

Sygn. akt: KIO 1224/21

WYROK
z dnia 5 lipca 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 1 lipca 2021 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 kwietnia 2021 roku wykonawcę BKW Usługi Komunalne spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Brzeznej

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Tauron Dystrybucja spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie

przy udziale

- A) wykonawcy E. P. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą „Denro-Flora” E. P. z siedzibą Knieja zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 1224/21 po stronie Zamawiającego,
- B) wykonawcy M. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „PPHU LASPOL” M. P. z siedzibą Knieja zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 1224/21 po stronie Zamawiającego,
- C) wykonawcy MatPark spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gródku nad Dunajcem zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 1224/21 po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów dotyczących zadania 17, tj. w zakresie zarzutu 2 i 3 oraz zarzutu 7 i 8 w zakresie w jakim dotyczą zadania 17, z uwagi na wycofanie zarzutów odwołania.
2. Uwzględnia odwołanie w części.

Nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności z dnia 13 kwietnia 2021 roku tj. wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania 2.

Nakazuje Zamawiającemu w zakresie zadania 2 wezwanie wykonawcy E. P. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą „Denro-Flora” E. P. z siedzibą Knieja, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 roku do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadanego doświadczenia.

W zakresie pozostałych zarzutów odwołanie oddala.

3. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Tauron Dystrybucja spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie i:
 - 1.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę BKW Usługi Komunalne spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Brzeznej tytułem wpisu od odwołania,
 - 1.2 zasądza od Zamawiającego Tauron Dystrybucja spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie na rzecz wykonawcy BKW Usługi Komunalne spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Brzeznej kwotę 3 100 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sto złotych zero groszy) stanowiącą stosunkowe koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. zm.) na niniejszy wyrok -

w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający – Tauron Dystrybucja spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „Wykonanie usługi serwisowej wycinki drzew, krzewów, podrostów i gałęzi w pasie czynnych linii elektroenergetycznych SN i WN na obszarze działania TAURON Dystrybucja S.A. Oddziały w Opolu, Częstochowie, Gliwicach, Będzinie i Bielsku – Białej”

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28 grudnia 2020 roku pod numerem 2020/252-637795.

23 kwietnia 2021 roku działając art. 513 pkt. 1 i pkt. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) dalej zwaną „PZP” w związku z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych, Odwołujący wniósł odwołanie od czynności i zaniechania czynności Zamawiającego, stanowiące podstawę do wniesienia odwołania:

- 1) brak wykluczenia z postępowania wykonawcy DENDRO-FLORA E. P. z siedzibą w Kniei, składającego oferty na zadania numer 2 i 13, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu (art. 24 ust. 1 pkt. 12);
- 2) brak odrzucenia oferty wykonawcy DENDRO-FLORA E. P. z siedzibą w Kniei, składającego oferty na zadania numer 2 i 13, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a nadto oferta została złożona przez wykonawcę, który podlegał wykluczeniu z postępowania (art. 89 ust. 1 pkt. 2 i 5 PZP);
- 3) brak wykluczenia z postępowania wykonawcy PPHU LASPOL M. P. z siedzibą w Kniei, składającego oferty na zadania numer 1,2,3,4,5,6,7,8,9,17, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu dla zadania numer 17 (art. 24 ust. 1 pkt. 12);
- 4) brak odrzucenia oferty wykonawcy PPHU LASPOL M. P. z siedzibą w Kniei, składającego oferty na zadania numer 1,2,3,4,5,6,7,8,9,17, której treść w zakresie zadania numer 17 nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a nadto oferta została złożona przez wykonawcę, który podlegał wykluczeniu z postępowania (art. 89 ust. 1 pkt. 2 i 5 PZP);
- 5) zaniechanie wezwania wykonawcy MATPARK Spółka z ograniczoną

- odpowiedzialnością z siedzibą w Gródku nad Dunajcem, składającego oferty na zadania numer 18,19, 20, 21, 22, która zawiera rażąco niską cenę w części dotyczącej oferty na zadania numer 18, 20, 21, 22 (art. 91 ust. 1a pkt. 1 PZP);
- 6) brak odrzucenia oferty wykonawcy MATPARK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gródku nad Dunajcem, składającego oferty na zadania numer 18,19, 20, 21, 22 która zawiera rażąco niską cenę w części dotyczącej oferty na zadania numer 18, 20, 21,22 (art. 89 ust. 1 pkt. 4 PZP);
- 7) wybór Jako najkorzystniejszej oferty:
- dla zadania numer 2 wykonawcy DENDRO-FLORA E. P. z siedzibą w Kniei, który podlegał wykluczeniu, a jego oferta podlegała odrzuceniu,
 - dla zadania numer 17 wykonawcy PPHU LASPOL M. P. z siedzibą w Kniei, który podlegał wykluczeniu, a jego oferta odrzuceniu,
 - dla zadania numer 18, 20, 21, 22 wykonawcy MATPARK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gródku nad Dunajcem, którego oferta podlegała odrzuceniu,
- 8) zaniechanie wyboru Oferty odwołującej się jako oferty najkorzystniejszej w zadaniach numer 2,17,18, 20, 21,22 spośród ofert nie podlegających odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej na zadania numer 2,17,18,20, 21,22.
2. Wykluczenia z postępowania wykonawcy DENDRO-FLORA E. P. z siedzibą w Kniei, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu (art. 24 ust. 1 pkt. 12).
3. Odrzucenia oferty wykonawcy DENDRO-FLORA E. P. z siedzibą w Kniei, składającego oferty na zadania numer 2 i 13, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a nadto oferta została złożona przez wykonawcę, który podlegał wykluczeniu z postępowania (art 89 ust. 1 pkt. 2 i 5 PZP).
4. Wykluczenia z postępowania wykonawcy PPHU LASPOL M. P. z siedzibą w Kniei, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zadania numer 17 (art. 24 ust. 1 pkt. 12).
5. Odrzucenia oferty wykonawcy PPHU LASPOL M. P. z siedzibą w Kniei, składającego oferty na zadania numer 1,2,3,4,5,6,7,8,9,17,: której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie oferty na zadanie 17, a nadto oferta została złożona przez wykonawcę, który podlegał wykluczeniu z postępowania (art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5 PZP).
6. Odrzucenia oferty wykonawcy MATPARK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością

z siedzibą w Gródku nad Dunajcem, składającego oferty na zadania numer 18, 19, 20, 21, 22, która zawiera rażąco niską cenę w zakresie oferty na zadania numer 18, 20, 21, 22 (art. 89 ust. 1 pkt. 4 PZP).

7. Dokonania ponownej oceny ofert oraz wyboru oferty Odwołującej się jako oferty najkorzystniejszej w zadaniach numer 2, 17, 18, 20, 21, 22 spośród ofert nie podlegających odrzuceniu.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, bowiem jak wynika z czynności wyboru ofert najkorzystniejszych, gdyby nie niezgodne z przepisami prawa działania i zaniechania Zamawiającego, oferta Odwołującej powinna być uznana za najkorzystniejszą w zakresie zadań Nr 2, Nr 17, Nr 18, Nr 20, Nr 21, Nr 22 - zatem w przypadku uwzględnienia przez Izbę w całości zarzutów niniejszego odwołania, będzie ona najkorzystniejsza, spośród ofert nie podlegających odrzuceniu.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty

Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest Wykonanie usługi serwisowej wycinki drzew, krzewów, podrostów i gałęzi w pasie czynnych linii elektroenergetycznych SN i WN na obszarze działania TAURON Dystrybucja S.A. Oddziały w Opolu, Częstochowie, Gliwicach, Będzinie i Bielsku - Białej. Przedmiot zamówienia został podzielony na 22 Zadania. Odwołujący podał, że każdy z wykonawców mógł złożyć ofertę na jedno albo wszystkie zadania.

Zamawiający w SIWZ sformułował warunki udziału w postępowaniu, w tym w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej, zobowiązujące wykonawcę do posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności, związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną nie niższą niż określone dla każdego zadania w tabeli, znajdującej się w punkcie 3.1.1.2. SIWZ. W celu wykazania spełnienia tego warunku wykonawca był zobowiązany przedłożyć, zgodnie z punktem 3.4.1. lit. a. SIWZ, Opłaconą Polisę, a w przypadku jej braku, inny dokument potwierdzający, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną określoną przez Zamawiającego.

W zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wykonawca zobowiązany był wykazać, że w okresie 3 lat przed upływem terminu do składania ofert (a jeśli a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych - wykonuje usługi:

- a) wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych - wykonuje usługi wycinki drzew, krzewów, podrostów i gałęzi w pasach czynnych linii elektroenergetycznych nN, SN, WN, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu (zakresu rzeczowego), dat wykonania i podmiotów na rzecz których usługi zostały wykonane (odbiorców) oraz załączeniem dowodów potwierdzających, że Usługi te zostały wykonane lub są wykonywane o łącznej wartości brutto nie mniejszej niż wskazane w tabeli do punktu 3.1.1.3. SIWZ.

W przypadku składania oferty na więcej niż jedno zadanie Przedmiotu Zamówienia, wartość usług zrealizowanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych realizowanych przez Wykonawcę w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, musi być nie mniejsza niż suma wartości zamówień określonych przez Zamawiającego dla poszczególnych części Przedmiotu Zamówienia, na które Wykonawca składa ofertą.

Dowód: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia

W zakresie zarzutów 1 i 2 - braku wykluczenia z postępowania wykonawcy DENDRO-FLORA E. P. z siedzibą w Kniei, składającego oferty na zadania numer 2 i 13, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku odrzucenia oferty wykonawcy DENDRO-FLORA E. P. z siedzibą w Kniei, składającego oferty na zadania numer 2 i 13, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a nadto oferta została złożona przez wykonawcę, który podlegał wykluczeniu z postępowania.

W dniu 26 lutego 2021 roku Zamawiający wystosował do wykonawcy DENDRO-FLORA E. P. wezwanie do uzupełnienia dokumentów, o których mowa w pkt. 3.3.8. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Na Wezwanie Zamawiającego, wykonawcą przedłożył m.in. Wniosek - polisą GoBiznes ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej numer ING090166, wystawioną przez WIENNER Towarzystwo Ubezpieczeń Spółka Akcyjna Vienna Insurance Group Z treści wniosko - polisy wynika, że obejmuje ona okres ubezpieczenia od 17 czerwca 2020 roku do 16 czerwca 2021 roku i powinna zostać opłacona przelewem do dnia 25 czerwca 2020 roku, lecz nie przedstawił dowodu opłacenia tej polisy.

Dowód: oferta wykonawcy DENDRO-FLORA E. P. w aktach postępowania

Zgodnie z § 2 ust. 2 pkt. 4 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r., który w niniejszym postępowaniu ma zastosowanie w oparciu o art. 97 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych, w celu

potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących sytuacji ekonomicznej lub finansowej zamawiający może żądać dokumentów potwierdzających, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumą gwarancyjną określoną przez zamawiającego.

Odwołujący wskazał na opinię zamieszczoną na stronie Urzędu Zamówień Publicznych, „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 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).”

„Innym dokumentem potwierdzającym, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, będzie inny niż polisa dokument potwierdzający zawarcie umowy ubezpieczenia, który potwierdza obligatoryjne elementy umowy ubezpieczenia, w szczególności te, o których mowa w art. 141 ustawy o działalności ubezpieczeniowej. Z treści tego dokumentu lub z załączonego do niego dodatkowych dokumentów powinien wynikać fakt opłacenia przez wykonawcę składki na ubezpieczenie zgodnie z treścią tej umowy nie później niż do upływu terminu składania ofert. Użyte bowiem przez ustawodawcę określenie „opłacona” odnosi się bowiem nie tylko do pojęcia „polisa”, ale również do objętego koniunkcją „innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia”.

Biorąc pod uwagę powyższe, 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 polisą można uznać za „inny dokument, potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony”, o którym mowa w rozporządzeniu. Należy ponadto wskazać, 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."

Odwołujący podał, że niezależnie od tego należy wskazać, że Wykonawca DENDRO-FLORA E. P. złożył oferty na zadania 2 oraz 13. W związku z wezwaniem Zamawiającego do wykazania, że Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu dla zadania numer 2, stosownie do treści punktu 3.1.1.3. SIWZ wykonawca powinien wykazać, że w okresie 3 lat przed upływem terminu do składania ofert, który przypadał na dzień 9 lutego 2021 r., wykonał określone w SIWZ usługi o łącznej wartości nie mniejszej niż 390 000 zł netto. Na wezwanie Zamawiającego, wystosowane w dniu 26 lutego 2021 r., wykonawca przedstawił dla zadania numer 2 przedmiot zamówienia referencyjnego tj. wykonanie usługi wycinki drzew, krzewów i gałęzi w pasach czynnych linii energetycznych, realizowanej w okresie od 26 lipca 2017r. do 26 lutego 2019 r. o wartości łącznej 539 996,00 zł. Usługa była wykonywana na rzecz innego podmiotu niż Zamawiający.

Odwołujący wskazał, że mając na uwadze, że termin składania ofert upływał w dniu 9 lutego 2021 r., wartość realizacji umowy powinna być policzona z okresu od 10 lutego 2018 r. do 26 lutego 2019 r., albowiem ani z wykazu usług, ani z treści referencji, nie można ustalić, czy w okresie, którego granice wyznaczył Zamawiający, wykonawca wykonał prace o minimalnej wartości 390 000 zł netto.

Dowód oferta wykonawcy DENDRO-FLORA E. P. w aktach postępowania

Obowiązek wykazania, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, ciążył na wykonawcy. W związku z tym, że wykonawca nie wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu (brak dowodu opłacenia polisy OC, posiadanie wymaganej zdolności technicznej lub zawodowej), Zamawiający powinien był wykluczyć wykonawcę, a jego ofertę odrzucić na tej podstawie, że została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu, a jej treść nie odpowiada treści Specyfikacji istotnych Warunków Zamówienia (art. 24 ust. 1 pkt. 12 PZP w zw. z art. 89 ust. 1 pkt. 2 i 5 PZP).

W zakresie zarzutów 3 i 4 - braku wykluczenia z postępowania wykonawcy PPHU

LASPOL M. P. z siedzibą w Kniei, składającego ofertę na zadania numer 1,2,3,4,5,6,7,8,9,17, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu dla zadania numer 17] oraz braku odrzucenia oferty wykonawcy PPHU LASPOL M. P. z siedzibą w Kniei, składającego ofertę na zadania numer 1,2,3,4,5,6,7,8,9,17, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia dla zadania numer 17, a nadto oferta została złożona przez wykonawcę, który podlegał wykluczeniu z postępowania w zakresie zadania 17.

Wykonawca PPHU LASPOL M. P. z siedzibą w Kniei, złożył ofertę na zadania numer 1,2,3,4,5,6,7,8,9,17. W związku z powyższym, stosownie do treści punktu 3.1.1.3. SIWZ wykonawca powinien wykazać dla każdego z zadań osobno, że w okresie w okresie 3 lat przed upływem terminu do składania ofert wykonał określone w SIWZ usługi, przy czym dla zadania 17 wartość usług została określona na 390 000 zł netto. Na wezwanie Zamawiającego, wystosowane w dniu 26 lutego 2021 r., wykonawca do zadania numer 17 przedstawił przedmiot dwóch zamówień referencyjnych, tj.:

- 1) wykonanie usługi wycinki drzew, krzewów i gałęzi pasach czynnych linii elektroenergetycznych SN w okresie od 01.01.2020 r. do 30.12.2020 r. o wartości 50 000 zł netto;
- 2) wykonanie usługi wycinki drzew, krzewów i gałęzi pasach czynnych linii elektroenergetycznych SN w okresie od 01.01.2018 r. do 31.12.2020 r. o wartości 347 933,63 zł netto,

co łącznie daje wartość robót referencyjnych 397 933,63 zł netto.

Mając na uwadze, że termin składania ofert upływał w dniu 9 lutego 2021 r., wartość realizacji umowy powinna być policzona z okresu od 10 lutego 2018 r. do 31 grudnia 2020 r.

Z referencji, wystawionych przez zamawiających usługi referencyjne, wynika, że:

- usługa pierwsza była wykonywana w okresie od 24.06.2020 r. do 19.08.2020 r. tj. w okresie krótszym niż wskazał wykonawca w wykazie wykonanych prac, niemniej jednak zakres czasowy realizacji usługi mieści się w ramach, zakreślonych przez Zamawiającego, zaś błędne wpisanie dat przez wykonawcę nie ma wpływu na ocenę skuteczności powołania się na te wiedzę i doświadczenie wykonawcy,

- na usługę drugą składają się pozycje, a mianowicie realizacja umowy numer ODB/ZAK/UU/AM/103/2016/OME o wartości 328 000 zł netto oraz realizacja zlecenia awaryjnego z dnia 28.01.2020 r. polegającego na usunięciu drzew zagrażających funkcjonowaniu linii 15kV GPZ Wisła - Czarne na kwotę 19 933,63 zł netto, a wartość tych usług referencyjnych wyliczono za okres od 01.01.2018 r. do 31.12.2020 r.

W odniesieniu do pozycji drugiej w oparciu o wystawione referencje nie można stwierdzić, jaka była wartość prac, zrealizowanych w okresie referencyjnym, zakreślonym przez Zamawiającego w SIWZ, albowiem dla umowy zawartej w 2016 roku podano wartość prac

zrealizowanych nie od 10 lutego 2018 r. lecz od 1 stycznia 2018 r., a więc także za okres nie podlegający uwzględnieniu z uwagi na treść SIWZ; nie wskazano również w jakiej dacie wykonana została usługa awaryjnego usunięcia drzew, zlecona w dniu 28 stycznia 2018 r., tj. Czy wykonano ją w okresie referencyjnym po dniu 9 lutego 2018 r. czy też przed tą datą, a zatem czy wartość tych prac może być uwzględniona w wartości referencyjnej dla wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Dowód oferta wykonawcy PPH U LASPOL M. P. z siedzibą w Kniei w aktach postępowania Obowiązek wykazania, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, ciążył na wykonawcy. Mając na uwadze, że Wykonawca nie sprostował temu obowiązkowi, Zamawiający był zobowiązany wykluczyć wykonawcę PPHU LASPOL M. P. z siedzibą w Kniei, a jego ofertę uznać za odrzuconą w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt. 5 PZP jako ofertę złożoną przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu.

W zakresie zarzutów 5 i 6 - Zaniechania wezwania wykonawcy MATPARK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gródku nad Dunajcem, składającego oferty na zadania numer 18, 19, 20, 21, 22, która zawiera rażąco niską cenę w części dotyczącej oferty na zadania numer 18, 20, 21, 22 oraz braku odrzucenia oferty wykonawcy MATPARK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gródku nad Dunajcem, składającego oferty na zadania numer 18, 19, 20, 21, 22, która zawiera rażąco niską cenę w części dotyczącej oferty na zadania numer 18, 20, 21, 22.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 a pkt. 1 PZP zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych, opisanych w art. 90 ust. 1 PZP, w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Jeżeli cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 PZP lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Ze względu na użycie przez ustawodawcę spójnika „lub” wyrażenie to musi być traktowane jako alternatywa nierozłączna, a więc wystarczy, aby zaszła jedna z tych przesłanek, żeby zamawiający był obowiązany zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny. Przez regulacje zawarte w art. 90 ust. 1a ustawy PZP, ustawodawca uszczegółowił wskazaną generalną zasadę występowania z żądaniem wyjaśnień w sprawie

rażąco niskiej ceny, wskazując na szczególne przypadki, w których żądanie złożenia wyjaśnień jest konieczne. Należy podkreślić, że ww. przepis nakłada na Zamawiającego obowiązek zwrócenia się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień. Obowiązek wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień ustawodawca odniósł do wartości matematycznie przeliczanych, pozostawiając jednak Zamawiającym możliwość ich oceny w konkretnym przypadku. W kontekście podejrzenia rażąco niskiej ceny z przywołanej regulacji wynika wskazówka interpretacyjna dla Zamawiającego, który powinien zwrócić uwagę na różnice na poziomie minimum 30% występujące w cenie całkowitej oferty w stosunku do:

1. wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług;
2. średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert;
3. wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług,

zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania. Jeśli mówimy o różnicy w stosunku do wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, należy wziąć pod uwagę szacunkową wartość zamówienia (bez podatku od towarów i usług), ustaloną z należytą starannością przed wszczęciem postępowania zgodnie z przepisami art. 32 i nast. ustawy PZP. Jest to więc wartość, którą zamawiający przyjął na etapie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dla ustalenia zasad i progów, na jakich dane postępowanie ma być prowadzone. Jeżeli oferta dotyczy części podzielonego zamówienia, należy porównać cenę oferty złożonej na daną część zamówienia z wartością tej części zamówienia. W wyniku zmian w ustawie PZP, art. 90 ust. 1a pkt 1 i 2 wyraźnie już stanowi, że punktem odniesienia do ceny oferty jest wartość przedmiotu zamówienia, powiększona o należny podatek od towarów i usług. W tym przypadku aktualnym pozostaje stanowisko wyrażane w orzecznictwie, iż dla porównania wartości zamówienia z ceną ofertową istotna jest faktyczna wartość brutto danego zamówienia.

Odnosząc się do średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert Zamawiający w tym zakresie powinien dokonać porównania matematycznego ceny ofertowej do średniej cen złożonych w postępowaniu ofert. Dla potrzeb tego porównania należy wziąć pod uwagę wszystkie złożone w terminie w postępowaniu oferty, również te, które zostały już przez zamawiającego odrzucone na podstawie z art. 89 ust. 1 ustawy PZP, czy też podlegają takiemu odrzuceniu. Takie stanowisko zostało również przyjęte w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 sierpnia 2015 r. (sygn. akt KIO 1647/15), w którym to Izba wskazała, że z treści art. 90 ust. 1 ustawy PZP nie wynika, by ustawodawca wprowadził możliwość pomijania cen niektórych ofert. W zakresie kwestionowanych zadań nie było jednak przypadku odrzucenia jakiegokolwiek oferty.

Co do wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania

zauważyć należy, że ustawodawca wprowadził w tym zakresie nowy instrument służący badaniu, czy cena ofertowa nie jest rażąco niska. Ustawodawca, wskazując na wartość zamówienia z całą pewnością miał na myśli - tak jak to ma miejsce w przypadku regulacji zawartej w art. 90 ust. 1 a pkt 1 ustawy PZP - szacunkową wartość zamówienia bez podatku od towarów ustaloną z należyłą starannością przed wszczęciem postępowania na podstawie art. 32 i nast. ustawy PZP, którą Zamawiający dla celów porównywalności ma obowiązek powiększyć o należy podatek od towarów i usług. Wartość ta jako punkt wyjścia powinna być brana pod uwagę przez Zamawiającego, który zdecyduje się dokonać jej aktualizacji w trakcie trwania procedury udzielenia zamówienia publicznego. Aktualizacja tej wartości sprowadza się do wzięcia pod uwagę przez Zamawiającego zmian zachodzących w gospodarce, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, z którymi możemy mieć do czynienia w szczególności w trakcie długotrwałej procedury udzielania zamówienia publicznego, kiedy od szacunku wartości zamówienia do oceny ofert upłynął znaczny okres, w czasie którego nastąpiła znacząca zmiana sytuacji na rynku towarów i usług.

Odwołujący wskazał na orzeczenie Izby: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 grudnia 2018 r. sygn. akt KIO 2471/18, wyrok z dnia 19 lipca 2017 r sygn. akt KIO 1356/17 oraz wyrok z dnia 23 lutego 2021 r sygn. akt KIO 291/21).

Według danych, wynikających z protokołu postępowania o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego numer 2020/TD-CIM/TD-CIM/02623/S, Zamawiający dla zadań numer 18, 20, 21, 22 wskazał następującą wartość brutto (wartość netto wskazana w pozycji 2.4. protokołu, powiększona o należny podatek VAT w wysokości 8%):

- 1) Zad. 18 kwotę 3 134 160,00 zł brutto
- 2) Zad. 20 kwotę 1 774 440,00 zł brutto
- 3) Zad. 21 kwotę 2 678 400,00 zł brutto
- 4) Zad. 22 kwotę 2 090 880,00 zł brutto

Na powyższe zadania wykonawca MATPARK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gródku nad Dunajcem złożył oferty o niżej podanej wartości, a zamawiający wybrał je jako oferty najkorzystniejsze, bez wdrożenia procedury wyjaśnienia rażąco niskiej ceny z art. 90 ust. 1a pkt. 1 PZP:

- 1) Zad. 18 kwotę 1 727 213,76 zł brutto, co stanowi 55,11% wartości zadania określonej przez Zamawiającego
- 2) Zad. 20 kwotę 2 113 319,16 zł brutto, co stanowi 59,64 % wartości zadania określonej przez Zamawiającego
- 3) Zad. 21 kwotę 1 531 499,40 zł brutto, co stanowi 57,18 % wartości zadania określonej przez Zamawiającego oraz 66,87% średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert

4) Zad. 22 kwotą 1 363 051,80 zł brutto, co stanowi 65,19 % wartości zadania określonej przez Zamawiającego

We wszystkich przypadkach cena tego wykonawcy jest niższa o ponad 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, a w przypadku zadania numer 21 także w odniesieniu do średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.

Z dokumentów, udostępnionych na wezwanie Odwołującego przez Zamawiającego, nie wynika, aby Zamawiający wezwał wykonawcę MATPARK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gródku nad Dunajcem do złożenia wyjaśnień, wykazujących że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską pomimo ziszczenia się ustawowych przesłanek, obligujących Zamawiającego do wystosowania takiego wezwania.

Dowód: akta postępowania o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego numer 2020/TD-CN/TD-CN/02623/S

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że pomimo istnienia obiektywnych okoliczności Zamawiający rozstrzygnął niniejsze postępowanie w zakresie zadań numer 18, 20, 21, 22 tak, jakby nie występowały żadne wątpliwości co do ceny zaoferowanej przez wykonawcę MATPARK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gródku nad Dunajcem.

Powyższy obowiązek wynika wprost z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, a potwierdzony został ugruntowaną linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej. Zgodnie z art. 90 ust. 1a pkt 1 p.z.p. Zamawiający co do zasady ma obowiązek wezwać wykonawcę do wyjaśnień, z jednym wszakże wyjątkiem, mianowicie: gdy rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Innymi słowy, ustawodawca w ww. przepisie przewidział wyjątek od obowiązku wzywania wykonawcy do wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny. Wyjątek ten dotyczy sytuacji, gdy wprawdzie cena oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o VAT lub od średniej arytmetycznej złożonych ofert, ale jednocześnie sytuacja ta jest wynikiem okoliczności oczywistych, nie wymagających wyjaśnienia (wyrok KIO z dnia 14 grudnia 2018 r., KIO 2499/18). W niniejszej sprawie takie okoliczności nie zachodzą.

Mając powyższe na uwadze, Zamawiający naruszył swój ustawowy obowiązek wezwania wykonawcy MATPARK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gródku nad Dunajcem, do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny wraz z dowodami, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską. Patrząc na dysproporcje pomiędzy wartością zamówienia, oszacowaną przez Zamawiającego oraz cenami ofert innych wykonawców a cenami zaoferowanymi przez wykonawcę MATPARK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gródku nad Dunajcem, nie budzi wątpliwości w ocenie Odwołującego, że ceny te są cenami rażąco niskimi, nierealistycznymi, niewiarygodnymi w kontekście aktualnej sytuacji rynkowej. W związku z powyższym

Zamawiający nie był uprawniony do wybrania oferty wykonawcy MATPARK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gródku nad Dunajcem jako oferty najkorzystniejszej dla zadania numer 18, 20, 21 i 22, skoro zaniechał swojego obowiązku badania kwestii rażąco niskiej ceny oferty w tych zadaniach, a cena ta jest ceną rażąco niską. Oferta tego wykonawcy powinna być odrzucona w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt. 4 PZP.

W zakresie zarzutu 7 i 8 - wyboru jako najkorzystniejszej oferty;

- 1) dla zadania numer 2 wykonawcy DENDRO-FLORA E. P. z siedzibą w Kniei, który podlegał wykluczeniu, a jego oferta podlegała odrzuceniu,
- 2) dla zadania numer 17 wykonawcy PPHU LASPOL M. P. z siedzibą w Kniei, który podlegał wykluczeniu, a jego oferta odrzuceniu,
- 3) dla zadania numer 18, 20, 21, 22 wykonawcy MATPARK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gródku nad Dunajcem, którego oferta podlegała odrzuceniu

oraz zaniechania wyboru Oferty odwołującej się jako oferty najkorzystniejszej w zadaniach numer 2, 17, 18, 20, 21, 22 spośród ofert nie podlegających odrzuceniu.

Odwołujący podał, że w konsekwencji zarzutów podnoszonych powyżej, Zamawiający dokonał wyboru, jako najkorzystniejszych, ofert, które powinny zostać odrzucone z powodu naruszenia przez Zamawiającego przepisów prawa, w szczególności szeroko opisanych wcześniej naruszeń ustawy prawo zamówień publicznych.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz uczestników postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i uczestników postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba wskazuje, że zgodnie z treścią art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020, dalej: ustawy wprowadzającej), do postępowań odwoławczych i 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 - czyli ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 poz. 2019 ze zm. dalej: „ustawa z 2019 r.”).

Oznacza to, że dla rozpoznania w procedurze odwoławczej przedmiotowego odwołania właściwe są przepisy ustawy dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 poz. 2019 ze zm.), natomiast w zakresie procedury o udzielenie zamówienia publicznego właściwe są przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.; dalej „ustawy”).

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 nowej ustawy skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 23 kwietnia 2021 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co zostało potwierdzone przez Odwołującego na posiedzeniu oraz wynika z akt sprawy odwoławczej.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 505 ust 1 nowej ustawy – 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 - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z par. 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku *w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą* (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła stanowisko prezentowane przez Zamawiającego w piśmie z dnia 30 czerwca 2021 roku „Odpowiedź na odwołanie”. Izba dopuściła dowody zawnioskowane przez Zamawiającego i załączone do pisma.

Izba uwzględniła stanowisko zawarte w piśmie procesowym z dnia 28 czerwca 2021 roku „Stanowisko przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego” wykonawcy E. P. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą „Denro-Flora” E. P. z siedzibą Knieja (dalej: Dendo-Flora). Izba dopuściła dowód zawnioskowany i załączony do pisma – potwierdzenie dokonania przelewu – dupliat.

Izba dopuściła dowód nr 1 (2 karty) zawnioskowany i złożony w trakcie rozprawy przez wykonawcę MatPark spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gródku nad Dunajcem (dalej: MatPark) – wyciąg z pisma Zamawiającego z dnia 29 czerwca 2021 r. złożonego w sprawie odwoławczej o sygnaturze akt KIO 1296/21 i zestawienie własne, kalkulację własną dot.: wyliczenie średniej ceny za kilometr brutto w każdym z czterech zadań.

Izba uwzględniła także stanowiska i oświadczenia Stron i uczestników postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu.

Umorzenie postępowania odwoławczego w części:

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów dotyczących zadania 17, tj. w zakresie zarzutu 3 i 4 oraz zarzutu 7 i 8 w zakresie w jakim dotyczą zadania 17, z uwagi na wycofanie zarzutów odwołania w trakcie posiedzenia z udziałem stron postępowania odwoławczego.

Zgodnie z art. 568 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 poz. 2019 ze zm.; dalej „nowej ustawy”) Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania.

Wymaga odnotowania, że jedynie część zarzutów odwołania może zostać skierowana do rozpoznania na rozprawie, jak również w trakcie rozprawy część zarzutów odwołania może zostać np. uwzględniona przez Zamawiającego albo – jak ma to miejsce w rozpoznawanej sprawie - wycofana przez Odwołującego. W przypadku cofnięcia części zarzutów odwołania na posiedzeniu Izba postanowienie o umorzeniu postępowania w tej części zarzutów zawiera w tenorze wyroku.

Izba skierowała do rozpoznania na rozprawie zarzuty nieuwzględnione, czyli zarzut nr 1 i 2, 5 i 6 oraz 7 i 8 w zakresie w jakim nie dotyczą zadania 17.

