

Kamienna Góra, dn. 18 stycznia 2024 r.

ZIF.271.28.2023

### Wykonawcy

#### dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na administrowanie i bieżące utrzymanie cmentarzy w Kamiennej Górze

Zamawiający działając na podstawie przepisu art. 253 ust. 1 Ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2023 roku, poz. 1605 ze zmianami) dalej „Ustawa”, niniejszym informuje, że w postępowaniu na administrowanie i bieżące utrzymanie cmentarzy w Kamiennej Górze:

1. **OFERTĘ NAJKORZYSTNIEJSZĄ** z ceną **1 390 700,00 zł brutto** (słownie: jeden milion trzysta dziewięćdziesiąt tysięcy siedemset złotych 00/100) złożył Wykonawca: ***Spółka Mieszkaniowa sp. z o.o., z siedzibą: ul. H. Sienkiewicza 3, 58-400 Kamienna Góra.***

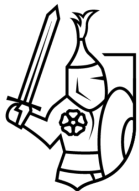
Oferta najkorzystniejsza wybrana została zgodnie z art. 239 Ustawy, na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji warunków zamówienia (dalej „swz”). Uzyskała ona 100 punktów, w tym w kryterium „cena oferty (brutto)” uzyskała 60 punktów, zaś w kryterium „samodzielna realizacja kluczowych elementów zamówienia” uzyskała 40 punktów. Wykonawca wykazał spełnienie warunków udziału oraz brak podstaw do wykluczenia z postępowania.

2. **ODRZUCONO** ofertę złożoną przez **INTER-TRANS Dawid Karst**, ze stałym miejscem wykonywania działalności gospodarczej: **Janiszów 31, 58-400 Kamienna Góra**, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) Ustawy, albowiem oferta została złożona przez Wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, postawionych przez Zamawiającego w Rozdziale X pkt 1, ppkt 1.4. lit. a) i lit. b) swz.

#### UZASADNIENIE

Warunkiem udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej było wykazanie, że Wykonawca :

- a) w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, przed upływem terminu składania ofert zrealizował lub realizuje należycie co najmniej jedno zamówienie



podobne. Za zamówienie podobne Zamawiający uważa usługę polegającą na wykonaniu lub wykonywaniu usługi administrowania i bieżącego utrzymania cmentarzami przez okres co najmniej 12 miesięcy w jednym zamówieniu (jednej umowie). Jeżeli Wykonawca wykazuje się usługą nadal wykonywaną (w trakcie realizacji), w takim przypadku zakres zrealizowanej usługi, na dzień składania ofert, winien spełniać określony powyżej wymóg co do terminu (tj. minimum 12 miesięcy);

b) posiada minimum 36 miesięcy doświadczenia w realizacji usług administrowania cmentarzami.

INTER-TRANS Dawid Karst na potwierdzenie spełniania tego warunku złożył następujące podmiotowe środki dowodowe: Wykaz usług wykonanych lub wykonywanych w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert (załącznik nr 5 do swz), w którym wykazał, że w ramach umowy o wolontariat wykonał administrowanie i bieżące utrzymanie cmentarza parafialnego przy parafii św. Barbary w Wojcieszycach w okresach:

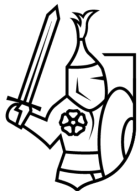
- 1) 10/10/2020 - 09/11/2021 – tj. 12 miesięcy i 30 dni,
- 2) 10/11/2021 - 09/11/2022 - tj. 11 miesięcy i 29 dni,
- 3) 10/11/2022 - 09/11/2023 – tj. 12 miesięcy,

celem udokumentowania wymaganego doświadczenia w zakresie jw.

INTER-TRANS Dawid Karst złożył również potwierdzenie należytego wykonania usług jw. wystawione przez proboszcza wspomnianej wyżej parafii. Co ważne ów proboszcz posługiwał się w tym potwierdzeniu słowem „usługa”.

Oferty zostały otwarte dnia 20.11.2023 roku. Zamawiający na bazie wyżej opisanych podmiotowych środków dowodowych, w szczególności zaś zaznaczenia, że doświadczenie zostało zdobyte w ramach umów o wolontariat uznał, że należy wyjaśnić, czy umowa wolontariatu wykazana w wykazie usług, która ze swojej istoty (essentialia negotii) jest świadczeniem nieodpłatnym może być uznana za usługę w rozumieniu Rozdziału X, pkt 1, ppkt 1.4., lit. a) i lit. b) swz; usługa referencyjna bowiem miała być wykonana w jednym zamówieniu tj. jednej umowie. W konsekwencji czy umowę o wolontariat można uznać za równoważną tej, o której mowa w warunku z Rozdziału X, pkt 1, ppkt 1.4, lit. a) swz. Zamawiający wymagał bowiem, aby okres świadczenia usługi referencyjnej trwał przez okres min. 12 miesięcy i był objęty jedną umową. W Rozdziale III, pkt 3. swz zawarta była informacja, że w zakresie nie uregulowanym mają zastosowanie przepisy Ustawy.

Ponieważ na gruncie Ustawy umowę należy utożsamiać z zamówieniem (art. 7, pkt 32) Ustawy: zamówieniu - należy przez to rozumieć umowę odpłatną zawieraną między zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem jest nabycie przez zamawiającego od wybranego wykonawcy robót budowlanych, dostaw lub usług), Zamawiający pismem z dnia 08.12.2023 roku dot. wykazu usług i potwierdzenia należytego wykonania usług, poprosił o wyjaśnienie, jakie czynności dotyczące administrowania i bieżącego utrzymania cmentarza parafialnego przy parafii św. Barbary w Wojcieszycach zostały określone



w wykazanych umowach o wolontariat. Użyte we wniosku słowo „czynności” nie było przypadkowe. Celem wezwania było ustalenie, czy doświadczenie jest czerpane z wykonywanych świadczeń czy też usług.

INTER-TRANS Dawid Karst złożył stosowne wyjaśnienia, cyt.: [...] „*że podstawowymi czynnościami były:*

- *utrzymanie czystości i porządku na terenie cmentarza (koszenie, sprzątanie, odśnieżanie i posypywanie piaskiem w okresie zimowym)*
- *pielęgnacja i utrzymanie istniejącej zieleni na terenie cmentarza (koszenie, grabienie, przycinanie żywopłotu)*
- *konserwacja istniejącego drzewostanu, usuwanie posuszu, odrostów korzeniowych, wycinka drzew czy usuwanie konarów*
- *udostępnianie obiektów cmentarza innym podmiotom świadczącym usługi pogrzebowe*
- *wskazywanie miejsca pochówku*
- *przygotowywanie dokumentacji do wpisów do Księgi Parafialnej (księgi parafialne prowadzi Proboszcz Parafii)*
- *bieżąca konserwacja ogrodzenia/muru (naprawa drobnych uszkodzeń, oczyszczanie podmurówki)*
- *koordynowanie pracownikami wykonującymi remont ogrodzenia [...]”.*

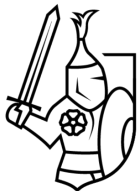
SWZ wymagała wykonania umowy – świadczenia odpłatnego.

Ponieważ wyjaśnienie jw. nie rozwiało wątpliwości - w ramach umowy wolontariatu mogą być realizowane świadczenia nieodpłatne, zaś w wykazie usług INTER-TRANS Dawid Karst złożył wykaz zrealizowanych usług w ramach wolontariatu (kolumna: Przedmiot zamówienia (rodzaj i zakres usług), miejsce wykonania zamówienia), co potwierdził referencją - Zamawiający w trybie art. 128 ust. 1 Ustawy poprosił o poprawienie/uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego.

W odpowiedzi na wezwanie w oznaczonym terminie INTER-TRANS Dawid Karst złożył ponownie wykaz usług o identycznej treści jak na pierwsze wezwanie, te same referencje oraz kopie umów wykazanych w wykazie usług. Dodatkowo przedstawił obszerne wyjaśnienia.

Po analizie złożonych powtórnie podmiotowych środków dowodowych w powiązaniu ze złożonymi wyjaśnieniami Zamawiający uznał, że zachodzą przesłanki do odrzucenia oferty INTER-TRANS Dawid Karst, na podstawie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) Ustawy.

INTER-TRANS Dawid Karst wyjaśnił, że art. 9 ust. 1 pkt. 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. 2020 poz. 2415) w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w zw. z art. 128 ust. 6 Ustawy wymaga literalnej wykładni, ta zaś potwierdza, że ustawodawca przewidział możliwość potwierdzenia przez wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu przy pomocy usług, które w dalszym ciągu są prawidłowo wykonywane, co w świetle niniejszego stanu faktycznego



**Kamienna  
Góra**

Tajemnicze Pogranicze

Urząd Miasta  
Kamienna Góra

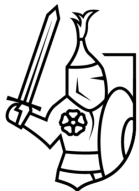
Plac Grunwaldzki 1  
58-400 Kamienna Góra

niewątpliwie ma miejsce. Na poparcie tego stanowiska odwołał się do orzecznictwa KIO; zgodnie z przyjętą wykładnią warunek doświadczenia wykonawcy nie może być bardziej restrykcyjny niż jest to konieczne dla oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania przyszłej umowy (Wyrok KIO z dnia 3 grudnia 2018 r. sygn. KIO 2381/18). Warunek musi być też „proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia” co wynika wprost z art. 22 ust. 1a ustawy – Prawo zamówień publicznych. Warunek musi być nie tylko powiązany z opisem przedmiotu zamówienia i do niego adekwatny, ale także nie może być narzędziem dyskryminacji wykonawców. Zamawiający nie może zatem formułować go w sposób, który eliminowałby z postępowania wykonawców, którzy są w stanie wykonać należycie zamówienie.

Co zaś się tyczy rzekomego zarzutu nie spełnienia przez wykonawcę kryterium odpłatności za świadczone przez wykonawcę usługi przywołał Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 lipca 2022 r. KIO 1793/22 i zarzucił Zamawiającemu rozszerzające traktowanie warunku progowego w zakresie doświadczenia poprzez wymaganie, aby referencyjne usługi były odpłatne – co stanowi wg Zamawiającego celowe wypaczenie treści wezwania z dnia 28.12.2023 roku.

Dalej przedstawił następujący wywód prawny cyt.: „[...] literalna wykładnia art. 9 ust. 1 pkt. 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 30 grudnia 2020 r. jednoznacznie wskazuje, iż ustawodawca przewidział możliwość potwierdzenia przez wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu przy pomocy usług, które zostały wykonane, a ich wykonanie zostało potwierdzone poprzez referencje bądź też inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane. Kolejno nie może zejść z pola widzenia fakt, iż zgodnie z literalną wykładnią przytoczonego powyżej art. 9 ust. 1 pkt. 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 30 grudnia 2020 r. wskazać należy, iż ustawodawca nie zastrzegł, iż wykonane usługi będące przedmiotem doświadczenia wykonawcy, muszą zostać wykonane odpłatnie. Ponad powyższe, wskazać należy, iż ustawodawca w Ustawie Prawo Zamówień Publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019) w art. 7 pkt. 28 sformułował legalną definicję usług określając, iż *należy przez to rozumieć wszelkie świadczenia, które nie są robotami budowlanymi lub dostawami*. Wskazać należy, iż zgodnie z normą art. 750 k.c. *Do umów o świadczenie usług, które nie są uregulowane innymi przepisami, stosuje się odpowiednio przepisy o zleceniu*. Zgodnie z art. 734 § 1 k.c. *Przez umowę zlecenia przyjmujący zlecenie zobowiązuje się do dokonania określonej czynności prawnej dla dającego zlecenie*. Należy w tym miejscu podkreślić, iż ustawodawca przyjął, iż zlecenie – a co za tym idzie również usługa może być wykonana bez wynagrodzenia, jeżeli wynika to z treści umowy, którą strony zawarły (art. 735 § 1 k.c.).

Przesłanka odpłatności umowy i jej wpływ na badanie ważności zawartej umowy zostały szeroko omówione zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie, dlatego też konkludując wskazać należy, że *Odpłatność nie stanowi istotnego elementu umowy zlecenia, która może zostać zawarta zarówno jako*



*umowa odpłatna, jak i nieodpłatna.* (Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie - I Wydział Cywilny z dnia 25 czerwca 2013 r., I ACa 539/13).”

Zdaniem Zamawiającego powyższe wywody nie przystają do stanu sprawy. Opierają się nie na subsumpcji stanu faktycznego wynikającego ze złożonych podmiotowych środków dowodowych pod postanowienia Rozdziału X pkt. 1, ppkt 1.4. lit. a) i lit. b) swz, tylko na subsumpcji podmiotowych środków dowodowych do art. 9 ust.1 pkt 2 powołanego Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 30 grudnia 2020 r. - co jawi się być kulawą konstrukcją prawną i jest przejawem braku umiejętności stosowania prawa.

Stan faktyczny w zakresie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w tym przypadku wyznaczają podmiotowe środki dowodowe oraz wyjaśnienia złożone w dniu 03.01.2024 roku przez INTER-TRANS Dawid Karst. Umowy jakie INTER-TRANS Dawid Karst zawarł z Parafią św. Barbary w Wojcieszycach ilustrują wolę stron stosunku zobowiązaniowego.

Jasno z nich wynika (literalnie), że strony umówiły się na wykonywanie świadczeń w rozumieniu ustawy z dnia 27 marca 2023 r. o działalności pożytku publicznego i wolontariacie (tekst jednolity Dz.U. z 2023 r., poz. 571).

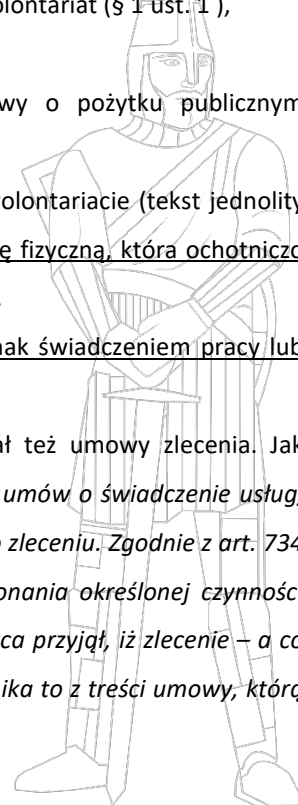
Umowy te stanowią załącznik do cytowanych wyżej wyjaśnień. Wszystkie są identycznej treści za wyjątkiem czasu obowiązywania – ten został opisany wyżej. Lektura tych umów pokazuje, że:

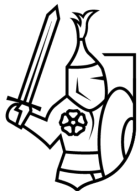
- 1) wolontariuszem jest INTER-TRANS Dawid Karst,
- 2) przedmiot umów stanowi wykonywanie świadczeń w ramach umowy o wolontariat (§ 1 ust. 1 ),
- 3) świadczenia mają charakter dobrowolny i nieodpłatny,
- 4) a w sprawach nieuregulowanych umową stosuje się przepisy ustawy o pożytku publicznym i wolontariacie oraz kodeks cywilny (§ 6).

Ustawa z dnia 27 marca 2023 r. o działalności pożytku publicznego i wolontariacie (tekst jednolity Dz. U. z 2023 r., poz. 571) definiuje wolontariusza - rozumie się przez to osobę fizyczną, która ochotniczo i bez wynagrodzenia wykonuje świadczenia na zasadach określonych w ustawie.

Świadczenie wolontariuszy odpowiada świadczeniu pracy, nie jest jednak świadczeniem pracy lub usług, co zresztą wprost wynika z treści zawartych umów.

INTER-TRANS Dawid Karst zatem nie świadczył usług. Nie wykonywał też umowy zlecenia. Jak bowiem sam zauważył : „*Wskazać należy, iż zgodnie z normą art. 750 k.c. do umów o świadczenie usług, które nie są uregulowane innymi przepisami, stosuje się odpowiednio przepisy o zleceniu. Zgodnie z art. 734 § 1 k.c. przez umowę zlecenia przyjmujący zlecenie zobowiązuje się do dokonania określonej czynności prawnej dla dającego zlecenie. Należy w tym miejscu podkreślić, iż ustawodawca przyjął, iż zlecenie – a co za tym idzie również usługa może być wykonana bez wynagrodzenia, jeżeli wynika to z treści umowy, którą strony zawarły (art. 735 § 1 k.c.).*”





Przepisy ustawy o działalności pożytku publicznego i wolontariacie zawierają uregulowania, które stanowią *lex specialis* w stosunku do art. 750 k.c. i wyłączają stosowanie tego przepisu.

Zatem wywód prawny zawarty w wyjaśnieniach z dnia 03.01.2024 roku jako nieadekwatny, pozbawiony jest przydatności dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Do tego pominięta została całkowicie definicja umowy według art. 7 pkt 32) Ustawy. Użycie w swz określenia „umowa” zdefiniowanego w Ustawie, eliminuje możliwość odwołania się do k.c.

Kolejną kwestią jest to, że w przedstawionych umowach ich strona: INTER-TRANS Dawid Karst nie jest oznaczony jako osoba fizyczna – z numerem PESEL i miejscem zamieszkania tylko jako przedsiębiorca. Jego oznaczenie odpowiada oznaczeniu z CEiDG.

Dalej nie świadczy według treści umów usług, tylko wykonuje świadczenia opisane w umowie.

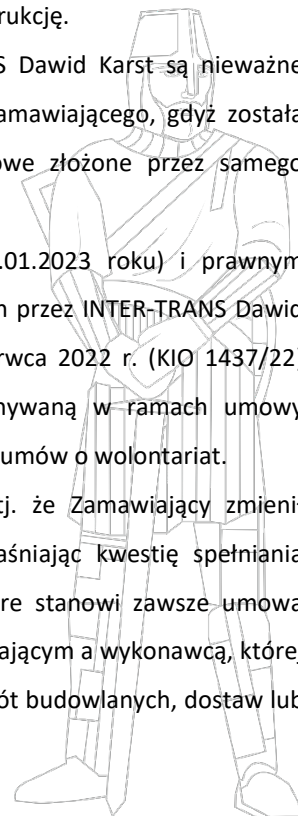
Zatem należy dokonać oceny, czy oświadczenia przedsiębiorcy INTER-TRANS Dawid Karst o zawarciu umów wolontariatu są ważne. Zdaniem Zamawiającego ma tu zastosowanie klauzula salwatoryjna z art. 58 § 1 i 2 k.c.: czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzi odpowiednie przepisy ustawy. Nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współzycia społecznego.

Zawarcie umowy o wolontariat przez przedsiębiorcę w aspekcie podatkowym i konkurencyjnym nie jest obojętne, gdyż powoduje powstanie po stronie korzystającego nieodpłatnych świadczeń, których nie powinien przyjmować od przedsiębiorcy, gdyż prawo nie pozwala na taką konstrukcję.

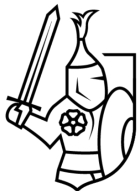
Zatem zawarte w umowach o wolontariat oświadczenia INTER-TRANS Dawid Karst są nieważne i sprzeczne z zasadami współzycia społecznego. Ocena ta jest wiążąca dla Zamawiającego, gdyż została wywiedziona z mocy prawa w oparciu o wyjaśnienia i dokumenty źródłowe złożone przez samego zainteresowanego.

W opisanym wyżej stanie faktycznym (swz, wyjaśnienia z dnia 03.01.2023 roku) i prawnym Zamawiającemu nie pozostawało nic innego jak zastosować się do wskazanych przez INTER-TRANS Dawid Karst wyroków KIO z dnia 12 sierpnia 2022 r. (KIO 1879/22) i z dnia 21 czerwca 2022 r. (KIO 1437/22) i warunek doświadczenia potraktować literalnie tj. jest jako usługę wykonywaną w ramach umowy trwającej co najmniej 12 miesięcy, nie zaś świadczenie które było przedmiotem umów o wolontariat.

Kwestia odpłatności w ujęciu zarzutów zawartych w wyjaśnieniu (tj. że Zamawiający zmienił warunek progowy) w tym przypadku nie ma znaczenia. Zamawiający wyjaśniając kwestię spełnienia warunku udziału w postępowaniu odwołał się do definicji zamówienia, które stanowi zawsze umowa odpłatna (należy przez to rozumieć umowę odpłatną zawieraną między zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem jest nabycie przez zamawiającego od wybranego wykonawcy robót budowlanych, dostaw lub usług).







Przestrzeń dla zasad współżycia społecznego została zaburzona poprzez jak się wydaje nieprzypadkowe, koniunkturalne używanie nazw:

- 1) w relacji INTER-TRANS Dawid Karst – Parafia św. Barbary występuje „świadczanie”,
- 2) proboszcz Parafii św. Barbary w referencji pisze o „usłudze”,
- 3) w relacji INTER-TRANS Dawid Karst – Zamawiający występuje „czynność” lub „usługa”,

którego celem było wykreowanie innej niż faktyczna a korzystnej z punktu widzenia konkurowania w postępowaniu o zamówienie publiczne rzeczywistości.

Zataczając krąg w rozważaniach co do spełniania przez INTER-TRANS Dawid Karst warunku Rozdziału X, pkt 1, ppkt 1.4. lit. a) i lit. b) swz, Zamawiający uznał, przy zachowaniu zasad zawartych w swz, że niemożliwym jest pozytywna weryfikacja spełniania warunku z Rozdziału X, pkt 1, ppkt 1.4. lit. b) swz, tj. posiada minimum 36 miesięcy doświadczenia w realizacji usług administrowania cmentarzami, gdyż INTER - TRANS Dawid Karst jako przedsiębiorca nie udowodnił, że takie posiada; w postępowaniu występuje bowiem jako przedsiębiorca (Rozdział XI pkt 1, ppkt 1.3 swz).

Zamawiający ponadto informuje, że w niniejszym postępowaniu, w terminie, złożono dwie oferty, jedną odrzucono. Oferty otrzymały następującą liczbę punktów w kryteriach oceny ofert:

Lp.	Wykonawca (nazwa albo imię i nazwisko oraz siedziba lub miejsce prowadzonej działalności gospodarczej albo miejsce zamieszkania Wykonawcy)	Liczba pkt w kryterium cena	Liczba pkt w kryterium samodzielna realizacja kluczowych elementów zamówienia	Łączna punktacja
1	<b>Spółka Mieszkaniowa Sp. z o.o.</b> Kamienna Góra	<b>60,00</b>	<b>40,00</b>	<b>100</b>
2	<b>INTER – TRANS Dawid Karst</b> Janiszów	oferta odrzucona		

Sprawę prowadzi i pismo sporządził:

**Piotr Kepesz**

Inspektor ds. zamówień publicznych

Wydział Zamówień Publicznych, Inwestycji i Funduszy Zewnętrznych - Urząd Miasta Kamienna Góra

pok. 308

tel. +48 75 645 51 25

e-mail: [piotr.kepez@kamiennagora.pl](mailto:piotr.kepez@kamiennagora.pl)

