zlecenia prac obejmujących obligatoryjnie cięcie pielęgnacyjne drzew oraz fakultatywne cięcia pielęgnacyjne krzewów roślinnych i/ lub wykonanie nasadzeń roślinnych lub pielęgnację nasadzeń roślinnych lub wycinkę drzew z wyłączeniem koszenia trawników i/lub traw, zakładania i pielęgnacji oraz rekultywacji trawników, usuwania liści i chwastów”. Zgodnie z wyjaśnieniami zamawiającego z dnia 13 listopada 2015 r., udzielonymi w związku z pytaniami zadanyymi przez wykonawców, oznaczało to, iż w ramach każdej wykazanej usługi ogrodniczej musi wystąpić cięcie pielęgnacyjne drzew oraz ponadto musi wystąpić przynajmniej jedna z czterech

wymienionych jako fakultatywne prac. Pod pojęciem cięć pielęgnacyjnych Zamawiający rozumiał cięcia sanitarne (usuwanie suchych i połamanych gałęzi i konarów), formowanie koron, usuwanie kolizji z budynkami i urządzeniami technicznymi, skrajnią drogową (5.1.2.3 SIWZ), natomiast pod pojęciem pielęgnacji nasadzeń roślinnych - w szczególności podlewanie, pielenie, nawożenie nasadzeń oraz inne prace pozwalające na utrzymanie roślin w należytej kondycji (5.1.2.4 SIWZ).

Tak postawione warunki, a w szczególności zakaz sumowania wartości cięć pielęgnacyjnych zrealizowanych w więcej niż dwóch usługach, spowodowały, iż krąg podmiotów mogących ubiegać się o przedmiotowe zamówienie został ograniczony do wykonawców realizujących znaczące kontrakty na świadczenie usług ogrodniczych.

W przekonaniu odwołującego, sposób w jaki wykonawca wybrany próbuje wykazać posiadanie wiedzy i doświadczenia stanowi nieuprawnioną próbę obejścia warunku postawionego przez zamawiającego. Wystawcą referencji dla wykonawcy wybranego jest Ośrodek Aktywizacji Zawodowej i Szkoleń Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi (dalej: Wystawca referencji lub OAZiS Sp. z o.o.). Wystawca referencji nie jest ani zamawiającym publicznym ani prywatnym, ale jedynie firmą oferującą kompleksowe usługi porządkowe, czystościowe oraz systemy pielęgnacji terenów zielonych. Ten fakt jest powszechnie znany, również zamawiającemu, który zleca OAZiS Sp. z o.o. usługi. Biorąc pod uwagę powyższe, wystawione referencje mogą dotyczyć jedynie sytuacji, w której wykonawca wybrany lub jego członkowie byli podwykonawcą Wystawcy referencji OAZiS Sp. z o.o., wystawiając referencje podwykonawcom, powinna wskazać zamówienie podstawowe oraz docelowego odbiorcę w celu uwiarygodnienia wystawionych dokumentów. Bez wskazania powyższego, uznanie przedmiotowych referencji za prawidłowe prowadziłyby do niedopuszczalnej sytuacji, w której dowolna prywatna firma wystawia innej prywatnej firmie referencje, o treści odpowiadającej dokładnie warunkom postawionym przez zamawiającego, oczekując uznania ich za prawidłowe w oparciu jedynie o wypełnienie literalnego brzmienia przepisów Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Tak przygotowane referencje są praktycznie niemożliwe do sprawdzenia przez zamawiającego, który nie może żądać w tym zakresie dodatkowych dokumentów potwierdzających autentyczność referencji. Zamawiający musi jednak wziąć pod uwagę cel, któremu służy postawienie warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia, a mianowicie niedopuszczenie do udzielenia zamówienia publicznego wykonawcy, który nie będzie w stanie go wykonać zgodnie z warunkami określonymi przez zamawiającego. Tak więc dokładna weryfikacja przedstawionych referencji na etapie oceny ofert może zabezpieczyć dobrze pojęty interes zamawiającego w przeprowadzeniu postępowania,

którego głównym celem jest zawarcie umowy, a następnie jej realizacja. Zamawiający nie ma podstaw do stawiania wymogu, aby dokumenty potwierdzające, że usługi zostały wykonane należycie, były wystawione przez inwestora. Jednak zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej dokumenty potwierdzające posiadanie wiedzy i doświadczenia powinny w sposób wystarczający identyfikować wykonane zamówienia, wykonawcę, który wykonał zamówienie oraz stwierdzać czy zostało ono wykonane zgodnie z umową. W przedmiotowej sytuacji trudno jest mówić o wystarczającej identyfikacji zamówienia, do którego odnoszą się referencje wykonawcy wybranego.

Zapewne biorąc pod uwagę powyższe, zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień. Jednak przedstawione wyjaśnienia przyjął w sposób bezkrytyczny, w oderwaniu od całokształtu posiadanej przez siebie wiedzy oraz bez przeprowadzenia logicznej analizy podanych informacji.

W przekonaniu Odwołującego, wyjaśnienia wykonawcy wybranego nie pozwalają na uwiarygodnienie załączonych do jego oferty referencji. Jak wskazała KIO w wyroku z dnia 8 czerwca 2011 r. (sygn. akt KIO 1112/11), w ramach wyjaśnień składanych w trybie art. 26 ust. 4, jak i art. 87 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Ustawy Pzp, wykonawca wobec zarzutu poświadczenia nieprawdy powinien udzielić miarodajnych, pisemnych i wyczerpujących, tzn. opartych na dowodach, wyjaśnień. W takiej sytuacji przedłożone w ramach wyjaśnień dodatkowe dokumenty nie będą stanowiły niedopuszczalnego uzupełnienia oferty, ale tylko i wyłącznie wyjaśnienie. Wykonawca wybrany miał więc możliwość przedłożenia zamawiającemu wszelkiego rodzaju dokumentów, w tym umów zawartych z Wystawcą referencji, jak również referencji wystawionych przez docelowych odbiorców usług wskazanych w Wykazie usług głównych. Pomimo braku takiego obowiązku, przedłożenie powyższych dokumentów nie powinno dla wykonawcy wybranego stanowić szczególnej uciążliwości, a z pewnością zaoszczędziłoby kłopotów na etapie oceny ofert i nie powodowało zbędnego wydłużania procedury. Tymczasem zamawiający ponownie został jedynie z oświadczeniem wykonawcy o istnieniu dwóch bliżej niedookreślonych, bezterminowych umów, zawartych odpowiednio w roku 2011 i 2013, obejmujących swoim zakresem wszystko, czego Zamawiający wymaga.

Odwołujący pragnie zwrócić uwagę, iż pomijając nawet fakt nieprzedłożenia żadnych dokumentów, same wyjaśnienia są potokiem pozornych informacji, zapelniających kartkę papieru, ale nie dających wiedzy pozwalającej na rozwianie wątpliwości. Wykonawca wybrany wskazuje, iż wykonywał usługi na terenie zieleni w dyspozycji Domu Pomocy Społecznej w Łodzi. Problem polega na tym, iż na terenie Miasta Łodzi znajduje się co najmniej 13 domów pomocy społecznej: Dom Pomocy Społecznej Nr 3 przy ul. Paradnej 36,

Domy Pomocy Społecznej przy ul. Krzemienieckiej 7/9, ul. Strzelców Kaniowskich 32, ul. Sierakowskiego 65, ul. Narutowicza 114, ul. Spadkowej 4/6, ul. Rojnej 15, ul. Ciołkowskiego 2, ul. Złotniczej 10, ul. Przyrodniczej 24/26, Dom Pomocy Społecznej dla Dorosłych im. Jadwigi przy ul. Podgórznej 2/14, Dom Pomocy Społecznej „Pogodna Jesień” przy ul. Dojazdowej 5/7 oraz Dom Pomocy Społecznej Zgromadzenia Sióstr Służebniczek NMP NP im. bł. Edmunda Bojanowskiego przy ul. Kosynierów Gdyńskich 20. Brak sprecyzowania, o którą konkretnie placówkę chodzi, nie pozwala na zweryfikowanie podanej informacji. Podobnie w odniesieniu do wskazania terenów zieleni towarzyszących zabudowie w zarządach wspólnot mieszkaniowych. W 2012 roku na terenie Łodzi działało około 2 250 wspólnot mieszkaniowych. Dla ilu z nich wykonawca wybrany świadczył usługi i dla których, w jakich latach i na jakie kwoty? Na te pytania nie ma możliwości uzyskania odpowiedzi. Podobnie nie można zidentyfikować kolejnego podmiotu, a mianowicie zespołu parkowego w powiecie łaskim. Czy takie informacje powinny być dla Zamawiającego wystarczające?

Kolejnym wskazanym przez wykonawcę wybranego miejscem wykonywania usług są tereny zieleni towarzyszące zabudowie w zarządzie Spółdzielni Mieszkaniowej „Radogoszcz Wschód”. Na potwierdzenie powyższego nie przedłożono również żadnych dokumentów, ale dokumenty te zamawiający może bez trudu znaleźć w innej ofercie złożonej w przedmiotowym postępowaniu. Bowiem Wystawca referencji - OAZiS Sp. z o.o. jest jednocześnie wykonawcą, który również złożył ofertę w Postępowaniu, na części nr: 3 oraz 7. Są to jedyne części postępowania, które nie zostały jeszcze przez zamawiającego rozstrzygnięte, bowiem wybór najkorzystniejszej oferty w zakresie części 1 nastąpił 9 grudnia 2015 r., części 2-14 grudnia 2015 r., części 6-28 grudnia 2015 r., a części 4 i 5 - 15 stycznia 2016 r. Część 3 oraz 7, w których OAZiS Sp. z o.o. złożyło oferty z najniższą ceną, nie zostały rozstrzygnięte, ponieważ wykonawca, który złożył konkurencyjną ofertę (tak jak odwołujący w piśmie do zamawiającego wzywającym do weryfikacji dokumentów) postawił OAZiS Sp. z o.o. zarzut poświadczenia nieprawdy poprzez przedłożenie referencji od Spółdzielni Mieszkaniowej „Radogoszcz Wschód” dotyczących umowy, która została w trakcie jej trwania rozwiązana ze względu na uchybienia ze strony wykonawcy. W chwili obecnej trwa postępowanie wyjaśniające. Logicznym i oczekiwanym ze strony zamawiającego działaniem powinno być w pierwszej kolejności wyjaśnienie wątpliwości dotyczących referencji firmy OAZiS Sp. z o.o. Oczywistym i niepodważalnym bowiem jest fakt, iż główny wykonawca usługi nie powinien wystawić swojemu podwykonawcy referencji potwierdzających należyte wykonanie usług, jeżeli inwestor rozwiązał z nim umowę w trakcie jej trwania z winy wykonawcy i ogłosił kolejny przetarg, wykluczając z niego OAZiS Sp. z o.o. z powodu wcześniejszych uchybień w trakcie realizacji usług.

Dowód: Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty przez SM „Radogoszcz Wschód” (Załącznik Nr 11)

Działania Zamawiającego w powyższym zakresie, zdaniem odwołującego, są co najmniej przedwczesne oraz świadczą o braku należytej staranności. Zamawiający nie powinien dokonać oceny oferty wykonawcy wybranego w oderwaniu od oferty złożonej przez OAZiS Sp. z o.o., gdyż oferty te złożone są w jednym postępowaniu, oceniane przez to samo grono osób, które nie mogą zasłaniać się brakiem wiedzy na temat oferty złożonej przez Wystawcę referencji, gdyż wiedzę taką bezsprzecznie posiadają, choćby nie zdobyły jej w celu oceny oferty wykonawcy wybranego. Odwołujący wskazuje ponadto, iż nawet gdyby usługa na rzecz Spółdzielni Mieszkaniowej „Radogoszcz - Wschód” była wykonana należyście, to jej zakres nie odpowiada wymaganiom postawionym przez zamawiającego w SIWZ w zakresie cięcia pielęgnacyjnego drzew, gdyż obejmowała ona jedynie usuwanie nadłamanych, obłamanych gałęzi z drzew i krzewów do wysokości 3 metrów.

Jak wynika z powyższego, wykonawca wybrany nie przedstawił żadnego dowodu choćby uprawdopodobniającego realizację wskazanych usług, w szczególności nie przedstawił umów jakie zawarł z Wystawcą referencji. Należy zwrócić uwagę na fakt, iż zgodnie z wyjaśnieniami wykonawcy wybranego nie realizował w ramach dwóch umów zawartych z Wystawcą referencji, usługi, które Wystawca referencji miał zlecone na podstawie niezliczonej i niedookreślonej ilości mniejszych umów podstawowych, co stanowi próbę obejścia warunku postawionego przez zamawiającego w zakresie wiedzy i doświadczenia, zgodnie z którym wykonawca powinien wykazać dwie lub maksymalnie cztery usługi ogrodnicze, przy jednoczesnym zakazie sumowania wartości cięć pielęgnacyjnych zrealizowanych w więcej niż dwóch usługach.

Zasada zachowania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, jako jedna z naczelných zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zobowiązuje Zamawiającego do rzetelnego zbadania i wyjaśnienia wszelkich wątpliwości (KIO/KD 20/14 - uchwała KIO z dnia 24.03.2014 r. - Prymat zasady dążenia do wyboru oferty najkorzystniejszej). Za wyrokiem KIO 1046/14 z dnia 05.06.2014 r. odwołujący wskazuje, iż „rolą zamawiającego jest badanie ofert, jak i dokumentów składanych wraz z ofertą. Czynność badania ofert nie ogranicza się jedynie do bezkrytycznego przyjmowania składanych mu oświadczeń i dokumentów. Rolą zamawiającego jest również weryfikacja ich treści, która obejmuje m.in. konieczność badania prawdziwości przekazywanych informacji, na co wskazuje choćby przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 Ustawy Pzp. Oczywistym jest, iż wszystkie czynności zamawiającego mają zmierzać do wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. spełniającej wszystkie wymagania określone przez zamawiającego i złożonej przez wykonawcę, który

spełnia warunki udziału w postępowaniu. Co za tym idzie, wątpliwości zaistniałe w toku prowadzonego postępowania, co do treści złożonych przez wykonawcę dokumentów, muszą podlegać wyjaśnieniu, gdyż wątpliwości uniemożliwiają pozytywną ocenę dokumentów. Przy ocenie ofert zamawiający musi kierować się starannością i efektywnością. Ustawa Pzp nie zakazuje tu korzystania z informacji pozyskanych z innych źródeł niż oferta, w tym nawet od podmiotów nie biorących udziału w postępowaniu. Jeżeli w postępowaniu pojawią się dokumenty, o których zamawiający wie lub podejrzewa, że nie są wystawione zgodnie z rzeczywistym stanem rzeczy, zamawiający nie może powoływać się na brak podstaw do poddania w wątpliwość wiarygodności otrzymanych dokumentów, gdyż ma prawo i obowiązek „prowadzić postępowanie w sposób zapewniający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców i w poszanowaniu prawdy materialnej - wynikającej z całokształtu wiedzy zamawiającego, a nie tylko dokumentów złożonych w danym postępowaniu” (KIO/UZP/978/08).

W ocenie odwołującego, najcięższym jednak zarzutem pod adresem zamawiającego jest absolutny brak staranności w ocenie wyjaśnień stanowiących złożenie nieprawdziwych informacji, a dotyczących usług wykonywanych w związku z udzieleniem zamówienia publicznego przez samego zamawiającego. W wykazie terenów, na których realizowane były usługi, wykonawca wybrany, wskazał zieleń w pasach drogowych w dyspozycji zamawiającego - dzielnica Górna (wschód) dla pierwszej usługi oraz dzielnica Górna (zachód) - dla usługi drugiej. Nie powinno ująć uwagi zamawiającego, iż podział dzielnicy Górna na zachód i wschód powstał na potrzeby przedmiotowego postępowania, a więc w roku 2015. Jak więc wykonawca wybrany mógł świadczyć usługi według takiego podziału już od roku 2011? Największym jednak przeoczeniem ze strony zamawiającego jest przyjęcie jako prawdziwego oświadczenia, iż wykonawca wybrany w ogóle było podwykonawcą Wystawcy referencji w dzielnicy Górna od września 2013 r. Zgodnie bowiem z zapisami umowy 191/ZZM/W/ZM/ZT/2013, na podstawie której zamawiający zlecił firmie OAZiS Sp. z o.o. utrzymanie zieleni w pasach drogowych na obszarze dzielnicy Górna, usługi pielęgnacji zieleni były wykonywane przez OAZiS Sp. z o.o. samodzielnie, a jedynym podwykonawcą w zakresie pozostałych usług było Przedsiębiorstwo „Zieleń Miejska - Południe” Sp. z o.o. Fakt ten potwierdził sam zamawiający, odpowiadając pismem z dnia 9 grudnia 2015 r. na wniosek odwołującego o udzielenie informacji publicznej. Biorąc pod uwagę powyższe, złożenie przez wykonawcę wybranego oświadczenia, iż wykonywało na zlecenie OAZiS Sp. z o.o. usługi w dzielnicy Górna stanowi podanie nieprawdziwych informacji.

Dowód: Wniosek o udzielenie informacji publicznej (Zał. Nr 12)

Dowód: Pismo Zamawiającego z dnia 9 grudnia 2015 r. (Zał. Nr 13)

Wątpliwości co do wiarygodności informacji przekazanych przez wykonawcę wybranego dotyczą również innych wskazanych usług, m.in.:

- świadczenie usługi w Al. Schillera w ramach umowy nr 2, czyli od 1 września 2013 r. do momentu składania ofert - usługi pielęgnacji zieleni na tym terenie, w okresie od 9 lipca 2013 r. do 10 grudnia 2015 r., wchodziły w zakres usług świadczonych przez Zakład Zieleni JKL Wojtczak s. c. na podstawie umowy nr 181/ZZM/W/ZM/ZT/2013 zawartej z samym zamawiającym - Zarządem Zieleni Miejskiej w Łodzi, a będącej wynikiem postępowania o udzielenie zamówienia na Utrzymanie zieleni w pasach drogowych ulic w Dzielnicy Śródmieście w 2013-2015 r., Część nr 3 – wykonawca wybrany mógł więc na tym terenie co najwyżej świadczyć usługi porządkowe;
- świadczenie usługi w rejonie IV (Stoki - Nowosolna) - umowa podstawowa dotyczy Letniego i zimowego, ręcznego i mechanicznego oczyszczania pasów dróg publicznych na terenie Miasta Łodzi i nie obejmuje usług zgodnych z wymaganiami postawionymi przez zamawiającego w punkcie 5.1.2. SIWZ, a informacje złożone w tym zakresie przez wykonawcę wybranego są nieprawdziwe.

Analiza art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wskazuje, że zamawiający jest zobowiązany do wykluczenia wykonawcy z postępowania w przypadku ziszczenia się następujących przesłanek:

- złożenia przez wykonawcę nieprawdziwych informacji w toku postępowania o udzielenie zamówienia oraz
- stwierdzenia, że dana informacja ma lub może mieć wpływ na wynik postępowania.

Ustawa Pzp nie zawiera legalnej definicji „nieprawdziwych informacji”. W orzecznictwie KIO przyjmuje się, że informacja nieprawdziwa to informacja, która przedstawia odmienny stan od istniejącego w rzeczywistości, informacja niezgodna z obiektywnie ustalonym stanem faktycznym (wyrok KIO z dnia 2 marca 2015 r., sygn. akt: KIO 279/15; wyrok KIO z 6 czerwca 2011 r., sygn. akt KIO/UZP 1078/11; wyrok KIO z dnia 6 sierpnia 2010 r., sygn. akt: KIO 1550/10). Odwołując się do wyroku Sądu Najwyższego z 5 kwietnia 2002 roku, sygn. akt: II CKN 1095/99 należy wskazać, że pojęcie prawdy na gruncie prawa należy rozpoznawać tak jak w języku potocznym, czyli zgodności myśli, wypowiedzi z rzeczywistością - faktami i danymi, a oświadczenie lub dokument podający odmienny stan od rzeczywistości nie ma przymiotu dokumentu błędnego. Informacje zawarte w wyjaśnieniach wykonawcy wybranego są więc informacjami nieprawdziwymi, gdyż są niezgodne z

obiektywnie ustalonym stanem faktycznym. Przekazanie tych informacji wynika z celowego, zawinionego i zamierzonego zachowania wykonawcy, którego zamiarem było wprowadzenie Zamawiającego w błąd i wyłudzenie zamówienia publicznego. Jak trafnie wskazuje KIO w wyroku z dnia 19 listopada 2013 r. (sygn. akt: KIO 2575/13) „wykonawca decydując się na udział w danym postępowaniu przetargowym, składa wraz z ofertą informacje będące oświadczeniami wiedzy w sposób celowy. Podanie takiej, czy innej informacji powinno być rozpatrywane w kategorii starannego działania profesjonalnego uczestnika obrotu gospodarczego. Wykonawcy winni wykazać wysoką staranność przejawiającą się zawodowym charakterem ich działalności.” Jeśli chodzi o drugą z przesłanek wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Ustawy Pzp, oczywistym i nie wymagającym szczególnego argumentowania, iż nieprawdziwe informacje przekazane przez wykonawcę wybranego miały wpływ na wynik postępowania, gdyż na ich podstawie zamawiający uznał, iż wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia i wybrał jego ofertę jako najkorzystniejszą.

Odwołujący pragnie przypomnieć, iż przestrzeganie zasady zachowania uczciwej konkurencji nie może być utożsamiane z dopuszczeniem do udziału w postępowaniu wszystkich podmiotów, w tym również niezdolnych do jego należytego wykonania. Jak wskazuje KIO w wyroku z dnia 2 marca 2015 r., sygn. akt: KIO 279/15, „wykluczenie wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest obowiązkiem Zamawiającego, w przypadku gdy zostaną wypełnione przesłanki z art. 24 ustawy”. Nie powinno bowiem być wątpliwości, że funkcją art. 24 ust. 2 pkt 3 Ustawy Pzp jest eliminowanie z udziału w postępowaniu wykonawców, którzy poprzez podanie nieprawdziwych informacji, mających na celu wprowadzenie Zamawiającego w błąd, dążą do uzyskania korzystnego dla siebie wyniku postępowania.

Odwołujący pragnie również zwrócić uwagę na jednolitą linię orzecznictwa, z której wynika, iż jedynie braki lub omyłki w wykazaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu mogą być przez zamawiającego szanowane poprzez zastosowanie art. 26 ust. 3 Ustawy Pzp. Jednak w sytuacji, w której wykonawca oświadcza nieprawdę, wprowadzając Zamawiającego w błąd w celu uzyskania zamówienia, zachodzą przesłanki wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Ustawy Pzp i w takiej sytuacji wezwanie do uzupełnienia dokumentów umożliwiające przedstawienie przez wykonawcę nowego wykazu usług oraz nowych referencji nie będzie miało zastosowania. Z taką sytuacją mamy do czynienia w przedmiotowej sprawie.

W tym stanie rzeczy, z uwagi na fakt, że przedstawione w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust 4 Ustawy Pzp, wyjaśnienia wykonawcy wybranego nie

tylko nie potwierdzają spełniania przez wybranego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, ale ponadto stanowią przedłożenie nieprawdziwych informacji w celu uzyskania zamówienia, zachodzi przesłanka z art. 24 ust. 2 pkt. 3 Ustawy Pzp w postaci wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu, czego zamawiający bezpodstawnie zaniechał.

Mając na uwadze powyższe okoliczności, odwołujący wnosi jak w treści odwołania oraz we wstępie.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje**

#### **Sygn. akt KIO 89/16 i KIO 90/16**

#### **Izba ustaliła**

Po pierwsze należy zaznaczyć, że sprawy zostały połączone zarządzeniem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do wspólnego rozpoznania.

Po drugie obydwie odwołania dotyczą jednego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest p.n. utrzymanie zieleni w pasach drogowych dróg publicznych oraz utrzymanie drzew w pasach drogowych dróg wewnętrznych i na terenach niezabudowanych na terenie Miasta Łodzi w latach 2016-2018.

Zamawiający, którym jest Miasto Łódź Zarząd Zieleni Miejskiej w Łodzi podzielił zamówienie na 7 części. Wniesione odwołania dotyczą: części 5 - rejon Polesie-znak sprawy: ZZM.WOA. ZP. 2510. 30.2015 i części 4 - rejon Górna część wschodnia - znak sprawy: ZZM.WOA.ZP.2510.30.2015 .

Po trzecie odwołania wniesiono w związku z wyborem zarówno w części 4 i 5 tego samego wykonawcy to jest konsorcjum firm: Spółdzielnia Socjalna „NOVENTA”, ul. Więckowskiego 62; 90-735 Łódź oraz Alter Ego Studio A. S., ul. Żwirki 3 m. 6/6a; 90-448 Łódź zwane dalej „wykonawcą wybranym”. Zarzuty i żądania odwołania są tożsame i sprowadzają się do naruszenia przez zamawiającego: 1. art. 24 ust. 2 pkt. 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt. 4 oraz art. 22 ust. 1 pkt 2 Ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy wybranego pomimo tego, że wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz złożył nieprawdziwe informacje dotyczące spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

W związku z powyższymi ustaleniami i zważenia Izby odnoszą się w równym stopniu do obydwu odwołań

Izba na podstawie przeprowadzonych na rozprawie dowodów z dokumentów dokonała następujących ustaleń.

Obydwaj odwołujący zawiadomili zamawiającego po przejrzaniu oferty wykonawcy wybranego o podejrzeniu złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania związanych z wykazaniem doświadczenia zawodowego, jednocześnie podnosząc zarzut niespełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego w SIWZ doświadczenia zawodowego. Podstawę sformułowanych w odwołaniach zarzutów stanowiła okoliczność udostępnienia referencji dla wykonawcy wybranego przez Ośrodek Aktywizacji Zawodowej i Szkolenia Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi przy ul. Próchnika nr 5 zwany dalej „podmiotem udzielającym referencji”.

Izba na rozprawie dokonała następujących ustaleń na podstawie przeprowadzonych dowodów z dokumentów wskazanych przez strony i uczestnika.

Zamawiający wymagał od podmiotów składających oferty wykazania doświadczenia zawodowego, którego warunki ustalił następująco:

5.1.2 SIWZ, dwie lub maksymalnie cztery usługi ogrodnicze o łącznej wartości nie mniejszej niż 1 000 000,00 zł. na terenach zieleni, w ramach których wykonało cięcia pielęgnacyjne drzew o wartości co najmniej 200 000,00 zł, przy czym wymaganym było, aby cięcia pielęgnacyjne drzew o ww. wartości były wykonane wyłącznie w ramach jednej lub maksymalnie dwóch usług.

Tak ustalone wymagania dodatkowo zamawiający zdefiniował określając co rozumie przez usługi ogrodnicze to jest w punkcie 5.1.2.2 SIWZ „za usługę ogrodniczą uzna wykonanie lub wykonywanie w ramach jednej umowy/kontraktu/ zlecenia prac obejmujących obligatoryjnie cięcie pielęgnacyjne drzew oraz fakultatywne cięcia pielęgnacyjne krzewów roślinnych i/ lub wykonanie nasadzeń roślinnych i/ lub pielęgnację nasadzeń roślinnych i/ lub wycinkę drzew z wyłączeniem koszenia trawników i/lub traw, zakładania i pielęgnacji oraz rekultywacji trawników, usuwania liści i chwastów”.

Przy rozpoznawaniu sprawy należy również mieć na uwadze wyjaśnienia jakie udzielił zamawiający. Zgodnie z wyjaśnieniami zamawiającego z dnia 13 listopada 2015 r., udzielonymi w związku z pytaniami zadanymi przez wykonawców, zamawiający wyjaśnił, że w ramach każdej wykazanej usługi ogrodniczej musi wystąpić cięcie pielęgnacyjne drzew oraz ponadto musi wystąpić przynajmniej jedna z czterech wymienionych jako fakultatywne

prac. Pod pojęciem cięć pielęgnacyjnych zamawiający rozumiał cięcia sanitarne (usuwanie suchych i połamanych gałęzi i konarów), formowanie koron, usuwanie kolizji z budynkami i urządzeniami technicznymi, skrajnią drogową (5.1.2.3 SIWZ), natomiast pod pojęciem pielęgnacji nasadzeń roślinnych - w szczególności podlewanie, pielenie, nawożenie nasadzeń oraz inne prace pozwalające na utrzymanie roślin w należytej kondycji (5.1.2.4 SIWZ).

Kwitując tak ustalone warunki doświadczenia należy stwierdzić, że zamawiający wymagał doświadczenia w utrzymaniu zieleni co do zasady. Powyższe wynika z faktu, że przedmiotem zamówienia są prace ogrodnicze polegające na utrzymaniu zieleni w pasach drogowych dróg publicznych oraz utrzymaniu drzew w pasach drogowych dróg wewnętrznych i na terenach niezabudowanych. Przy czym obowiązkowo w każdym przypadku należało mieć doświadczenie w cięciach pielęgnacyjnych drzew i co najmniej na wartość 200.000,00 złotych z nie więcej niż dwóch umów. Zasadniczą kwestią był posiadanie doświadczenia na 1.000.000,00 złotych usług ogrodniczych na terenach zieleni. Przy czym znowu był wymóg ilości umów to jest dwóch ale nie więcej niż czterech umów. Przy zachowaniu powyżej opisanego warunku co ilości umów to jest nie więcej niż dwóch w zakresie pielęgnacyjnego cięcia drzew.

Zamawiający na wniosek odwołujących wystąpił do wykonawcy wybranego pismem z dnia 31 grudnia 2015 roku w trybie art.26 ust.4 ustawy Pzp o złożenie wyjaśnień obejmujących: wyjaśnienie niezgodności dat w Wykazie usług w związku z terminem składania ofert oraz datą sporządzenia Wykazu; wyjaśnienia użytej w Wykazie nomenklatury utrzymania zieleni w związku z wymogiem posiadania doświadczenia w pracach ogrodniczych zdefiniowanych w SIWZ oraz czy usługi w poz. 1 i poz.2 wynikają z dwóch odrębnych umów z podmiotem udzielającym referencji a wskazane wartości nie są sumą kolejno zawieranych umów. Ponadto wezwano wykonawcę wybranego do wskazania miejsc świadczenia usług.

W dniu 7 stycznia 2016 r. wykonawca wybrany złożył wyjaśnienia w której sprostowano omyłki w datach Wykazu usług; złożono poprawiony Wykaz gdzie dostosowano opis prac zgodnie z nomenklaturą SIWZ i poprawionymi datami; oświadczone o wykonywaniu usług na podstawie dwóch umów z 2011 i 2013 z podmiotem udzielającym referencji i że wartości są odrębne dla każdej z umów oraz wskazano adresy świadczenia usług.

Zamawiający w dniu 15 stycznia 2016 roku zawiadomił o wyborze wykonawcy wybranego w zadaniach 4 i 5 zamówienia.

Na rozprawie odwołujący złożył umowy oraz oświadczenia na okoliczność, że na terenach wskazanych przez wykonawcę wybranego do zamawiającego w piśmie z dnia 7 stycznia

2016 roku inne podmioty a nie wykonawca wybrany świadczyli usługi utrzymania zieleni w pasach drogowych oraz na terenach niezabudowanych na obszarze Miasta Łodzi.

Natomiast wykonawca wybrany/przystępujący po stronie zamawiającego przedłożył na rozprawie oświadczenie z dnia 03.02.2016 roku podmiotu udzielającego referencji oraz szereg umów na wykonywanie usług utrzymania czystości i porządku przez podmiot udzielający referencji.

Co do przedłożonego oświadczenia podmiotu udzielającego referencji to z jego treści wynika, że podmiot udzielający referencji ma zawarte dwie umowy to jest jedną umowę ze Spółdzielnią Socjalną NOVENTA (członek konsorcjum odwołującego) realizowaną od dnia 01.01.2011 roku (umowa na czas nieokreślony). Drugą umowę podmiot udzielający referencji ma zawartą z Konsorcjum trzech firm : Spółdzielnia Socjalna NOVENTA, Spółdzielnia Socjalna VERONA; Spółdzielnia Socjalna VIERO na czas od 01.09.2013 roku do 31.12.2018 roku. Z oświadczenia podmiotu udzielającego referencji wynika również, że w ramach tych dwóch umów była realizowana także umowa z Zarządem Zieleni Miejskiej w Łodzi nr 191/ZZM/W/ZM/ZT/2013 jako podwykonawcy.

Z powyższego oświadczenia wynika, że podmiot udzielający referencji ma dwie umowy ze Spółdzielnią Socjalną NOVENTA to jest jedną na czas nieokreślony a drugą na czas określony do 2018 roku, przy czym wykonawcami tej drugiej umowy jest konsorcjum trzech podmiotów, z których jednym jest Spółdzielnia Socjalna NOVENTA. Ponadto podmiot udzielający referencji stwierdza, że w ramach tych dwóch umów z wymienionymi powyżej wykonawcami realizował zamówienie z Zarządem Zieleni Miejskiej w Łodzi nr 191/ZZM/W/ZM/ZT/2013 jako z podwykonawcami.

Z kolei umowa pomiędzy Zarządem Zieleni Miejskiej w Łodzi nr 191/ZZM/W/ZM/ZT/2013 z dnia 24.07.2013 roku a podmiotem udzielającym referencji z dnia 24.07.2013 roku jako jedyna z przedłożonych na rozprawie może odpowiadać przedmiotowo wymaganiom SIWZ, ponieważ dotyczy "utrzymania zieleni w pasach drogowych oraz na terenach niezabudowanych na obszarze Miasta Łodzi – część 1 GÓRNA" w okresie w latach 2013-2015 na łączną kwotę około 1.670.000,00złoty. Przy czym należy mieć na uwadze, że co do zasady umowa miała być wykonywana siłami własnymi czyli siłami podmiotu udzielającego referencje (§ 4 ust. 4.7. Celem realizacji usługi wskazanej przez Zamawiającego, Wykonawca zobowiązuje się do zapewnienia odpowiedniej ilości pracowników i sprzętu do realizacji wykonania usługi.). Ponadto jak wyżej już ustalono wykonawca udzielający referencji oświadczył się, że umowę z Zarządem Zieleni Miejskiej Miasta Łodzi wykonywała nie tylko NOVENTA ale również Konsorcjum w skład którego

wchodziła NOVENTA według zasad wynikających z zawartych umów. Czyli kwota około 1.600.000,00zł. była rozdysponowana pomiędzy trzy podmioty w proporcjach nie ujawnionych w toku postępowania odwoławczego. Ponadto największą wątpliwość budzi zagadnienie kto był podwykonawcą, ponieważ według umowy mogła być tylko i wyłącznie „Zieleń Miejska Południe z siedzibą w Łodzi przy ul. Konstantynowskiej 3/5” i to w sytuacji gdy zamawiający w terminie 14 od daty przedstawienia projektu umowy z podwykonawcami w tym wypadku wymienioną Zielonią Miejską Południe nie zgłosił zastrzeżeń lub sprzeciwu. W zaistniałej sytuacji istnieje sprzeczność między oświadczeniem podmiotu udzielającego referencji a w.w. umową z Zarządem Zieleni Miejskiej M. Łodzi. Na marginesie należy wskazać, że § 12 ust.2 lit.d) umowy reguluje dopuszczalne zmiany zakresu części zamówienia powierzonej w tym wypadku Zieleni Miejskiej Południe. Natomiast wykonawca wybrany nie złożył żadnego dowodu w tym zakresie poza lakonicznym i ogólnikowym oświadczeniem z dnia 03.02.2016r. o podwykonawstwie Spółdzielni NOVENTA i Konsorcjum NOVENTA, VERONA i VIERA. Podwykonawstwo to jest niewiarygodne wobec postanowień wyżej przywołanej umowy z Zarządem Zieleni Miejskiej w Łodzi nr 191/ZZM/W/ZM/ZT/2013 z dnia 24.07.2013 roku, która przewiduje podwykonawstwo Zieleni Miejskiej Południe.

Co do obydwu wyżej wymienionych umów objętych poufnością to należy stwierdzić, że chociaż z tytułu wynika, że dotyczą czynności utrzymania terenów zielonych to ich zakres jest po pierwsze szerszy i wkracza w utrzymanie czystości i porządku ( np.: zbieranie zanieczyszczeń, oczyszczanie chodników, opróżnianie koszy , odśnieżanie ciągów pieszo-jezdnych) jak i w usługi odnoszące się do trawników a wyłączone postanowieniami SIWZ to jest pkt 5.1.2. 2. to jest „z wyłączeniem koszenia trawnikowi/lub traw, zakładania i pielęgnacji oraz rekultywacji trawników, usuwania liści i chwastów”. Czyli zakres obydwu umów nie jest adekwatny do zdefiniowanych w przedmiotowym postępowaniu „usług ogrodniczych”. W związku z tym nie jest możliwe odniesienie doświadczenia z tych umów do wymaganego doświadczenia w SIWZ. Ponadto jak sam wykonawca wybrany na rozprawie wyjaśniał obydwie umowy są umowami, które powodują, że w ich ramach wykonywane są konkretne zlecenia, jakie podmiot udzielający referencji zleci wykonawcy wybranemu na co wskazuje § 1 ust. 6 – umowy z 30.08.2013 roku czy § 2 ust. 2 umowy o współpracy z dnia 31.12.2010 roku. W obydwu umowach w związku z ich ramowym charakterem nie ma ustalonego wynagrodzenia za wyjątkiem podania stawek za poszczególne czynności co jest istotne w związku z warunkiem doświadczenia zawodowego (1.000.0000,00 złotych prace ogrodnicze w tym 200.000,00 złotych cięcia pielęgnacyjne drzew.)

Na poparcie posiadania doświadczenia wymaganego w SIWZ oraz zaprzeczenia dowodom odwołującego, że wykonawca wybrany jak i podmiot udzielający jemu doświadczenia

zawodowego nie mogli wykonywać prac ogrodniczych zdefiniowanych w SIWZ w miejscach wskazanych w wyjaśnieniu tegoż wykonawcy z dnia 07.01.2016 roku, przedłożono na rozprawie szereg umów wykonywania usług w miejscach wskazanych w wyjaśnieniu wykonawcy wybranego.

I tak wykonawca wybrany przywołał referencje z dnia 30.10.2015 od Domu Pomocy Społecznej w Łodzi na ulicy Spadkowej 4/6, który potwierdza, że były wykonywane cięcia pielęgnacyjne drzew i wycinki przez wykonawcę udzielającego referencje a nie wykonawcę wybranego.

Kolejno zostały przez wykonawcę wybranego przywołane umowy pomiędzy wykonawcą udzielającym referencje a takimi podmiotami jak 1) Administracją Nieruchomościami Łódź – Bałuty Umowa 453/U/2012 z dnia 18.12.2012 roku w sprawie usług utrzymania stanu sanitarno – porządkowego posesji wraz z terenami przynależnymi to jest usługa polegająca na należywym utrzymaniu stanu sanitarno-porządkowego posesji ( §1 ust.3 czynności takie jak zamiatanie, zmywanie zbieranie odpadów, ustawianie i opróżnianie koszy, usuwanie śniegu, lodu, błota, usuwanie gołoledzi sprzątanie i konserwacja terenów zielonych trawników, kwietników) umowa zawarta na okres od 01.01.2013 do 31.12.2013 roku; 2) Miastem Łódź Umowa 274/2013 z 01.08.2013 r. w sprawie bieżącego utrzymania porządku i czystości na terenach al. Schillera obowiązki w załączniku jak powyższej umowie to jest nie obejmuje prac ogrodniczych według definicji przedmiotowego SIWZ, umowa na okres od 01.08.2013 do 30 06.2016 roku; 3) Umowa Nr 5/PR/WSPWŁ/2015 z dnia 30.12.2014 z Miastem Łódź – Administracją Zasobów Komunalnych Łódź, na okres 01.01.2015 do 31.12.2015 stałego sprzątania na zewnątrz budynku, stałego sprzątania wewnątrz budynku, wykonywanie prac sezonowych uzależnionych od pory roku - trawniki, krzewy, żywopłoty i rabaty kwiatowe, zmywanie chodników, usuwanie śniegu, roznoszenie korespondencji do najemców itd.; 4) umowa Nr G/UP /2013 z dnia 25.01.2013 roku z Administracją Nieruchomościami Łódź Polesie na od 25.01.2013 do 31.12.2013 roku na sprzątanie w sposób ciągły i trwały powierzchni zewnętrznych i wewnętrznych nieruchomości zarządzanych przez zamawiającego, czynności wyspecyfikowane w załączniku do umowy; 5) Umowa nr ZP/77/KC/U/2015 z dnia 31.03.2015 r. z Administracją Zasobów Komunalnych Łódź - Śródmieście na okres od 01.04.2015 do 31.12.2015 sprzątanie wewnątrz i na zewnątrz budynku; 6) Umowa z 17.05.11 ze Spółdzielnią Mieszkaniową „Radogoszcz – Wschód” na okres od 01.06.2011 do 31.05.2014r. w sprawie wykonania usługi utrzymania stanu sanitarno – porządkowego posesji wraz z terenami przyległymi wymienionymi w załączniku; 7) Umowa nr 71/11 z dnia 28.12.2011 roku z Miastem Łódź w sprawie utrzymania porządku i czystości w budynkach i na terenie nieruchomości gminnych i prywatnych osiedla Stoki, Podgórze, Olechów itd. na okres 10.01.2012 do dnia 31.12.2012

roku; 8) Umowa nr 278/2013 z Miastem Łódź Wydział Gospodarki Komunalnej z dnia 1 sierpnia 2013 roku w sprawie utrzymania czystości i porządku na terenach Śródmieścia na okres 01.08.2013 do 30.06.2016 roku; 9) umowa nr 5/2013 z dnia 10.01.2013 z Miastem Łódź Administracja Nieruchomości Łódź – Widzew w sprawie utrzymania porządku i czystości w budynkach i na terenie nieruchomości gminnych i prywatnych w okresie od 10.01.2013 do 31.12.2013 roku.

Ponadto oświadczenie wykonawcy udzielającego referencji z dnia 01.02.2016 roku o zawartych dwóch umowach, na podstawie, których wykonawca wybrany wykonywał prace w różnych lokalizacjach, nasadzenia, cięcia pielęgnacyjne drzew i krzewów, usuwanie drzew, pielienienie nasadzeń, pielęgnacje drzew i krzewów itp. na terenie wymienionych w tej informacji dzielnicach i ulicach Łodzi.

### **Izba zważyła**

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie w całości.

Potwierdziły się zarzuty naruszenia art.24 ust.2 pkt 3 jak i 4 ustawy Pzp.

Po pierwsze sam wykonawca wybrany na rozprawie wykazał przedstawiając powyżej opisane umowy jak i oświadczenia podmiotu udzielającego referencje, że jego doświadczenie zawodowe jest wynikiem wykonywania prac nie na podstawie zasadniczo dwóch umów czy też najwyżej czterech umów (pkt 5.1.2.SIWZ) ale wielu umów co najmniej 10 umów z uwzględnieniem Domu Pomocy Społecznej w Łodzi. Natomiast dwie przedstawione umowy zawarte z podmiotem udzielającym referencje są umowami o charakterze ramowym czyli wstępnym a nie umowami świadczącymi o docelowym zobowiązaniu. Stanowią podstawę do współpracy, która jest uzależniona od uzyskania zleceń na podstawie konkretnie zawartych umów przez podmiot udzielający referencji. Powyżej przedstawiono dziewięć umów oraz jedną tylko na wycinkę drzew dla Domu Pomocy Społecznej w Łodzi. Próba udowodnienia, że doświadczenie wynika z realizacji dwóch wskazanych umów z podmiotem udzielającym referencji jest poświadczaniem nieprawdy, ponieważ stanowi to próbę ominięcia wymogu SIWZ, który na prace ogrodnicze dopuszcza maksymalnie dwie lub cztery umowy. Ponadto oprócz przedstawionych referencji nie przedstawiono umów, które potwierdziły by wysokość wynagrodzenia wymaganego postanowieniami SIWZ. Zresztą przechodząc do meritum zagadnienia to żadna z dziewięciu przywoływanych umów nie odpowiada w zakresie doświadczenia zawodowego wymaganom SIWZ. Doświadczenie wymagane postanowieniami SIWZ to prace ogrodnicze zdefiniowane jako przede wszystkim pielęgnacyjne cięcie drzew lub ewentualnie wykonywanie nasadzeń

roślinnych i ich pielęgnacja lub wycinka drzew ale z wyłączeniem koszenia trawników, zakładania, ich rekultywacji czy usuwania liści i chwastów. Tak sformułowany zakres doświadczenia odpowiadający przedmiotowi zamówienia wyklucza doświadczenie nabyte w innych zamówieniach a zwłaszcza w zamówieniach na utrzymanie czystości i porządku budynków czy też otaczających je terenów. Właśnie tymi innymi zamówieniami nie spełniającymi wymagania doświadczenia opisanego w SIWZ są ewidentnie umowy przedstawione na rozprawie przez pełnomocników wykonawcy wybranego. Tymi umowami są opisane powyżej umowy na tak zwane utrzymanie czystości i porządku. W tych umowach mieszczą się właśnie utrzymania trawników, usuwanie liści i chwastów. Co prawda wśród obowiązków w liczbie co najmniej kilkunastu ich rodzajów wymienia się też pielęgnację najczęściej krzewów czasami drzew. Czyli podstawowe czynności oczekiwane przez zamawiającego są elementami szczętkowymi w zamówieniach odnoszących się do utrzymania czystości i porządku. Natomiast wymagania zamawiającego są jednoznaczne co do ilości umów gwarantujących kwotę 1.000.000,00zł to jest dwie a maksymalnie cztery umowy w tym 200. 000,00 złotych na pielęgnacyjne cięcie drzew przy maksymalnie dwóch umowach. Skoro sam wykonawca wybrany przedkłada około dziesięciu umów to oczywistym jest nie spełnienie warunku SIWZ co do wiedzy i doświadczenia gdzie umów może być maksymalnie od dwóch do czterech dla prac ogrodniczych w tym dla pielęgnacyjnego cięcia drzew maksymalnie dwie.

W ocenie Izby sugestia wykonawcy wybranego, że wykonał te wszystkie zamówienia w ramach dwóch umów zawartych z podmiotem udzielającym referencji (Wykaz usług) jest nierzeczywista w związku z ramowym charakterem tych umów, służącym realizacji nieograniczonej liczby zamówień w okresie ich obowiązywania. Przy czym należy mieć na uwadze, że żadna z tych dziesięciu umów przedstawionych na rozprawie przedmiotowo nie spełnia wymogów SIWZ. Nie wchodząc w szczegóły co do zakresu obowiązków, zresztą jednoznacznie wyspecyfikowanych i wskazujących na brak związku z oczekiwaniami zamawiającego co do doświadczenia, dyskwalifikuje je już sama nazwa „utrzymanie czystości i porządku”. Nie wymaga specjalnego uzasadnienia, że usługa utrzymania czystości i porządku nie odpowiada merytorycznie przedmiotowemu zamówienia jakim jest wykonanie prac ogrodniczych polegających na utrzymaniu zieleni w pasach drogowych dróg publicznych oraz utrzymaniu drzew w pasach drogowych dróg wewnętrznych i na terenach niezabudowanych.

Jak wyżej Izba ustaliła tylko jedna z umów mogłaby przedmiotowo świadczyć o posiadaniu odpowiedniego doświadczenia zawodowego przez wykonawcę wybranego. Tą umową jest umowa z Zarządem Zieleni Miejskiej w Łodzi nr 191/ZZM/W/ZM/ZT/2013 z dnia 24.07.2013 roku, która zawarta jest z wykonawcą udzielającym referencji ale przewiduje

podwykonawstwo dla przedsiębiorstwa Zieleni Miejskiej Południe a nie dla wykonawcy wybranego. Przy czym jak wyżej zaznaczono umowa przewiduje ściśle procedury to jest formę pisemną co do zmian jej treści. Zamawiający w tej umowie przewiduje jako podwykonawcę przedsiębiorstwo Zieleni Miejskiej Południe. W tym stanie rzeczy nie można przyjąć, że podwykonawcą był wykonawca wybrany. Nie przedstawiono na tę okoliczność żadnych dowodów w postaci np.: aneksu pisemnego do umowy a co zastrzeżono dla tej umowy pod rygorem nieważności to jest formę pisemną.

W ocenie Izby materiał zgromadzony w sprawie świadczy o tym, że wykonawca wezwany do wyjaśnień w trybie art.26 ust.4 nie wykazał spełnienia warunku udziału do czego był wzywany w piśmie z dnia 31.12.2015 roku („Zgodnie z art.22 ust.1 ustawy o udzielenie zamówienia publicznego może ubiegać się wykonawca, który spełnia określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia warunki(...)”) a udzielając na nie odpowiedzi w dniu 07.01.2016 roku.

Na rozprawie z kolei w ewidentny sposób wykonawca wybrany potwierdził, że w Wykazie usług znajdują się nieprawdziwe informacje co do posiadanej wiedzy i doświadczenia wymaganych SIWZ w związku z przedstawionymi na rozprawie dziewięcioma umowami na utrzymanie czystości i porządku w tym brakiem umów wskazujących na wartość zamówień.

Co do kwestionowania przez zamawiającego interesu w uzyskaniu zamówienia w związku z rzekomym brakiem oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą to w ocenie Izby w dniu 16.01.2016 roku odwołujący przedłużył termin związania ofertą. Bowiem oświadczył, że „Jednocześnie zgodnie z art.85 ust.2 ustawy pzp. przedłużam termin związania moją ofertą na czas niezbędny do zawarcia umowy i przedłużam okres ważności wadium wniesione w formie gotówki poprzez pozostawienie go na koncie Zarządu”. Z powyższego wynika, że wykonawca oświadczył się co do pozostawienia wadium w formie gotówki na koncie Zarządu. Skoro zamawiający miał wątpliwości co do oświadczenia się w zakresie terminu związania ofertą na poszczególne zadania to miał dodatkowe oświadczenie o pozostawieniu wadium w formie gotówki na koncie Zarządu czyli Zarządu Zieleni Miejskiej to jest zamawiającego. Tym bardziej, że odwołujący oświadczając się o przedłużeniu terminu związania oferta i przedłużeniu ważności wadium w formie gotówki odnosi do oferty a nie do poszczególnego zadania. Wykonawcy mogli składając ofertę wyznaczyć dwa zadania. Niemnie składali na tę okoliczność jedną ofertę a nie dwie oferty.

Podsumowując w ocenie Izby wykonawca wybrany udowodnił, składając umowy na utrzymanie czystości i porządku, że nie ma wiedzy na prace ogrodnicze w rozumieniu przedmiotowego doświadczenia. Bowiem nawet nie posługując się definicjami zawartymi w poszczególnych dokumentach to jest w SIWZ i w umowach już sama nazwa wskazuje, że

czym innym jest organizacja i wykonywanie czynności porządku i czystości a czym innym jest wykonywanie prac ogrodnich.

Natomiast odwołujący składając szereg umów jak i oświadczeń zamawiających udowodnił, że wykonawca wybrany nie ma doświadczenia w wymaganych pracach ogrodnich i wykazując jako doświadczenie w tym zakresie umowy na utrzymanie czystości i porządku złożył nieprawdziwe informacje, które spowodowały nieuprawniony wybór jego oferty jako najkorzystniejszej.

W tym stanie rzeczy odwołanie zasługuje na uwzględnienie na podstawie art.192 ust.2 ustawy Pzp., ponieważ wskazane uchybienia mają wpływ na wynik postępowania.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy oraz § 3 pkt 1 i 2) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. nr 41 poz.238) zaliczając uiszczony wpis przez odwołujących w kwocie 30.000,00 zł. w koszty postępowania odwoławczego i zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołujących koszty postępowania obejmujące uiszczony przez odwołujących wpis od odwołania oraz wynagrodzenie pełnomocników odwołujących według przedłożonych na rozprawie faktury VAT.

**Przewodniczący:** .....