Na podstawie **art. 552 ust. 1 ustawy z 2019** Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

W zakresie zarzutów odwołania:

W zakresie zarzutu (1) brak wykluczenia z postępowania wykonawcy DENDRO-FLORA E. P. z siedzibą w Kniei, składającego oferty na zadania numer 2 i 13, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu (art. 24 ust. 1 pkt. 12):

- a) w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej – Izba uznała zarzut za niezasadny.
- b) w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej – Izba uznała zarzut za zasadny.

Na wstępie wymaga wskazania, że zarzut odwołania dotyczy jedynie zadania 2, natomiast podana w treści zarzutu informacji odnosi się do faktycznie złożonej przez Dendro-Flora oferty w zakresie zadania 2 i zadania 13.

W zakresie zarzutu 1 a:

Na wstępie Izba ustaliła, że Zamawiający zgodnie z SIWZ punkt 3.1 Warunki udziału w Postępowaniu wymagał:

3.1.1 O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 i ust. 5 PZP, z zastrzeżeniem art. 133 ust. 4 PZP, oraz spełniają warunki, określone na podstawie art. 22 ust. 1 PZP, które zgodnie z art. 22 ust. 1b dotyczą:

3.1.1.2 Sytuacji ekonomicznej lub finansowej

Zamawiający uzna, że Wykonawca spełnia warunek udziału w Postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej, jeżeli Wykonawca wykaże, że:

- posiada ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z Przedmiotem Zamówienia na sumę gwarancyjną nie niższą niż równowartość zgodnie z poniższą tabelą:

**Tabela* wartość sumy gwarancyjnej 1 500 000,00 zł*

W przypadku składania oferty na więcej niż jedno zadanie, Zamawiający uzna, że Wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący sytuacji ekonomicznej lub finansowej, jeśli Wykonawca udowodni posiadanie polisy OC lub innego dokumentu potwierdzającego, że posiada ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej o wartości nie niższej niż określona dla zadania, dla którego wymagania są wyższe.

Zamawiający określił:

3.4 W celu wykazania spełnienia przez Wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 PZP, Wykonawca powinien przedłożyć następujące dokumenty/oświadczenia:

3.4.1 W celu wykazania spełnienia przez Wykonawcę warunków, o których mowa w pkt 3.1.1.2:

a) *Oplaconą Polisę, a w przypadku jej braku, inny dokument potwierdzający, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną określoną przez Zamawiającego.*

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 26 lutego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy: *TAURON Dystrybucja S.A. - Zamawiający działając stosownie do regulacji art. 26 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wzywa Wykonawcę do złożenia oświadczeń i dokumentów, o których mowa w pkt 3.3.8 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu i spełnienia przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego – w zakresie zadania nr 2,13.*

Wykonawca Dndro-Flora przedstawił między innymi dokument nazwany:

Wniosek – Polisa GO Biznes seria i numer ING090166 z okresem ubezpieczenia od 17 czerwca 2020 roku godz. 0:00 do 16 czerwca 2021 roku godz. 24:00.

W polisie wskazano również: *rodzaj umowy Kontynuacja do polisy nr INF 243302.*

Wskazany został również termin płatności składki do dnia 25 czerwca 2020 r., w kwocie 2 471, 00 zł. Suma gwarancyjna 1 500 000,00 zł.

Izba stwierdziła, w oparciu o zgromadzone w sprawie dokumenty – dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, że ocena spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej w zakresie posiadania ochrony ubezpieczeniowej od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną określoną przez zamawiającego dokonana przez Zamawiającego, w odniesieniu do zdania 2 (bowiem tej części dotyczy odwołanie) była prawidłowa.

Przedstawiony przez Dendra-Flora dokument *Wniosek – Polisa GO Biznes seria i numer ING090166* odpowiada ukształtowanym w przepisach wymaganiom.

Zgodnie z art. 22c ust. 1 pkt 3 ustawy („ustawy” – w każdym miejscu chodzi o PZP z 2004 roku) w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących sytuacji finansowej lub ekonomicznej, zamawiający może wymagać od wykonawców w szczególności posiadania przez wykonawcę odpowiedniego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej. W takim zakresie przepis określa wymagania jakie może ukształtować Zamawiający. Zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy o zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełnią warunki udziału w postępowaniu. Zgodnie z pkt 3.1.1.2 *Sytuacji ekonomicznej lub finansowej*, Zamawiający podał, że uzna za spełniony warunek w zakresie sytuacji

ekonomicznej lub finansowej, jeżeli Wykonawca wykaże, że - *posiada ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z Przedmiotem Zamówienia na sumę gwarancyjną nie niższą niż równowartość (...) wartość sumy gwarancyjnej 1 500 000,00 zł.* Ustawodawca w art. 25 ust. 1 pkt 1 wskazał, że postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń i dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, które wskaże w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ, a dotyczących spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zgodnie z art. 25 ust. 2 ustawy, rodzaje dokumentów jakich może żądać Zamawiający określa Rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (tj. Dz. U. z 2020 r. poz. 1282, dalej: „rozporządzenie”). Na podstawie § 2 ust. 2 pkt 4 Rozporządzenia z 2016 r. w celu potwierdzenia spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących sytuacji ekonomicznej lub finansowej, zamawiający może żądać m.in. dokumentów potwierdzających, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną określoną przez zamawiającego.

Z przedstawionego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez Dendra-Flora dokumentu wynika jednoznacznie, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną określoną przez zamawiającego tj. 1 500 000,00. Wynika w sposób jednoznaczny z tych dokumentów, że na dzień otwarcia ofert wykonawca posiadał ochronę ubezpieczeniową. Słusznie dostrzegł również Zamawiający, że z treści złożonego dokumentu wynika jednoznacznie, że Dendro-Flora została objęta ochroną ubezpieczeniową jeszcze przed terminem zapłaty składki. Dostrzec należy również, że przedstawiona polisa stanowi kontynuację do wcześniej zawartej polisy ubezpieczeniowej. Z przedstawionego przez Dendro-Flora za pismem procesowym dowodu wynika również, że polisa została opłacona w sierpniu ubiegłego roku. Z obowiązujących przepisów prawa nie wynika, aby wykonawca obowiązany był do przedstawiania dowodu potwierdzenia opłacenia składki polisy ubezpieczeniowej. Argumentacja Odwołującego zawarta w odwołaniu, w tym odwołanie do opinii Prezesa UZP odnosi się do stanu prawnego, który już nie obowiązuje.

W zakresie zarzutu 1 b):

Na wstępie Izba ustaliła, że Zamawiający zgodnie z SIWZ punkt 3.1 Warunki udziału w Postępowaniu wymagał:

3.1.1.3 Zdolności technicznej lub zawodowej

Zamawiający uzna, że Wykonawca spełnia warunek udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, jeżeli Wykonawca wykaże że:

a) wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych – wykonuje usługi wycinki drzew, krzewów, podrostów i gałęzi w pasach czynnych linii elektroenergetycznych nN, SN, WN, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu (zakresu rzeczowego), dat wykonania i podmiotów na rzecz których usługi zostały wykonane (odbiorców) oraz załączeniem dowodów potwierdzających, że Usługi te zostały wykonane lub są wykonywane należycie o łącznej wartości brutto nie mniejszej niż:

Tabela Wartość usług netto PLN – 390 000,00

W przypadku składania oferty na więcej niż jedno zadanie Przedmiotu Zamówienia, wartość usług zrealizowanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych realizowanych przez Wykonawcę w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, musi być nie mniejsza niż suma wartości zamówień określonych przez Zamawiającego dla poszczególnych części Przedmiotu Zamówienia, na które Wykonawca składa ofertę.

Dokumenty potwierdzające, że usługi wskazane w wykazach zostały wykonane należycie, np. poświadczenia powinny być wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia – wystarczającym będzie oświadczenie Wykonawcy. W przypadku, gdy Zamawiający jest podmiotem na rzecz którego usługi wykazane w wykazach, zostały wykonane, Wykonawca nie ma obowiązku przedkładania tych dokumentów.

Zamawiający określił:

3.4 W celu wykazania spełnienia przez Wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 PZP, Wykonawca powinien przedłożyć następujące dokumenty/oświadczenia:

3.4.1 (...)

3.4.2 W celu wykazania spełnienia przez Wykonawcę warunków, o których mowa w pkt 3.1.1.3.:

a) wykaz usług (dla każdego zadania osobny) wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy

czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie Wykonawcy; w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. Wzór wykazu stanowi Załącznik nr 3 do SIWZ.

Wykonawca Dendro-Flora dla zadania 2 – tego zadania dotyczy zarzut odwołania – przedstawił w załączniku nr 3 – Wykaz usług dla tego zadania jedną usługę:

Wycinka drzew, krzewów i gałęzi w pasach czynnych linii energetycznych NN,

na kwotę wartość netto - 539 996,00 zł netto,

termin realizacji – 26.07.2017r. – 26.02.2019r.

Odbiorca - *Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe Laspol M. P. .*

Do Wykazu usług została załączona referencja z dnia 3 marca 2021 roku, wystawiona przez wskazanego w Wykazie usług odbiorcę. Z referencji wynikają informacje podane w Wykazie usług jak również to, że usługa była realizowana na rzecz PSE spółka akcyjna z siedzibą w Konstancinie Jeziornej.

Izba ustaliła, że termin składania ofert w przedmiotowym postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego upływał 9 lutego 2021 roku.

Izba stwierdziła, w oparciu o zgromadzone w sprawie dokumenty – dokumentację postępowania o udzielnie zamówienia publicznego, że ocena spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej w zakresie posiadanego doświadczenia dokonana przez Zamawiającego w odniesieniu do zdania 2 (bowiem tej części dotyczy odwołanie) była nieprawidłowa.

Izba wskazuje, że zgodnie z poczynionymi ustaleniami na podstawie dokumentacji postępowania o udzielnie zamówienia publicznego dla potwierdzenia warunku doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed pływem terminu składania ofert tj. 9 lutym 2021 rokiem, wykonawca Dendro-Flora wskazał doświadczenie z okresu 26.07.2017r. – 26.02.2019r. Oznacza to, że doświadczenie jakim wykazał się wykonawca, co dotyczy również wartości kwotowej pozyskanego doświadczenia, w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego może być brane przez Zamawiającego pod uwagę, jedynie w zakresie referencyjnym tj. od 9 lutego 2018 roku do 26 lipca 2017 roku. Okres jaki wynika z ukształtowanego warunku liczyć należy od 9 lutego 2018 do 9 lutego 2021 roku.

Z przedstawionego Wykazu usług oraz załączonej referencji nie wynika jak była wartość zrealizowanej i wskazanej przez Dendro-Flora usługi w okresie od 9 lutego 2018 roku do 26 lipca 2017 roku. Izba podziela stanowisko prezentowane przez Odwołującego, że to po stronie wykonawcy ukształtowany jest obowiązek wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

W ocenie Izby wskazane przez Zamawiającego w piśmie procesowym dokonanie przeliczenia przez Zamawiającego, gdzie Zamawiający podał, że *wziął pod uwagę wyłącznie kwotę usług zrealizowanych w okresie referencyjnym poprzez przyjęcie proporcjonalnego podziału kwotowego na poszczególne miesiące i lata, wyłączając z obliczeń okres niewliczający się do okresu referencyjnego w nin. Postępowaniu*, również nie znajduje uzasadnienia w dokumentach przedstawionych przez wykonawcę. W treści dokumentów brak jest informacji, że kwotowo wartość realizacji w każdym miesiącu była taka sama. Tym samym Izba uznała czynność Zamawiającego za nieprawidłową, a co za tym idzie czynność ta nie pozwala na uznanie, że wykonawca Dendro-Flora w okresie referencyjnym zrealizował usługę o wartości minimum 390 000,00 zł netto.

Izba wskazuje, że Zamawiający dokonując oceny spełnienia warunku udziału przez mógł skorzystać z możliwości pozyskania dodatkowych informacji, do jakich upoważnia go przepis rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016r. *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia* (dalej: Rozporządzenia), na podstawie którego, zgodnie z § 2 ust. 6 Zamawiający jest uprawniony „jeżeli wykaz, oświadczenia lub inne złożone przez wykonawcę dokumenty budzą wątpliwości zamawiającego, może on zwrócić się bezpośrednio do właściwego podmiotu, na rzecz którego roboty budowlane, dostawy lub usługi były wykonane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, o dodatkowe informacje lub dokumenty w tym zakresie.” Zamawiający nie skorzystał z tej prawem dopuszczonej możliwości, nie skorzystał również z możliwości wyjaśnienia bezpośrednio przez Dendro-Flora tej okoliczności.

Nie można podzielić stanowiska prezentowanego przez Dendro-Flora w piśmie procesowym a odnoszącego się do tego, że Zamawiający ma ocenić fakt zakończenia realizacji usługi w terminie referencyjnym niezależnie od terminu jej rozpoczęcia jak również wartości kwotowej w terminie referencyjnym. Stanowisko takie prowadziłoby do patologicznego z punktu widzenia badania w ramach postępowania warunku posiadanego doświadczenia, bowiem można byłoby wtedy stwierdzić, że sam fakt zakończenia realizacji danej usługi np. w pierwszym dniu okresu referencyjnego potwierdza posiadane doświadczenie. Jest to sprzeczne z tym, że bada się doświadczenie nabyte *w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie*. Tylko to doświadczenie nabyte w okresie referencyjny i jego kwotowe odwzorowanie stanowi

materie podlegającą ocenie. Takie stanowisko w orzecznictwie Izby i sądów powszechnych jest jednoznaczne, gwarantujące również dokonanie oceny wykonawców z poszanowaniem zasad prawa zamówień publicznych.

Mając na uwadze powyższe w ocenie Izby Zamawiający nieprawidłowo dokonał oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych i zawodowej w odniesieniu do posiadanego doświadczenia przez Dendro-Flora, co powoduje, że ziszczy się przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy, zgodnie z którym wyklucza się z udziału w postępowaniu wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Jednakże nie jest możliwe wykluczenie wykonawcy z postępowania bez uprzedniego wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających wykazanie spełnienia ukształtowanego warunku udziału w postępowaniu. Tym samym, Izba uwzględniając zarzut nakazała Zamawiającemu, w zakresie zadania 2 wezwanie wykonawcy E. P. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą „Denro-Flora” E. P. z siedzibą Knieja, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 roku do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadanego doświadczenia. W konsekwencji powyższego nieprawidłowo został dokonany wybór oferty wykonawcy w zakresie zadania 2.

W zakresie zarzutu (2) braku odrzucenia oferty wykonawcy DENDRO-FLORA E. P. z siedzibą w Kniei, składającego oferty na zadania numer 2 i 13, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a nadto oferta została złożona przez wykonawcę, który podlegał wykluczeniu z postępowania (art. 89 ust. 1 pkt. 2 i 5 PZP) – Izba uznała zarzut za niezasadny.

Izba mając na uwadze całą argumentację zawartą w rozpoznaniu zarzutu 1 (powyżej) wskazuje, że niezasadny jest zarzut odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5 ustawy.

Na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy zgodnie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3, do odrzucenia oferty o ile jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ). Odrzucenie oferty, biorąc pod uwagę dodatkowo zastrzeżenie jakie uczynił ustawodawca, nie może nastąpić z powodów formalnych, błahych nie wpływających na treść złożonej oferty oraz nie może nastąpić, gdy Zamawiający ma możliwość poprawienia błędów jakie zawiera oferta. Wskazać należy, co ugruntowane jest w orzecznictwie Izby oraz sądów powszechnych, że o zgodności treści oferty z treścią SIWZ przesądza ich porównanie. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ

należy oceniać z uwzględnieniem pojęcia oferty zdefiniowanego w art. 66 Kodeksu cywilnego, czyli niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami Zamawiającego w odniesieniu do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia.

W ramach argumentacji podnoszonej przez Odwołującego nie ma uzasadnienia faktycznego dotyczącego niezgodności złożonego w ofercie oświadczenia woli z SIWZ. Dokumenty Wykazu usług stanowią oświadczenia wiedzy, a ewentualny podstawa do wykluczenia skutkuje uznaniem oferty wykonawcy za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy.

W zakresie wskazanego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy jest to regulacja prawna mająca zastosowanie do postępowania dwuetapowego, np. przetargu ograniczonego. To oznacza, że w ramach tego postępowania o udzielnie zamówienia publicznego przepis ten nie ma zastosowania z uwagi na tryb w jakim ono jest prowadzone.

W zakresie zarzutu (5) zaniechania wezwania wykonawcy MATPARK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gródku nad Dunajcem, składającego oferty na zadania numer 18,19, 20, 21, 22, która zawiera rażąco niską cenę w części dotyczącej oferty na zadania numer 18, 20, 21, 22 (art. 91 ust. 1a pkt. 1 PZP) – Izba uznała zarzut za niezasadny.

Izba stwierdza w pierwszej kolejności, że odwołanie dotyczy zadania 18, 20, 21, 22.

Izba ustaliła, że Zamawiający określił w Protokole postępowania następujące wartości zamówienia dla poszczególnych zadań:

- zadanie 18 – 2 902 000,00 zł netto,
- zadanie 20 – 3 281 000,00 zł netto,
- zadanie 21 – 2 480 000,00 zł netto
- zadanie 22 – 1 936 000,00 zł netto.

W punkcie 11 Protokołu postępowania Zamawiający podał kwoty jakie zamierza przeznaczyć na sfinansowanie:

- zadanie 18 – 3 134 160,00 zł brutto
- zadanie 20 – 3 543 480,00 zł brutto,
- zadanie 21 – 2 678 400,00 zł brutto
- zadanie 22 – 2 090 880,00 zł brutto.

Wykonawca MatPark spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gródku nad Dunajcem (dalej: MatPark), złożył oferty w poszczególnych zadaniach na kwoty:

- zadanie 18 - 1 727 213,76 zł brutto,
- zadanie 20 - 2 113 319,16 zł brutto
- zadanie 21 – 1 531 499,40 zł brutto,
- zadanie 22 - 1 363 051,80 zł brutto.

Zgodnie ze stanowiskiem Odwołującego:

- zadanie 18 - 1 727 213,76 zł brutto stanowi 55,11% wartości zadania określonej przez Zamawiającego,
- zadanie 20 - 2 113 319,16 zł brutto stanowi 59,64 % wartości zadania określonej przez Zamawiającego,
- zadanie 21 kwotą - 1 531 499,40 zł brutto stanowi 57,18 % wartości zadania określonej przez Zamawiającego (66,87% średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert),
- zadanie 22 – 1 363 051,80 zł brutto, co stanowi 65,19 % wartości zadania określonej przez Zamawiającego.

Zamawiający wskazał w piśmie procesowym, że:

- zadanie 18 - 1 727 213,76 zł brutto stanowi 76 % w stosunku ceny oferty do średniej arytmetycznej ofert w tym zadaniu wynoszącej 2 270 210,00 zł brutto
- zadanie 20 - 2 113 319,16 zł brutto stanowi 86 % w stosunku ceny oferty do średniej arytmetycznej ofert w tym zadaniu wynoszącej 2 453 105,58 zł brutto
- zadanie 21 kwotą - 1 531 499,40 zł brutto stanowi 72 % w stosunku ceny oferty do średniej arytmetycznej ofert w tym zadaniu wynoszącej 2 138 528,05 zł brutto
- zadanie 22 – 1 363 051,80 zł brutto, stanowi 81 % w stosunku ceny oferty do średniej arytmetycznej ofert w tym zadaniu wynoszącej 1 682 690,55 zł brutto.

Izba stwierdziła na podstawie Protokołu postępowania pkt 12 – zestawienie ofert, że dla wyliczenia średniej arytmetycznej ofert dla każdego zadania Zamawiający uwzględnił wszystkie złożone w poszczególnych zadaniach ofert. Zgodnie z pkt 17 Protokołu postępowania, Zamawiający odrzucił jedną ofertę w zakresie zadania 14.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy w przypadku, gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej

o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, Zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;

Izba podkreśla w tym miejscu, że procedura wezwania do złożenia wyjaśnień z art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy stanowi obowiązek Zamawiającego, z jednym wskazanym przez ustawodawcę wyjątkiem. Ten wyjątek polega na tym, że rozbieżność pomiędzy ceną całkowitą oferty a wartością zamówienia powiększoną o podatek należny lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert wynikać musi z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Jednocześnie obowiązek wezwania, w przypadku gdy nie zachodzi wyjątek o którym mowa wyżej, aktualizuje się w przypadku którejkolwiek z zaistniałych dwóch przesłanek, a ustawowy wyjątek odnosi się również do każdej z osobna.

W zakresie wskazanych zadań 18, 20, 21 i 22 dochodzi do ziszczenia się jednej z przesłanek wskazanych w art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy i to jest fakt, któremu nie zaprzeczano. Jak wskazał Odwołujący – co zostało przez Izbę wyżej ustalone i co nie było kwestionowane przez Zamawiającego i MatPark – w każdym z ww. zadań wartość złożonej przez MatPark oferty była niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług. Oznacza to, że jedna z dwóch wymienionych w przepisie przesłanek aktualizujących obowiązek wezwania do złożenia wyjaśnień zaktualizowała się. W tym miejscu dochodzi do badania zaistnienia wyjątku jaki określa ustawa, który w przypadku zaistnienia stanowi o odstąpieniu od ustawowego obowiązku.

W ocenie Izby Zamawiający wykazał w trakcie rozprawy, że oceniając złożone oferty w kontekście przesłanek z art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy prawidłowo stwierdził, że rozbieżność w cenie ofert w poszczególnych ww. zadaniach oraz szacunkowej wartości zamówienia wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.

Zgodzić się należy z twierdzeniem, że Zamawiający, jako operator systemu dystrybucyjnego, na którym ciąży obowiązek utrzymania linii elektroenergetycznych w stanie umożliwiającym zapewnienie niezawodnych dostaw energii, na bieżąco organizuje postępowania mające m.in. na celu wycinkę i przycinkę drzewostanu w obrębie linii elektroenergetycznych. To pozwala przyjąć za zasadne, i nie kwestionowane w trakcie rozprawy, że Zamawiający posiada ogromne doświadczenie w organizacji takich postępowań. Jak wskazał Zamawiający z doświadczeniem jakie posiada, z uwagi na charakter przedmiotu postępowania (wykonanie wycinki przycinki drzewostanu znajdującego się wokół linii elektroenergetycznych), powszechnym i występującym w niemal każdym takim postępowaniu

przypadkiem, jest duże zróżnicowanie wyceny usług. Zamawiający wyjaśnił również, że tak duża rozpiętość średnich stawek pomiędzy poszczególnymi zadaniami wynika przede wszystkim z następujących czynników: konkurencyjności lokalnego rynku wykonawców i podwykonawców; stopnia zadrzewienia dla danego zadania; utrudnień terenowych (tereny góryste, miejskie, pola uprawne itp.), czy też stopnia zurbanizowania obszaru zadania; innych uwarunkowań, takich jak znajomości lokalnej społeczności i trudności w uzyskiwaniu zgód na wejście w teren w celu wykonania prac wycinkowych.

Wymaga wskazania, że również Odwołujący wyjaśniał, że to ceny ofert złożone w postępowaniu stanowią faktyczne odniesienie do badania zaoferowanej w postępowaniu ceny oferty. Jak wynika natomiast z prezentowanych przez Zamawiającego danych, co zostało podane wyżej, cena oferty MatPark dla zadań 18, 20, 21 i 22 nie była w żadnym przypadku o więcej niż 30% niższa od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert w poszczególnych zadaniach.

W ocenie Izby argumentacja Zamawiającego, mając na uwadze szczególny charakter usługi jaka stanowi przedmiot zamówienia uzasadnia w sposób wystarczający, że rozbieżność w stosunku do szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o wymagany podatek wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Zamawiający wyjaśniał również, że w związku ze szczególnym charakterem przedmiotu zamówienia, co zostało wskazane powyżej w uzasadnieniu rozpoznania zarzutu odwołania, a do czego odnosił się Zamawiający, może bowiem zdarzyć się, że szacunkowa wartość zamówienia będzie ustalona na poziomie znacznie wyższym, niż wynika to ze złożonych ofert. Zamawiający wyjaśnił również, że posiadając tak duże doświadczenie w prowadzeniu tego typu postępowań kryterium zapewniającym najbardziej obiektywne porównanie cen, jest przyjęcie do badania rażąco niskiej ceny odnośnika w postaci średniej arytmetycznej złożonych ofert w zadaniu. To stanowisko Zamawiającego wydaje się akceptować również Odwołujący, który wskazał w trakcie rozprawy, że *w zakresie obliczeni ceny, że notoryjny faktem jest, że różne są warunki realizacji zleceń, że wynika to z trudności w dostępie w terenie, gęstości zadrzewienia co powoduje, że badanie ofert powinno odnosić się do ofert na konkretne zadanie, a nie do jakichś kilkudziesięciu ofert.*

Izba dopuściła dowód przedstawiony przez MatPark, z którego wynika, że średni roczny koszt utrzymania 1 km bieżącej sieci SN pod względem zadrzewienia w ramach zawartych umów serwisowych wyliczonych na podstawie ceny ryczałtowej - co istotne te wyliczenia zostały sporządzone przez Zamawiającego – wynosi 882,28 zł, przy czym rozpiętość średnich stawek w poszczególnych zadaniach 2021 wynosi od 425,71 zł do 1 467,77 zł. W ocenie Izby potwierdza to szczegółową argumentację Zamawiającego, że w każdym przypadku sposób kalkulacji ceny oferty jest wynikiem specyficznych i dających się ocenić i przewidzieć tylko dla danego odcinaka okoliczności.

Zamawiający wyjaśnił, że nie powziął bowiem wątpliwości co do rozpiętości zaoferowanych przez wykonawców cen dla poszczególnych zadań z uwagi na specyfikę przedmiotu postępowania oraz doświadczenie Zamawiającego w prowadzeniu podobnych postępowań.

W ocenie Izby Zamawiający wykazał, że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia, przeprowadził szeroka analizę, która pozwoliła mu na dokonanie oceny oferty MatPark w zakresie zadania 18,20, 21 i 22 oraz dokonanie wyboru oferty tego wykonawcy dla wskazanych zadań. Izba stwierdziła również, że w zakresie zaistnienia w postępowaniu okoliczności nie wymagających wyjaśnienia, które pozwalały Zamawiającemu na odstąpienie od wzywania do składania wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy, Odwołujący w odwołaniu nie przedstawił żadnej argumentacji. Wskazanie w jednym zdaniu, że „w niniejszej sprawie takie okoliczności nie zachodzą” oraz przywołanie i zacytowanie wyroku Izby oraz treści przepisu nie może być uznane za argumentację faktyczną dającą podstawę do jej oceny. W tym zakresie Odwołujący nie przedstawił żadnego stanowiska jakie uzasadniałoby jednozdaniowe twierdzenie, przy czym na rozprawie potwierdził, że wyliczenie ceny oferty dla danego zadania uzależniony jest od wielu elementów, które są jedynie charakterystyczne dla danego zamówienia. Tym samym w ocenie Izby potwierdził, że w każdym przypadku mogą wystąpić okoliczności oczywiste dla danego zamówienia, które nie wymagają wyjaśnienia. Natomiast jeżeli w jego ocenie takie nie występowały – a musiał mieć o tym wiedzę bowiem sam szacował wartość ofert dla tych zadań – to nie powinno być problemem wskazanie w uzasadnieniu dlaczego takie okoliczności oczywiste nie zaistniały.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że nie doszło do naruszenia art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy, a Zamawiający wykazał, że prawidłowo dokonał oceny złożonych w postępowaniu ofert w zakresie zadania 18, 20, 21 i 22 i prawidłowo dokonał wyboru ofert MatPark w tych zadaniach.

W zakresie zarzutu (6) brak odrzucenia oferty wykonawcy MATPARK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gródku nad Dunajcem, składającego oferty na zadania numer 18,19, 20, 21, 22 która zawiera rażąco niską cenę w części dotyczącej oferty na zadania numer 18, 20, 21,22 (art. 89 ust. 1 pkt. 4 PZP) – Izba uznała zarzut za niezasadny.

Izba wskazuje, że zarzut zaniechania odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy jest co najmniej przedwczesny, bowiem skutecznie odrzucić ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na tej podstawie prawnej można

dopiero po przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego na podstawie art. 90 ustawy. To oznacza, że najpierw muszą zaistnieć przesłanki do składania wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy, a dopiero później można po dokonaniu oceny takich wyjaśnień oceniać przesłanki z art. 89 ust.1 pkt 4 ustawy. Wymaga wskazania, że okoliczności te są ugruntowane w orzecznictwie Izby i sądów powszechnych oraz znajdują swoje uzasadnienie również w orzecznictwie TSUE.

Tym samym Izba zarzut uznała za niezasadny.

W zakresie zarzutu (7) wyboru jako najkorzystniejszej oferty:

- dla zadania numer 2 wykonawcy Dendro-Flora, który podlegał wykluczeniu, a jego oferta podlegała odrzuceniu – Izba uznała za zasadny w zakresie jaki został rozpoznany w zarzucie 1 odwołania,
- dla zadania numer 18, 20, 21, 22 wykonawcy MatPark, którego oferta podlegała odrzuceniu – Izba uznała za niezasadny.

Zarzut ten stanowi w zasadzie uzupełnienie zarzutów podniesionych wcześniej przez Odwołującego, co też sam on wskazał w uzasadnieniu odwołania. Oznacza to, że w zasadzie jest nierozzerwalnie połączony z ww. zarzutami odwołania, a jego rozpoznanie jest nierozzerwalnie połączone z rozpoznaniem zarzutu 1 i 5 odwołania.

W zakresie zarzutu (8) zaniechania wyboru oferty Odwołującej się jako oferty najkorzystniejszej w zadaniach numer 2, 18, 20, 21, 22 spośród ofert nie podlegających odrzuceniu – Izba uznała zarzut za niezasadny.

Izba uznała zarzut za niezasadny, bowiem w żadne sposób nie znajduje on uzasadnienia w odwołaniu. Gdyby nawet przyjąć, że stanowi on następstwo podniesionych wcześniej zarzutów, ich uzupełnienie to zaznaczyć należy, że Izba nie ma podstaw do nakazania Zamawiającemu wyboru konkretnej oferty w postępowaniu.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy z 2019 roku 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 świetle art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy z 2019 r., *uwzględniając odwołanie, Izba może jeżeli umowa nie została zawarta:*

- a) nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego albo*
- b) nakazać unieważnienie czynności zamawiającego, albo*
- c) nakazać zmianę projektowanego postanowienia umowy albo jego usunięcie, jeżeli jest niezgodne z przepisami ustawy.*

W rozpoznawanej sprawie odwoławczej stwierdzone przez Izbę miały wpływ na dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej dla zadania 2, w zakresie zarzutu 1 odwołanie stało się zasadne w części dotyczącej wykazanego przez Dendro-Flora na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu doświadczenia.

Zgodnie z art. 557 ustawy z 2019r., w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.

W analizowanej sprawie odwołanie okazało się zasadne w części, w proporcji liczy zarzutów jednego uwzględnionego do sześciu zarzutów podniesionych w odwołaniu. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 15.000 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika Odwołującego w wysokości 3 600,00 zł ustalone na podstawie złożonej do akt sprawy faktury. Izba zasądziła na rzecz wykonawcy BKW Usługi Komunalne spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Brzeznej kwotę 3 100 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sto złotych zero groszy) stanowiącą stosunkowe koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika. Izba wyrzekając o kosztach postępowania odwoławczego uwzględniła regulacje z § 7 ust. 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. *w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania* (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437) i odstąpiła od rozdzielenia kosztów w sposób jaki wynika z § 7 ust. 3, w odniesieniu do zarzutu 7 z uwagi na to, że podniesiony zarzut 7 w odniesieniu do zadania 2 stanowił jedynie konsekwencję, która zawarta również była w zarzucie 1, co oznacza w ocenie Izby, że rodzaj podniesionego zarzutu i jego znaczenie dla rozpoznania odwołania przemawiał za tym, aby go w kosztach postępowania przyznanych Odwołującemu nie uwzględniać.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 2 i 5 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), stosownie do wyniku postępowania.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji wyroku.

Przewodniczący: