

Sygn. akt: KIO 901/22

WYROK
z dnia 15 kwietnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **15 kwietnia 2022 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **29 marca 2022 r.** przez wykonawcę: **Plus Inwest P. Ż. sp. j., ul. Kolejowa 11a, 55-010 Żerniki Wrocławskie** w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Dróg i Utrzymania Miasta we Wrocławiu, ul. Długa 49, 53-633 Wrocław**

przy udziale wykonawcy **IJOT Sp. z o.o., ul. Himalajska 1B/6, 50-572 Wrocław** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie**
2. kosztami postępowania obciąża **Plus Inwest P. Ż. sp. j., ul. Kolejowa 11a, 55-010 Żerniki Wrocławskie** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500,00 zł** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcy **Plus Inwest P. Ż. sp. j., ul. Kolejowa 11a, 55-010 Żerniki Wrocławskie** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz art. 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) 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

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji pn: *„Wykonanie bieżącej konserwacji i utrzymanie w należytym stanie technicznym elementów wyposażenia obiektów inżynierskich na terenie miasta Wrocławia”*, zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 11.02.2022 r. pod nr 2022/BZP 00054493/01 przez: Zarząd Dróg i Utrzymania Miasta we Wrocławiu, ul. Długa 49, 53-633 Wrocław zwany dalej: *„Zamawiającym”*. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.), zwana dalej: *„NPzp”* albo *„ustawy Pzp”* albo *„p.z.p”*.

W dniu 24.03.2022 r. (e-mailem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej w cz. 2: IJOT Sp. z o.o., ul. Himalajska 1B/6, 50-572 Wrocław zwana dalej: *„IJOT Sp. z o.o.”* albo *„Przystępującym”*. Drugą pozycję w rankingu zajęło Plus Inwest P. Ż. sp. j., ul. Kolejowa 11a, 55-010 Żerniki Wrocławskie zwana dalej: *„Plus Inwest P. Ż. sp. j.”* albo *„Odwołującym”*.

Dnia 29.03.2022 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) odwołanie względem czynności z 24.03.2022 r. w cz. 2 złożyła Plus Inwest P. Ż. sp. j. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w tym samym dniu (e-mailem). Zarzucił:

I. Art. 239 ustawy Pzp poprzez dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez IJOT sp. z.o.o. pomimo iż oferta złożona przez tę firmę nie jest ofertą najkorzystniejszą i podlega odrzuceniu,

II. Art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy IJOT sp. z.o.o. z postępowania który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego,

III. Art. 109 ust.1 pkt.10 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy IJOT sp. z.o.o. z postępowania który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje

wprowadzające w błąd Zamawiającego co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane w postępowaniu,

IV. Art. 226 ust.1 pkt. 2 lit a ustawy Pzp poprzez nieodrzućenie oferty pomimo faktu, iż wykonawca IJOT sp. z.o.o. podlega wykluczeniu na podstawie art. 109 ust.1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp,

V. Art. 226 ust. 1 pkt.2 lit b ustawy Pzp poprzez nieodrzućenie oferty IJOT sp. z.o.o. pomimo braku wykazania spełnienia warunku posiadania wymaganej zdolności technicznej zgodnie z działem IV pkt.1 ppkt.2 lit. a Specyfikacji Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SWZ”.

VI. Art. 239 ustawy Pzp – poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, pomimo że Odwołujący spełnia wszystkie wymogi formalne określone przepisami Pzp i postanowieniami SWZ oraz merytorycznie jest zgodna z treścią SWZ, a w świetle ustanowionych kryteriów oceny ofert jest ona ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu.

VII. Art. 16 ustawy Pzp, poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty IJOT sp. z.o.o. z Wrocławia,
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert w postępowaniu,
3. wykluczenie wykonawcy IJOT sp. z.o.o. z postępowania
4. odrzućenie oferty IJOT sp. z.o.o.,
5. dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w wyniku ponownego badania i oceny ofert,
6. zasądzenie od Zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu (wg rachunków, które zostaną przedłożone na posiedzeniu bądź rozprawie).

Zamawiający w dniu 24.03.2022 r. poinformował Odwołującego, że podjął decyzję o wyborze najkorzystniejszej oferty jaką złożyła firma IJOT sp. z.o.o. z Wrocławia. Z taką decyzją Odwołujący nie może się zgodzić.

W dziale IV SWZ Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu. W pkt. 1 ppkt.2 lit a dla części 2 zamawiający wymagał posiadanie zdolności technicznej na poziomie wykonania a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonuje, w okresie 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie zamówienie lub zamówienia na prace konserwacyjno-utrzymaniowe, polegające na usuwaniu roślinności niepożądaney ze stożków i/lub skarp i/lub schodów skarpowych, przestrzeni pod obiektami,

chodników technologicznych itp. Drogowych obiektów inżynierskich na powierzchni łącznie minimum 3000 m².

IJOT sp. z.o.o. na wezwanie Zamawiającego przedłożyła wykaz wykonanych zadań oraz referencje z dnia 25.02.2022 r. z firmy Botanika Farm sp. z.o.o. Jednakże jak stwierdził sam Zamawiający w piśmie z dnia 07.03.2022 r. przedłożone dokumenty nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu, gdyż wskazane przez IJOT sp. z.o.o. w tabeli wykaz wykonanych zadań kol. 2 wykazuje doświadczenie w usuwaniu niepożądaney roślinności miejscach, które nie są drogowym obiektem inżynierskim poza przepustem drogowym. Zamawiający jak wskazuje w piśmie wyraźnie oczekiwał doświadczenia w wykonaniu robót na drogowych obiektach inżynierskich, ponieważ tylko w takim obszarze porusza się Zamawiający i tylko takie obiekty są w jego zarządzie. Z załączonych referencjach od firmy Botanika Farm nie występują drogowe obiekty inżynierskie. Jediną z wymienionych budowli, (którą jak ocenia Zamawiający) na wyrost można by zaliczyć jako drogowy obiekt inżynierski jest przepust. Natomiast z natury jest to niewielki obiekt i nie posiada on w bliskiej odległości powierzchni zielonych, przeznaczonych do koszenia o wielkości wymaganej tj. 3000 m². W związku z powyższym należy stwierdzić, że wykazane przez IJOT sp. z.o.o. doświadczenie nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu co do posiadania zdolności technicznej. Dlatego też Zamawiający w dniu 7.03.2022 r. ponownie wezwał wykonawcę IJOT sp. z.o.o. do wskazania nowego zadania potwierdzającego spełnienie warunku w postępowaniu wraz z załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Na ponowne wezwanie co do uzupełnienia dowodów dotyczących spełnienia warunku posiadania zdolności technicznej IJOT sp. z.o.o. w dniu 09.03.2022 r. przedstawiła dodatkowe dokumenty na okoliczność wykazania posiadania doświadczenia i prawidłowego wykonania prac konserwacyjno-utrzymaniwych. Przedłożone dodatkowe dokumenty to;

1. zlecenie Przedsiębiorstwa Usługowego EKOLAS z siedzibą w Przygodzicach dla IJOT sp. z.o.o. z dnia 17.10.2021 r.
2. protokół odbioru wykonanych robót z dnia 03.12.2021 r.
3. poświadczenie z dnia 23.12.2021 r.

Jak wynika z powyższych dokumentów usługa była realizowana w czasookresie od 17.10.2021 do 30.11.2021 r. na obiekcie S-8 odc. 2 Walichnowy – Złoczew. W nawiązaniu do powyższych dokumentów w celu potwierdzenia ich wiarygodności Odwołujący wystąpił do Zarządcy S-8 odc. Walichnowy – Złoczew tj. Rejonu GDDKiA w Wieluniu o udzielenie informacji publicznej z zapytaniem czy firma IJOT Sp. z o.o., ul. Himalajska 1b/6, 50-572 Wrocław wykonywała w terminie 17.10.2021 - 31.10.2021 usługi koszenia i usunięcia

porostu przy przejściach dolnych dla zwierząt w ciągu drogi ekspresowej S-8 w następujących lokalizacjach:

1. Obiekt PZ-M-012 w km 138+655 L i P

2. Obiekt PZ-M-019 w km 149+405 L i P

- Czy zakres przedmiotowych prac obejmował:

1. Obiekt PZ-M-012 w km 138+655 L i P - zakres prac 1800m²,

2. Obiekt PZ-M-019 w km 149+405 L i P - zakres prac 2200m²

- W przypadku wykonania przez firmę IJOT powyższych prac Czy firma IJOT

Sp. z o. o. została zgłoszona do GDDKiA O/Łódź jako podwykonawca firmy PU Ekolas, ul. Kasztanowa 21, 63-421 Przygodzice przed rozpoczęciem powyższych prac ?

W dniu 28.03.2022 r. otrzymaliśmy z Rejonu GDDKiA w Wieluniu informację o treści; *„Odpowiadając na Państwa wniosek z dn. 28 marca 2022 r. uprzejmie informujemy, że: W dniach: 17.10.2021 - 31.10.2021 nie były prowadzone żadne prace utrzymaniowe na wskazanych obiektach: Firma IJOT Sp. z o.o. nie została zgłoszona do GDDKiA O/Łódź jako podwykonawca firmy PU Ekolas”.*

W związku z powyższym na podstawie uzyskanej informacji z Rejonu GDDKiA w Wieluniu stwierdzamy, że zlecenie PU EKOLAS dla IJOT sp. z.o.o. nie było wykonane, co tym samym powoduje, że protokół odbioru wykonanych robót z dnia 03.12.2021 r, nie może służyć o ich odbiorze które w rzeczywistości nie były realizowane. Dlatego też należy stwierdzić, że dokument pn.: „Poświadczenie” z 23.12.2021 r. jest dokumentem fikcyjnym i nie może potwierdzać należytego wykonania usług które w rzeczywistości nie były wykonane. Zatem stwierdzamy, że podane informacje w dokumentach (zlecenie, protokół odbioru wykonanych robót, poświadczenie) dotyczące realizacji usługi polegającej na wykaszaniu i usunięciu porostu w ciągu drogi ekspresowej S-8 nie zostały potwierdzone przez zarządcę tej drogi, co tym samym powoduje, że są one nieprawdziwe i nie mogą potwierdzać spełnienia warunku posiadania zdolności technicznej w wymaganym zakresie. Mając powyższe na uwadze wykonawca IJOT sp. z.o.o. poprzez przedstawienie nieprawdziwych informacji wprowadziła Zamawiającego w błąd co skutkowało wyborem wykonawcy który na podstawie Art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp i Art. 109 ust.1 pkt.10 winien być wykluczony z postępowania.

Dodatkowo wskazał, że dokument pn.: „POŚWIADCZENIE” z 23.12.2021 r., podaje że *„Usługa została wykonana w krótkim czasie, bez uwag.”* co ma przekonać Zamawiającego że została wykonana należycie. W tym miejscu należy przywołać warunek terminowy wynikający ze zlecenia z 17.10.2021 r., że **termin wykonania usługi to 31.10.2021 r.** Jak wynika z protokołu odbioru wykonanych robót usługa ta niby została

wykonana **do dnia 30.11.2021 r.** czyli **jeden miesiąc po wymaganym terminie.** Dlatego też nieterminowe wykonanie usługi nie może stanowić o należyтым jej wykonaniu, co osłabia wiarygodność złożonych przez IJOT sp. z.o.o. dokumentów.

W związku z powyższym wskazał, że IJOT sp. z.o.o. nie wykazała spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wymaganej zdolności technicznej, co stanowi podstawę do odrzucenia oferty zgodnie z Art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit b a przedstawienie nieprawdziwych informacji przez IJOT sp. z.o.o. stanowi podstawę do wykluczenia spółki z udziału w postępowaniu na podstawie Art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp i Art. 109 ust.1 pkt.10 ustawy Pzp. Wybór najkorzystniejszej oferty został dokonany z naruszeniem wskazanych przepisów. Skutkiem powyższego było pozbawienie Odwołującego (jako oferenta, którego oferta była najkorzystniejsza) zamówienia w niniejszym postępowaniu. Takie działanie Zamawiającego spowodowało naruszenie art. 16 ustawy Pzp i tym samym zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców a czynność wyboru najkorzystniejszej oferty jaką złożyła firma IJOT sp. z.o.o. została dokonana z naruszeniem art. 239 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 29.03.2022 r. (e-mailem) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 524 NPzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 01.04.2022 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) IJOT Sp. z o.o. zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. W zakresie postępowania dowodowego wniósł o:

- 1) przeprowadzenie dowodu z dokumentów dołączonych do niniejszego wniosku, tj.:
 - a) pisma GDDKiA do firmy Strabag sp. z o.o. z siedzibą Lututów z dnia 21 grudnia 2012r. (dot. budowy drogi ekspresowej S8 na odcinku: węzeł Walichnowy-węzeł Wrocław (A1) od km 99+937 do km 204+000 w zakresie odcinka 2 od km 101+972,92 do km 120+961,30), informującego STRABAG sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie o akceptacji podwykonawcy - firmy W. B. EKOLAS Przedsiębiorstwo Usługowe z siedzibą w Przygodzicach w zakresie sadzenia drzew i krzewów;
 - b) notatki służbowej skierowanej przez GDDKiA do firmy Strabag sp. z o.o. z siedzibą Lututów z dnia 12 sierpnia 2021r. dotyczącego odbioru zieleni drogowej S8 odc. 2;
 - c) umowy podwykonawczej nr 112/S8/Pod/2012/HKP zawartej w Lututowie dnia 21 grudnia 2012r. pomiędzy STRABAG sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie a firmą W. B. EKOLAS

Przedsiębiorstwo Usługowe z siedzibą w Przygodzicach dot. budowy drogi ekspresowej S8 na odcinku: węzeł Walichnowy-węzeł Wrocław (A1, odcinek 2 (węzeł Walichnowy bez węzła - węzeł Złoczew wraz z węzłem) od km 101+972,92 do km 120+961,30 wraz z załącznikami nr 4 - 7 do umowy PW nr 112/S8/Pod/2012/HKP: modyfikacje oraz „pytania i odpowiedzi”, szczególne warunki kontraktu GW z Zamawiającym, specyfikacje techniczne, dokumentacja przetargowa wszystkie na okoliczność treści, spełnienia warunków znajdujących się w dziale IV pkt.1 ppkt.2 lit. a dla części 2 SWZ w razie gdyby doszło do uznania, iż w/w dokumenty wymagają dodatkowego uszczegółowienia lub opisu, wnoszę o:

2) przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka - przedstawiciela W. B. EKOLAS Przedsiębiorstwo Usługowe z siedzibą w Przygodzicach na okoliczność realizacji zlecenia przez Przystępującego, nabycia stosownego dla realizacji zadania zlecenia, posiadania przez Wykonawcę zdolności technicznej i zawodowej do wykonania zadania zgodnie z działem IV pkt.1 ppkt.2 lit. a dla części 2 SWZ; wezwanie na dres siedziby

3) przeprowadzenie dowodu z przedstawiciela Wykonawcy – M. S., adres elektroniczny m..s.@op.pl, nadzorującego wykonanie przedmiotu zlecenia, tj. na okoliczność niezbędnego dla nabycia doświadczenia i posiadania zdolności technicznej i zawodowej zgodnie z działem IV pkt.1 ppkt.2 lit. a dla części 2 SWZ, wezwanie na adres siedziby

Przystępujący w całości nie zgadza się z twierdzeniem Odwołującego, albowiem informacje w dokumentach (zlecenie, protokół odbioru wykonanych robót, poświadczenie) dotyczące realizacji usługi polegającej na wykaszaniu i usunięciu porostu w ciągu drogi ekspresowej S8 zostały potwierdzone przez Zleceniodawcę tj. firmę Przedsiębiorstwo Usługowe EKOLAS z siedzibą w Przygodzicach, oraz nie mogły być potwierdzone przez zarządcę tej drogi, albowiem zarządca nie był stroną stosunku prawnego, a następnie nie był uczestnikiem co do prac prowadzonych przez Przystępującego dla Ekolas. Nieprawidłowo zadane pytanie przez Odwołującego, oraz zwrócenie się do podmiotu, który nie mógł tym samym poświadczyć okoliczności, które nie dotyczą zakresu prac wykonanych przez Przystępującego, a które to miały wspierać wyłącznie uzyskanie podstawy na potrzeby niniejszego postępowania do sformułowania bezpodstawnych oskarżeń oraz zarzutów względem Przystępującego.

Przystępujący bowiem nie deklarował w procesie wyłonienia oferty najkorzystniejszej, że był podmiotem uczestniczącym w realizacji zadania, które zostało wymienione przez Odwołującego w zapytaniu kierowanym do zarządcy drogi tj. Rejonu GDDKiA w Wieluniu. Nieprawidłowe skierowanie zapytania oraz ujęcie w pytaniu zdarzeń, które nie miały miejsca (Przystępujący nie uczestniczył w żadnym zadaniu zleconym bezpośrednio przez zarządcę) miały na celu wyłącznie wywołanie mylnego wrażenia co do braku rzetelności

Przystępującego, a to w celu uzyskania bezpodstawnych podstaw zmierzających do wykluczenia Przystępującego oraz umożliwienia tym samym wyboru mniej korzystnej oferty jaką przedstawił Odwołujący.

Brak jest zatem wsparcia dowodowego dla formułowanych zarzutów, wobec nieprawidłowo sformułowanego pytania przez Odwołującego (niedotyczącego przedmiotu postępowania). Powyższe powoduje, że założenia Odwołującego są nieprzydatne na potrzeby rozstrzygnięcia, oraz niweczy w całości zasadność formułowanych w odwołaniu zarzutów. Przedłożone przez Przystępującego dokumenty (co zostało obszernie wyjaśnione w pismach kierowanych do Zamawiającego) w całości potwierdzają spełnienie warunku posiadania zdolności technicznej w wymaganym przez SWZ zakresie.

Tym samym, zupełnie bezzasadny jest zarzut, gdzie Odwołujący twierdzi dalej, że wykonawca IJOT sp. z o.o. poprzez przedstawienie nieprawdziwych informacji wprowadził Zamawiającego w błąd, co skutkowało wyborem wykonawcy, który na podstawie Art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp i Art. 109 ust.1 pkt.10 winien być wykluczony z postępowania, albowiem Zamawiający prawidłowo ocenił oraz prawidłowo odczytał dokumenty poświadczające nabycie i posiadanie stosownego doświadczenia, które Zamawiający określił w dziale IV pkt.1 ppkt.2 lit. a dla części 2 SWZ.

W celu zniweczenia nieprawdziwych twierdzeń Odwołującego, w załączeniu do niniejszego pisma (dokumenty wymieniane w treści wniosku dowodowego) Przystępujący załącza dodatkowe dokumenty dot. jego Zleceniodawcy tj. firmy Ekolas, które potwierdzają występowanie zarówno stosunku prawnego jak i faktycznego, który upoważniał a wręcz obligował EKOLAS do prowadzenia prac, których wykonanie w ograniczonej części zlecił do wykonania Przystępującemu, a który to w oparciu o ich prawidłowe wykonanie wykazał, w sposób wymagany treścią zapisów znajdujących się w dziale IV pkt.1 ppkt.2 lit. a dla części 2 SWZ swoje kwalifikacje i doświadczenie.

Firma EKOLAS była zaakceptowanym podwykonawcą, realizującym budowę drogi ekspresowej S8, o którego akceptację wystąpił lider konsorcjum STRABAG sp. z o.o. W zakresie wykonawczym realizacji zadania dla EKOLAS było nasadzenie drzew i krzewów na obiektach infrastruktury lądowej dotyczącej realizowanego odcinka drogi (dokument z dnia 21.12.2012r.).

Tym samym, w dniu 21.12.2012r. pomiędzy liderem konsorcjum, tj. STRABAG sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie a firmą W. B. EKOLAS Przedsiębiorstwo Usługowe z siedzibą w Przygodzicach została zawarta umowa podwykonawcza nr 112/S8/Pod/2012/ dot. budowy drogi ekspresowej S8 na odcinku: węzeł Walichnowy-węzeł Wrocław (A1, odcinek 2 (węzeł Walichnowy bez węzła - węzeł Złoczew wraz z węzłem) od km 101+972,92 do km

120+961,30. Zakres umowy przewidywał obowiązek utrzymania przedmiotu umowy w okresie gwarancyjnym. W związku z powyższym, w dniu 12 sierpnia 2021r. ustalono, że EKOLAS jest zobowiązany wykonać nasadzenia uzupełniające w lokalizacjach wskazanych w notatce. Odbiór udatności ma nastąpić na przełomie marca / kwietnia 2022r. W związku z powyższym EKOLAS zlecił część prac Przystępującemu. W tym zakresie nie powstał, zarówno obowiązek, jak i konieczność zgłoszenia Przystępującego jako podwykonawcy realizującego zamknięte już zadanie inwestycyjne. Tym samym, zakres przedmiotowy, oraz podmiotowy zapytania, sformułowanego przez Odwołującego jest nieprzydatny na potrzeby rozstrzygnięcia.

Za zupełnie pozbawioną znaczenia należy uznać kolejną polemikę Odwołującego z literalnym brzemieniem treści Dokumentu gdzie Odwołujący wskazał że: „POŚWIADCZENIE” z dnia 23.12.2021 r., podaje że „Usługa została wykonana w krótkim czasie, bez uwag.” co ma przekonać Zamawiającego że została wykonana należycie”. W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący podał że zauważył warunek tj. zastrzeżenie termin wynikającego ze zlecenia z dnia 17.10.2021 r., gdzie pierwotnie strony wskazały, że termin wykonania usługi to 31.10.2021 r. Jako, że z protokołu odbioru wykonanych robót usługa została wykonana do dnia 30.11.2021 r. czyli jeden miesiąc po wymaganym terminie, to ma to świadczyć o należyтым jej wykonaniu, co zdaniem Odwołującego ma osłabiać wiarygodność złożonych przez IJOT sp. z.o.o. dokumentów.

Twierdzenie jest gołosłowne i pozbawione wsparcia dowodowego stanowi wyłącznie subiektywną ocenę Odwołującego, albowiem nie sposób uznać by Odbierający prace oświadczył niewiarygodnie, bowiem strony zgodnie z porozumieniem przesunęły termin pierwotny założony w zleceniu, co nie świadczy również w żądanym zakresie o nierzetelnym ich wykonaniu przez Odwołującego. (przesunięcie terminu związane było z postępowaniem wykonywanym przez Ekolas jak zgodne z zamiarem obu stron, jak i dot. warunków atmosferycznych).

W związku z powyższym Odwołujący wskazała że IJOT sp. z.o.o. nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wymaganej zdolności technicznej, co miaoby stanowić dla Zamawiającego podstawę do odrzucenia oferty zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt.2 lit b, oraz dalej bezzasadnie podniósł że przedstawienie nieprawdziwych informacji przez IJOT sp. z.o.o. stanowi podstawę do wykluczenia spółki z udziału w postępowaniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp i art. 109 ust.1 pkt.10 ustawy pzp.

Jako że wybór najkorzystniejszej oferty został dokonany prawidłowo, w szczególności bez naruszenia przepisów wymienionych w zarzutach, to wybór Przystępującego był

zasadny (jego oferta była najkorzystniejsza) a żadne działanie Zamawiającego nie spowodowało naruszenia art. 16 ustawy pzp i tym samym zachowane zostały zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a czynność wyboru najkorzystniejszej oferty jaką złożyła firma IJOT sp. z.o.o. została wykonana z godnie z SWZ i obowiązującymi przepisami.

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO nie wniósł na piśmie, w trybie art. art. 521 NPzp, odpowiedzi na odwołanie.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 NPzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 NPzp, uprawniający do jego złożenia.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 542 ust. 1 NPzp, dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego w formie elektronicznej, w tym w szczególności postanowień SWZ, oferty Przystępującego w zakresie części 2, wezwania w zakresie części 2 z 24.02.2022 r. skierowanego przez Zamawiającego do Przystępującego, odpowiedzi Przystępującego z 02.03.2022 r. wraz z wykazem wykonanych zadań, referencji z 25.02.2022 r. z firmy Botanika Farm Sp. z.o.o. oraz wykazu osób, wezwania w zakresie części 2 z 07.03.2022 r. skierowanego przez Zamawiającego do Przystępującego do uzupełnienia, odpowiedzi Przystępującego z 09.03.2022 r. wraz ze zleceniem W. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą W. B. Przedsiębiorstwa Usługowego EKOLAS z siedzibą w Przygodzicach dla IJOT sp. z.o.o. z 17.10.2021 r., protokołem odbioru wykonanych robót z 03.12.2021 r. oraz poświadczeniem z 23.12.2021 r., wezwania do wyjaśnień w zakresie złożonych w wyniku uzupełnienia dokumentów skierowanego przez Zamawiającego do Przystępującego z 10.03.2022 r., udzielonych wyjaśnień przez Przystępującego z 12.03.2022 r., jak i informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z 24.03.2022 r.

Nadto, zaliczono w poczet materiału dowodowego załączonego do zgłoszonego przystąpienia przez Przystępującego na okoliczności wskazane w piśmie:

- 1) pismo GDDKiA do firmy Strabag sp. z o.o. z siedzibą Lututów z dnia 21 grudnia 2012r. (dot. budowy drogi ekspresowej S8 na odcinku: węzeł Walichnowy-węzeł Wrocław (A1) od km 99+937 do km 204+000 w zakresie odcinka 2 od km 101+972,92 do km 120+961,30), informującego STRABAG sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie o akceptacji podwykonawcy - firmy W. B. EKOLAS Przedsiębiorstwo Usługowe z siedzibą w Przygodzicach w zakresie sadzenia drzew i krzewów;
- 2) notatka służbowa, skierowana przez GDDKiA do firmy Strabag sp. z o.o. z siedzibą Lututów z dnia 12 sierpnia 2021r. dotycząca odbioru zieleni drogowej S8 odc. 2;
- 3) umowa podwykonawcza nr 112/S8/Pod/2012/HKP zawartej w Lututowie dnia 21 grudnia 2012r. pomiędzy STRABAG sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie a firmą W. B. EKOLAS Przedsiębiorstwo Usługowe z siedzibą w Przygodzicach dot. budowy drogi ekspresowej S8 na odcinku: węzeł Walichnowy-węzeł Wrocław (A1, odcinek 2 (węzeł Walichnowy bez węzła - węzeł Złoczew wraz z węzłem) od km 101+972,92 do km 120+961,30 wraz z załącznikami nr 4 - 7 do umowy PW nr 112/S8/Pod/2012/HKP: modyfikacje oraz „pytania i odpowiedzi”, szczególne warunki kontraktu GW z Zamawiającym, specyfikacje techniczne, dokumentacja przetargowa.

Podobnie, zaliczono do materiału dowodowego załączone do odpowiedzi na odwołania przez Zamawiającego na okoliczności wskazane w odpowiedzi:

- korespondencję mailową Zamawiającego z firmą STRABAG wraz z dokumentem specyfikacji technicznej.

Dodatkowo, Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego złożoną na rozprawie przez Odwołującego zacytowaną w odwołaniu korespondencję z oddziałem GDDKiA w Łodzi.

Izba pominęła zawnioskowane przez Przystępującego do odwołania po stronie Zamawiającego firmę IJOT wnioski dowodowe o charakterze osobowym w postaci zeznań świadków: przedstawiciela firmy W. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą W. B. Przedsiębiorstwa Usługowego EKOLAS oraz przedstawiciela Wykonawcy Pana M. S., z uwagi na to, że fakty będące przedmiotem tych wniosków dowodowych stwierdzone już zostały innymi dowodami, to jest dokumentami złożonymi przez samego Przystępującego oraz załączonymi przez Zamawiającego do odpowiedzi na odwołanie.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę stanowisko wynikające z odwołania, zgłoszonego przystąpienia, odpowiedzi na odwołanie, oraz stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu.

Odnosząc się generalnie do podniesionego w treści odwołania zarzutu, stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu następujące zarzuty naruszenia:

- 1) Art. 239 ustawy Pzp poprzez dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez IJOT sp. z.o.o. pomimo iż oferta złożona przez tę firmę nie jest ofertą najkorzystniejszą i podlega odrzuceniu,
- 2) Art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy IJOT sp. z o.o. z postępowania który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego,
- 3) Art. 109 ust.1 pkt.10 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy IJOT sp. z.o.o. z postępowania który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane w postępowaniu,
- 4) Art. 226 ust.1 pkt. 2 lit a ustawy Pzp poprzez nieodrzucenie oferty pomimo faktu, iż wykonawca IJOT sp. z.o.o. podlega wykluczeniu na podstawie art. 109 ust.1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp,
- 5) Art. 226 ust. 1 pkt.2 lit b ustawy Pzp poprzez nieodrzucenie oferty IJOT sp. z.o.o. pomimo braku wykazania spełnienia warunku posiadania wymaganej zdolności technicznej zgodnie z działem IV pkt.1 ppkt.2 lit. a SWZ.
- 6) Art. 239 ustawy Pzp – poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, pomimo że Odwołujący spełnia wszystkie wymogi formalne określone przepisami Pzp i postanowieniami SWZ oraz merytorycznie jest zgodna z treścią SWZ, a w świetle ustanowionych kryteriów oceny ofert jest ona ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu.
- 7) Art. 16 ustawy Pzp, poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie do przedmiotowego odwołania:

W pierwszej kolejności Izba przywołuje stan faktyczny wynikający z treści odwołania, przystąpienia oraz odpowiedzi na odwołanie (w tym ostatnim wypadku złożonej na posiedzeniu). Zamawiający stwierdził w niej: „ (...), *analizując zarzuty określone przez Odwołującego oraz materiał dowodowy zgromadzony w toku postępowania, zauważa, co następuje:*

W zakresie zarzutu nr I i V.

Pismem TXU.71.12.16330.2022.MK z dnia 24 lutego 2022r. Wykonawca IJOT Sp. z o.o. został wezwany w trybie art. 274 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia m.in. wykazu usług potwierdzających spełnienie warunku uczestnictwa w postępowaniu określonych w rozdz. IV pkt 1.2) a) SWZ. W odpowiedzi na wezwanie Wykonawca przedstawił zadanie pn. „Cykliczne usuwanie niepożądanego rośliności” wykonane na rzecz BOTANIKA FARM Sp. z o.o. Zamawiający po zapoznaniu się z dokumentami stwierdził, że przedłożony wykaz i referencje nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu, gdyż wskazane zadanie wykazuje doświadczenie w usuwaniu niepożądanego rośliności ze skarp dróg wewnętrznych, placu manewrowego, schodów, rampy załadunkowej, bocznic kolejowej, koszenie skarp, pasów przytorowych, trawników, skarp, wzniesień, chodników technologicznych, pasa drogowego, rowów, przepustu drogowego dróg dojazdowych do elewatora. Żadne z powyższych nie jest drogowym obiektem inżynierskim, poza przepustem drogowym. Tymczasem Zamawiający wyraźnie oczekiwał doświadczenia w wykonywaniu robót na drogowych obiektach inżynierskich, ponieważ tylko w takim obszarze porusza się Zamawiający i tylko takie obiekty są w jego zarządzie.

Zamysłem Zamawiającego było pozyskanie Wykonawcy, który nie tylko jest wyposażony w sprzęt do usuwania rośliności, ale także potrafi spełnić warunki postawione w OPZ, gdzie mowa jest o zapewnieniu zabezpieczenia miejsca wykonywanych robót, zapewnienia bezpieczeństwa w ruchu pieszym i samochodowym oraz wprowadzeniu tymczasowej organizacji ruchu (ręczne kierowanie ruchem). Na zamkniętym terenie, gdzie Wykonawca przeprowadzał prace, nie występują takie warunki. W załączonych referencjach od firmy Botanika Farm nie występują drogowe obiekty inżynierskie. Po przeanalizowaniu dokumentów Zamawiający stwierdził, że wskazane zadanie nie potwierdza posiadania wymaganego doświadczenia, gdyż doświadczenie, jakie zostało udokumentowane, nie zostało zdobyte na obiektach, jakie były wymagane przez Zamawiającego.

Wobec powyższego Zamawiający pismem TXU.71.12.19666.2022.MK z dnia 7 marca 2022r. wezwał Wykonawcę do przedstawienia nowego zadania na potwierdzenie spełniania warunku uczestnictwa w postępowaniu. Kolejne zadanie, wskazane przez Spółkę IJOT, tj. „Utrzymanie zieleni S8 ode. 2 Walichnowy-Złoczew”, zrealizowane było na rzecz Przedsiębiorstwa Usługowego EKOLAS.

W celu dalszego badania przedłożonych dokumentów, Zamawiający, pismem z dnia 10.03.2022r. TXU.71.12.21155.2022.MK wezwał Wykonawcę, w myśl art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, do złożenia dodatkowych wyjaśnień, polegających na podaniu nazwy i adresu Zamawiającego, na rzecz którego PU EKOLAS realizowało wymienione przez IJOT Sp.

z o.o. zadanie, a także wskazaniu formy, w jakiej realizowana była współpraca pomiędzy firmami EKOLAS i IJOT. Wyjaśnienia uzyskane w odpowiedzi, pismo firmy IJOT z dnia 12.03.2022r., pozwoliły Zamawiającemu ustalić, że zadanie wskazane przez spółkę IJOT było realizowane przez wykonawcę STRABAG Sp. z o.o., a inwestorem tego przedsięwzięcia była Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad.

W oparciu o złożoną ofertę oraz przedłożone do niej dokumenty, a także uzyskane wyjaśnienia, Zamawiający pismem z dnia 24.03.2022r. TXU.71.12.25386.2022.MK poinformował oferentów, iż jako najkorzystniejszą dla realizacji Części 2 wybrano ofertę nr 4 firmy IJOT Sp. z o.o..

Z uwagi na złożone w dniu 29 marca 2022r. odwołanie przez firmę Plus Inwest P. Ż. Sp. j. oraz stawiane w nim zarzuty, Zamawiający zwrócił się drogą mailową w dniu 30 marca 2022r. do firmy STRABAG o udzielenie odpowiedzi na pytanie:

„Czy firma Przedsiębiorstwo Usługowe EKOLAS, ul. Kasztanowa 21, 63 - 421 Przygodzice była Państwa podwykonawcą na zadaniu "Utrzymanie zieleni S-8 ode. Walichnowy - Złoczew" obejmującego "Wykonanie koszenia i usunięcia porostu przy przejściach dolnych dla zwierząt w ciągu drogi ekspresowej S-8 w lokalizacjach: Obiekt PZ-M-012 w km 138+655 L i P - 1800m2 oraz Obiekt PZ-M-019 w km 149-405 L i P - 220m2 w terminie październik - listopad 2021 roku i czy realizowała to zadanie?"

Z wiadomości mailowej przesłanej w dniu 13 kwietnia 2022r. przez STRABAG Sp. z o.o. wynika, że spółka ta była Wykonawcą zadania pn. „Budowa drogi ekspresowej S8 na odcinku węzeł Walichnowy - węzeł Wrocław...” nie zaś zadania „Utrzymanie zieleni S8 ode. Walichnowy-Złoczew”, jak podał w przesłanych do ZDiUM dokumentach Wykonawca IJOT Sp. z o.o. Natomiast z treści informacji przesłanej przez STRABAG Sp. z o.o. jasno wynika, że w ramach ww zadania Pan W. B., prowadzący działalność pod nazwą W. B. EKOLAS Przedsiębiorstwo Usługowe, wykonywał prace z zakresu zieleni drogowej, polegające na nasadzeniach drzew i krzewów, również w okresie po zakończeniu kontraktu oraz upływie terminu pierwotnej gwarancji na zadanie, w zakresie wynikającym ze specyfikacji technicznej. (...)

Zdaniem Zamawiającego, zarówno z informacji uzyskanych od generalnego wykonawcy firmy STRABAG Sp. z o.o., jak również z samego dokumentu specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych oraz z załączonej do pisma Przystępującego firmy IJOT notatki służbowej GDDKiA z dnia 12 sierpnia 2021r., wynika wyraźnie, że prace, do jakich wykonania zobowiązana była firma EKOLAS, i jakie mogła później podzlecić dalszemu wykonawcy, polegały na dokonaniu nasadzeń drzew według ustalonej listy. Jak wskazała firma STRABAG, z uwagi na fakt, że nie wszystkie usterki

wykonanych prac zostały usunięte, firma EKOLAS dalej wykonywała pracę w okresie gwarancyjnym według zakresu wynikającego ze specyfikacji technicznej. W punkcie 5.7 Specyfikacji wskazano, iż w ramach pielęgnacji roślinności wykonać należy pielęgnację drzew oraz pielęgnację krzewów, w tym plewienie chwastów, usuwanie odrostów. Zakres tych prac koresponduje więc z zakresem wskazanym na zleceniu udzielonym przez EKOLAS firmie IJOT, ponieważ dotyczył on: wykonania koszenia i uśnięcia porostu przy przejściach dolnych dla zwierząt, a także usunięcia porostu ze skarp i przyczółków oraz otoczenia w zakresie umożliwiającym odtworzenia nasadzenia zieleni naprowadzającej. Również termin realizacji wskazany w notatce GDDKiA pokrywa się z terminem zlecenia dla firmy IJOT.

Przedłożone zatem pierwotne referencje przez firmę IJOT, a wystawione przez firmę EKOLAS, potwierdzały spełnienie wyżej opisanego warunku udziału w postępowaniu, a dalsze czynności, jakie podjął Zamawiający w celu weryfikacji złożonych dokumentów również potwierdziły te ustalenia. Wskazane bowiem przez firmę IJOT prace są zgodne z postawionym warunkiem udziału w postępowaniu tj.:

- doświadczenia w usuwaniu roślinności niepożądaney - konieczność wykonania prac wynika z notatki GDDKiA, a ich zakres z przedłożonego dokumentu zlecenia z dnia 17.10.2021r.;
- ze stożków, skarp lub schodów skarpowych, przestrzeni pod obiektami, chodników technologicznych itp. drogowych obiektów inżynierskich - miejsce realizacji prac również zostało potwierdzone notatką GDDKiA, a dodatkowo sam Zamawiający na bazie własnej wiedzy potwierdza, że we wskazanym rejonie występują takie elementy drogowych obiektów inżynierskich;
- na powierzchni łącznie minimum 3000m² - biorąc pod uwagę zakres prac związany z nasadzeniami uzupełniającymi opisanymi w notatce GDDKiA nie budzi wątpliwości Zamawiającego, iż obszar ten obejmował min. 3000 m².

Powyższa analiza wskazuje, że Wykonawca IJOT Sp. z o.o. udokumentował posiadanie wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia i, zważywszy na takie wnioski, Zamawiający nie uwzględnił odwołania.

W zakresie zarzutów nr II, III, IV.

W pierwszej kolejności wskazać należy, iż, jak to zostało wyjaśnione powyżej, Wykonawca firma IJOT potwierdziła spełnienie warunku udziału w postępowaniu, a zatem czynności Zamawiającego polegające na wyborze oferty tej firmy, jako najkorzystniejszej, były zgodne z przepisami ustawy Pzp.

Jednakże, z daleko posuniętej ostrożności, w przypadku nie przychylenia się przez Izbę do stanowiska Zamawiającego, wskazuje on i wyjaśnia jak niżej:

Zdaniem Zamawiającego, przedłożone dokumenty nie wykazują w sposób nie budzący wątpliwości, iż działania Wykonawcy firmy IJOT było zamierzone, bądź też wynikały z rażącego niedbalstwa, którego celem było wprowadzenie Zamawiającego w błąd na okoliczność spełnienia warunku udziału w postępowaniu, z dokumentów tych nie sposób też ustalić, iż Wykonawca działał w sposób lekkomyślny lub niedbały.

Warto bowiem pamiętać, że przepis art. 109 ust 1 pkt 8 PZP może być zastosowany wyłącznie wówczas, jeżeli podanie nieprawdziwych Informacji było celowym (zamierzonym) działaniem wykonawcy lub jest skutkiem rażącego niedbalstwa. Sformułowanie „zamierzone działanie” wymaga wykazania, że jest to świadome zachowanie podmiotu, zmierzające do wywołania określonych skutków prawnych. / A. Gawrońska-Baran [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2022, art. 109./

Jednocześnie nie każdy brak wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu może być utożsamiany z zajęciem okoliczności uprawniających do wykluczenia wykonawcy ze względu na przedstawienie informacji wprowadzających w błąd. Jak wskazała KIO w wyroku z 14.02.2020 r., KIO 197/20, LEX nr 2937380: „nie jest uprawnione utożsamianie niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu z zaistnieniem podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania określonych w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp. Inny sposób rozumienia spełnienia warunku udziału w postępowaniu nie przesądza automatycznie o wprowadzeniu w błąd Zamawiającego. Wykonawca będzie podlegał wykluczeniu, jeżeli informacje nieprawdziwe będzie podawał w wyniku działania zamierzonego lub rażącego niedbalstwa. Niezbędne do podjęcia czynności wykluczenia jest więc ustalenie, że wykonawca działał umyślnie - z zamiarem wprowadzenia zamawiającego w błąd - lub też wprowadził nieumyślnie, jednak z naruszeniem w sposób rażący standardu wymaganej ostrożności (por. wyrok KIO z 9.01.2020 r., KIO 2630/19, LEX nr 2911787). Przez niedbalstwo, zgodnie z doktryną prawa cywilnego, należy rozumieć zachowanie sprawcy, który podejmując decyzję co do przyszłego postępowania, nie zdaje sobie sprawy z tego, że może ono być bezprawne. Miernikiem oceny przewidywania sprawcy co do prawidłowości lub nieprawidłowości działania w przypadku zamówień publicznych powinno być zachowanie należytej staranności ustalonej z

uwzględnieniem zawodowego charakteru działalności prowadzonej przez wykonawcę. ”./ M. Stachowiak [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kiliel, M. Stachowiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 109./

Przepis art. 109 ust 1 pkt 10 PZP dopuszcza wykluczenie wykonawcy w sytuacji wprowadzenia w błąd zamawiającego w wyniku zachowań nieumyślnych wykonawcy, tj. lekkomyślności lub niedbalstwa. Lekkomyślność to sytuacja, gdy dłużnik zdaje sobie sprawę z tego, że określone zachowanie może prowadzić do naruszenia zobowiązania, ale bezpodstawnie sądzi, że uda mu się jednak tego uniknąć. Przy niedbalstwie dłużnik (wykonawca) nie zdaje sobie sprawy, choć powinien, że określone zachowanie prowadzić będzie do naruszenia przez niego zobowiązania 250 . / A. Gawrońska-Baran [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2022, art. 109./

Zamawiający wskazuje, iż Wykonawcy można by co najwyżej przypisać błędne przekonanie o tym, że spełniał warunek udziału w postępowaniu. Natomiast żaden ze środków dowodowych przedłożonych czy to przez Odwołującego, czy też pozyskanych samodzielnie przez Zamawiającego, nie pozwala w sposób jednoznaczny stwierdzić, iż działanie Wykonawcy firmy IJOT było działaniem intencjonalnym, w sposób zamierzony bądź przynajmniej lekkomyślny, celem wprowadzenia Zamawiającego w błąd co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający wnosi o oddalenie tego zarzutu w całości wobec nie wykazania przez Odwołującego działania w sposób lekkomyślny, niedbały, czy już zwłaszcza działania zamierzonego lub rażącego niedbalstwa. Ciężar dowodu w tym zakresie spoczywał na Odwołującym się, a ten tego obowiązku nie udźwignął.

W zakresie zarzutu nr VI.

Zamawiający wskazuje, iż jest on de facto bezprzedmiotowy, gdyż ocenie poddana została oferta nie Odwołującego, ale firmy IJOT i na moment wyboru oferty Zamawiający pozostawał w przekonaniu, że była to oferta najkorzystniejsza, stąd nie można mu teraz zarzucać, że nie wybrał innej, która w jego ocenie na ten moment nie była ofertą najkorzystniejszą. Ewentualna możliwość wyboru oferty Odwołującego się będzie możliwa dopiero po unieważnieniu czynności wyboru oferty firmy IJOT.

W zakresie zarzutu nr VII.

Odwołujący postawił tu zarzut dotyczący naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zarzut ten ma jednak charakter wynikowy w stosunku do wcześniejszych zarzutów, dopiero bowiem uznanie, że Zamawiający naruszył wskazane we wcześniejszych zarzutach przepisy mogłoby oznaczać, że doszło również do naruszenia uczciwej konkurencji i równego traktowania. Zamawiający nie uznaje jednak tego zarzutu i wskazuje, iż na moment wyboru oferty przedłożone przez Wykonawcę dokumenty wskazywały, iż spełnia on warunek udziału w postępowaniu, a wobec tego oferta ta była

ofertą najkorzystniejszą, a co za tym idzie Zamawiający nie mógł wybrać innej oferty, a jego działanie nie zakłóca zasad uczciwej konkurencji i nie stanowiło przejawu nierównego traktowania wykonawców. (...)”.

Do pozostałych kwestii Izba odniesie się w ramach rozpatrywanych zarzutów.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 552 ust.1 NPzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 542 ust. 1 NPzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnośnie zarzutu pierwszego i piątego, Izba uznała, że niniejsze zarzuty podlegają oddaleniu. Jednocześnie z uwagi na ich charakter Izba odniesie się do nich łącznie.

W ocenie Izby, Przystępujący wykazał spełnienie wymogu udziału w postępowaniu z działu IV pkt 1 ppkt 2 lit. a SWZ. Przedstawione w ramach uzupełnienia zlecenie z 17.10.2021 r., protokół z 03.12.2021 r. oraz poświadczenie z 23.12.2021 r. jednocześnie potwierdzają realizację usługi korespondującej z oczekiwanym wymogiem Zamawiającego. Należy także zgodzić się z Zamawiającym, że kwestia przesunięcia czasowego realizacji zlecenia wynikał z warunków pogodowych, na które wskazywał w swoim przystąpieniu Przystępujący, co było pokłosem okresu jesiennego. Nie zmienia to stanowiska Izby, co do należytego wykonania usługi, tym bardziej, że protokół z 03.12.2021 r. nie zawiera żadnych uwag, ani negatywnych odniesień względem zaistniałego poślizgu czasowego. Należy więc uznać, że był on uzgodniony między stronami stosunku zlecenia.

Izba zgadza się, że zlecenie obejmują drogowy obiekt inżynierski (skarpy i przyczółki), usunięcie nieprzydatnej roślinności (porosty) oraz spełnia wymóg realizacji na obszarze 3 tys. m² (zgodnie z metrażem wynikającym ze zlecenia). Należy uznać za błędne stanowisko Odwołującego, który kwestionuje wykonywanie, we wskazanym okresie, prac, które swoim zakresem odpowiadały wymaganym w warunku. Zgodzić się należy, zgodnie z zasadami doświadczenia życiowego, że do wykonywania nasadzeń wynikających z notatki służbowej z 12.08.2021 r. (dołączonej do przystąpienia), konieczne było usunięcie tego co między czasie narosło, stąd konieczność koszenia i uśnięcia porostów ze skarp i przyczółków. Powyższe zresztą wynika z treści samego zlecenia: *„Należy usunąć porost ze skarp i przyczółków oraz z otoczenia w zakresie umożliwiającym odtworzenie nasadzeń zieleni naprowadzającej, tzn. krzewów w gruncie i pnączy przy ekranach”*. Jednocześnie, Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, że z notatki służbowej z 12.08.2021 r. wynika tożsamość lokalizacyjna wskazana w zleceniu z 17.10.2021 r. (przejścia dla zwierząt oraz skarpy), stąd dodatkowo należy potwierdzić ciąg przyczynowo – skutkowy między powyższymi faktami.

Dodatkowo, Izba zgadza się, że zarzut wykazania się usługą starszą niż 3 lata, jest zarzutem nowym i spóźnionym, gdyż został sformułowany dopiero na rozprawie przez Odwołującego. Jedynie dla porządku stwierdzając, że merytorycznie jest chybiony, biorąc pod uwagę notatkę służbową z 12.08.2021 r. (dotyczy bowiem zupełnie innego stosunku prawnego).

Podobnie, Izba uznała, że zarzut nielegalnego działania ze strony Przystępującego (uzyskania doświadczenia w sposób nielegalny), z uwagi na realizację zlecenia bez wiedzy i zgody Głównego Wykonawcy jest zupełnie nowym zarzutem. Jedynie dla porządku stwierdzając, że merytorycznie jest chybiony, gdyż umowa podwykonawcza z 2012 r. z firmą W. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą W. B. Przedsiębiorstwa Usługowego EKOLAS wygasła, upłynął także okres gwarancji (co potwierdził także Główny Wykonawca firma Strabag Sp. z o.o. w korespondencji z Zamawiającym dołączonej do odpowiedzi na odwołanie). W konsekwencji wnioski Odwołującego, stanowiące zupełnie nowy zarzut, że doświadczenie zostało zdobyte w sposób nielegalny jest zbyt daleko idące.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Oдноśnie zarzutu drugiego, trzeciego i czwartego, Izba uznała, że niniejsze zarzuty podlegają oddaleniu. W tym zakresie dzieląc stanowisko Zamawiającego z odpowiedzi na odwołanie. Dodatkowo podkreślając, że uzasadnienie tych zarzutów w odwołaniu jest mniej niż skromne. Należy też zauważyć, że Przystępujący wykonując zlecenie, działał w dobrej wierze i nawet biorąc pod uwagę spóźniony zarzut i argumentacje Odwołującego z rozprawy, to nie na nim spoczywał obowiązek zgłoszenia, co nie zmienia faktu, iż fakt zgłoszenia miał charakter problematyczny (obowiązek zgłoszenia) z uwagi na okoliczności wskazane wcześniej.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Oдноśnie zarzutu szóstego i siódmego, Izba uznała, że wobec oddalenia wcześniejszych zarzutów, podlegają one również oddaleniu, z uwagi na ich wynikowy charakter.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 553 zdanie pierwsze i art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono z uwzględnieniem przywołanych poniżej przepisów, w tym także w oparciu o § 8 ust. 2 zdanie pierwsze rozporządzenia wskazanego poniżej. Jednocześnie, obciążając kosztami Odwołującego.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 Pzp oraz art. 575 Pzp, z uwzględnieniem postanowień Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: