

WYROK

z dnia 28 kwietnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 kwietnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 kwietnia 2022 r. przez wykonawcę Z. F. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą EKO-OGRÓD Z.F. Konserwacja Terenów Zielonych w Tychach w postępowaniu prowadzonym przez Gminę

Miasta Tychy - Tyski Zakład Usług Komunalnych w Tychach

przy udziale wykonawcy BIO-EKOS Sp. z o.o. sp. k. siedziba Nowe Chechło zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 970/22 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego - wykonawcę Z. F. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą EKO-OGRÓD Z.F. Konserwacja Terenów

Zielonych w Tychach i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

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

Sygn. akt: KIO 970/22

Zamawiający - Gmina Miasta Tychy - Tyski Zakład Usług Komunalnych w Tychach [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu

nieograniczonego na utrzymanie zieleni niskiej w Tychach w 2022 r. - Zadanie nr 1-5 (znak postępowania: DO.261.2.2021).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 12 października 2021 r. pod numerem nr 2021/S 198-516792.

W dniu 7 kwietnia 2022 r. wykonawca Z. F. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą EKO-OGRÓD Z.F. Konserwacja Terenów Zielonych w Tychach [dalej „Odwołujący”] wniósł odwołanie w zakresie zadania nr 3 zamówienia zarzucając Zamawiającemu

naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty BIO-EKOS

sp. z o.o. sp. k. pomimo, że Wykonawca wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz art. 16 pkt 1) ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady przeprowadzenia

postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji w związku z czynnościami wyjaśnienia przedstawionych przez BIO-EKOS sp. z o.o. sp. k. podmiotowych środków dowodowych;

2. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty BIO-EKOS sp. z o.o. sp. k. pomimo niespełnienia przez tego Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej zdolności technicznej i zawodowej.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. odrzucenie oferty BIO-EKOS Sp. z o.o. sp. k.;
3. wybór oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący przedstawił stan faktyczny sprawy. W przedmiocie zarzutu zawartego w punkcie 1. petitum odwołania Odwołujący wskazał, że treść wykazu usług złożonego przez BIO-EKOS nie wskazywała na jakąkolwiek powierzchnię koszenia trawy w pasach zieleni dróg publicznych na terenach miejskich oraz rowów. Oznacza to, że sam wykaz, będący oświadczeniem własnym Wykonawcy nie potwierdzał spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący podkreślał, że umowa wskazana przez BIO-EKOS sp. z o.o. sp. k., w wykazie usług, na potrzeby wykazania wymaganego doświadczenia była realizowana w ramach konsorcjum z Odwołującym. Ku zdziwieniu Odwołującego, w poświadczeniu wydanym przez MZUiM Tychy (ale przygotowanym przez BIO-EKOS sp. z o.o. sp. k., co zostanie wykazane poniżej) wskazano zakres prac polegający na - Utrzymaniu i pielęgnacji zieleni w pasach drogowych w rejonie I i II na terenie miasta Tychy (poz. III), w tym: koszenie rowów na terenie miasta w ilości 908.350 m², co jest niezgodne ze stanem faktycznym.

Odwołujący wskazał, że w ramach zadania pn.: „Remonty i utrzymania pasa drogowego wzdłuż dróg administrowanych przez Miejski Zarząd Ulic i Mostów w Tychach w latach 2017-2019” prace były wykonywane w następujący sposób:

- w Rejonie I prace realizował Odwołujący i w tym zakresie wykonano m.in. koszenie rowów, o ilości mniejszej niż wskazana w poświadczeniu, tj. 908.350 m²;
- w Rejonie II prace realizował BIO-EKOS sp. z o.o. sp. k. lecz zakres umowy nie obejmował koszenia rowów.

Odwołujący wskazał, że w dniu 17 lutego 2022 r. w trybie dostępu do informacji publicznej wystąpił do MZUiM Tychy o przedstawienie dokumentów, z których wynika, że wykonawca BIO-EKOS sp. z o.o. sp. k. oraz Odwołujący w ramach realizacji zamówienia

publicznego: „Remonty i utrzymania pasa drogowego wzdłuż dróg administrowanych przez

Miejski Zarząd Ulic i Mostów w Tychach w latach 2017-2019" wykonali usługę dotyczącą utrzymania i pielęgnacji zieleni w pasach drogowych w rejonie I i II na terenie miasta Tychy: koszenie rowów na terenie miasta w ilości 908.350 m² za kwotę 1.115.270,50 zł.

O fakcie przekazania powyższego pisma do MZUiM Tychy Odwołujący poinformował Zamawiającego w dniu 4 marca 2022 r. W efekcie, sam Zamawiający w dniu 9 marca 2022 r. wystąpił do MZUiM Tychy o jak najszybsze udzielenie informacji czy faktycznie „doszło do omyłki w powyższym referencjach”? Jeżeli tak prosimy o przesłanie kopii sprostowania przedmiotowego poświadczenia.” Odwołujący wskazał, że kuriozalnym i niezrozumiałym jest w tym przypadku działanie Zamawiającego, które w sposób jednoznaczny narusza zasady uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami. Zamawiający bezpodstawnie SUGERUJE MZUiM Tychy, że mogło dojść do OMYŁKI, nie mając żadnych dowodów na potwierdzenie takiego stanu faktycznego. Przedłożone przez BIO-EKOS sp. z o.o. sp. k. poświadczenie zawiera jednoznaczne informacje w zakresie powierzchni koszenia rowów na terenie miasta i wskazaną nawet w tym zakresie kwotę. Z treści tego poświadczenia jednoznacznie wynika, że zostało wystawione przez MZUiM Tychy i podpisane przez Zastępcę Dyrektora ds. technicznoadministracyjnych mgr inż. Wojciech Łyko.

Odwołujący wskazał, że w odpowiedzi na przedmiotowe pismo Zamawiającego do MZUiM Tychy wskazało, że: analiza szczegółowa wartości liczbowych wskazanych w ww dokumencie, KTÓRY TO DOKUMENT NIE ZOSTAŁ SPORZĄDZONY W NASZEJ JEDNOSTCE, skłoniła nas do ponownego, dogłębnego przeanalizowania ich prawidłowości. W dalszej części pisma MZUiM Tychy wskazał, że: „Wobec powzięcia wątpliwości, czy potwierdzając fakt wykonania przez Konsorcjum wartości wskazanych ww. PRZEDŁOŻONYM NAM PRZEZ JEDNEGO Z KONSORCJANTÓW DOKUMENCIE, nie doszło do omyłki - poddaliśmy analizie dokumentację źródłową zamówienia, którego dokument Poświadczenia miał dotyczyć”.

Odwołujący podniósł, że z przytoczonego pisma wynika, że: poświadczenie złożone przez BIO-EKOS sp. z o.o. sp. k. nie zostało sporządzone w MZUiM Tychy i zostało przygotowane przez jednego z konsorcjantów. Autorem tego poświadczenia nie jest Odwołujący. Skoro konsorcjum składało się z dwóch wykonawców, nie budzi żadnej wątpliwości, że autorem przedmiotowego poświadczenia jest BIO-EKOS sp. z o.o. sp. k. Co niezmiennie istotne, MZUiM Tychy zobowiązał się do przesłania Zamawiającemu sprostowania przedmiotowego dokumentu, co według wiedzy Odwołującego do dnia wniesienia niniejszego odwołania nie nastąpiło, pomimo kolejnego pisma Zamawiającego w tym zakresie z dnia 16 marca 2022 r. W odpowiedzi na to pismo Zamawiający otrzymał wyłącznie tabelaryczne zestawienie powierzchni wykonywanej usługi, a nie sprostowanie Poświadczenia z dnia 25 listopada 2020 r. Co ważne, pismo MZUiM Tychy do Zamawiającego nie zawierało żadnej oceny należytego wykonania przedmiotowej usługi.

Odwołujący podniósł, że z powyższego wynika, iż BIO-EKOS sp. z o.o. sp. k. w treści wykazu usług nie wskazała zakresu realizowanej usługi, a niezgodny ze stanem faktycznym dokument, stworzony przez BIO-EKOS sp. z o.o. sp. k., a następnie przedłożony do podpisu ówczesnemu Zamawiającemu (MZUiM Tychy) jako poświadczenie wykonania usługi, zawierał nieprawdziwe informacje mające na celu wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Tak przedstawione doświadczenie wprowadziło Zamawiającego w błąd co do oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o czym świadczy próba Zamawiającego szczegółowego ustalenia właściwego zakresu doświadczenia przedstawionego przez BIO-EKOS sp. z o.o. sp. k. Gdyby nie pisma Odwołującego do MZUiM Tychy i Zamawiającego, wskazujące na nieprawdziwe informacje zawarte w treści poświadczenia z dnia 25 listopada 2020 r., Zamawiający oceniałby doświadczenie BIO-EKOS wyłącznie na ich podstawie, a co za tym idzie, według nieprawdziwej informacji

w zakresie koszenia rowów na terenie miasta w ilości 908.350 m².

W związku z tym, że BIO-EKOS sp. z o.o. sp. k., będąc autorem treści poświadczenia z dnia 25 listopada 2020 r. musiała być świadoma nieprawdziwości zakresu wykonanych prac, skoro była stroną realizowanej umowy, należy przyjąć, że wprowadzenie

Zamawiającego w błąd było przejawem co najmniej rażącego niedbalstwa ze strony BIO-EKOS sp. z o.o. sp. k. Ponieważ, ocena spełnienia warunków udziału w postępowaniu na podstawie przedłożonych przez BIO-EKOS sp. z o.o. sp. k. podmiotowych środków dowodowych wpływa bezpośrednio na decyzję Zamawiającego w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a co za tym idzie konieczności odrzucenia złożonej oferty, należy przyjąć, że posłużenie się przez BIO-EKOS sp. z o.o. sp. k. nieprawdziwą informacją w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu co najmniej mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Odwołujący podkreślał, że zaistnienie fakultatywnej podstawy wykluczenia określonej

w art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp stanowi samodzielną podstawę wykluczenia z postępowania i Zamawiający nie może np. w drodze zastosowania art. 128 ust. 1 ustawy Pzp doprowadzić do sytuacji, w której informacja wprowadzająca go w błąd zostanie zastąpiona nową informacją. Stanowisko takie został przedstawione w orzecznictwie KIO.

Odnosnie zarzutu określonego w punkcie 2. petitum odwołania Odwołujący wskazał, iż po uzyskaniu jednoznacznej informacji, od MZUiM Tychy, że poświadczeniem z dnia 25 listopada 2020 r. nie może posługiwać się żaden za konsorcjantów, Zamawiający na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp wezwał BIO-EKOS sp. z o.o. sp. k. do uzupełnienia wykazu zrealizowanych usług, przedłożonego w dniu 23 grudnia 2021 r. poprzez podanie dokładnej powierzchni dot. koszenia traw w pasach zieleni dróg publicznych na terenach miejskich oraz odrębnie powierzchni rowów. Tym samym nie ulega wątpliwości, że Zamawiający wezwał o nowy wykaz usług wraz z dowodami, ponieważ uzupełnienie wykazu o nowe informacje niezbędne do oceny spełnienia warunku udziału nie stanowi jego wyjaśnienia, a wyłącznie uzupełnienie.

Odwołujący wskazał, że w związku z treścią ww. wezwania, Zamawiający zażądał podania przez BIO-EKOS sp. z o.o. sp. k. informacji, które powinien od samego początku zawierać wykaz usług, czyli wymaganych warunkiem powierzchni wykonywanej usługi. Oznacza to, że w dniu 23 grudnia 2021 roku (odpowiedź na wezwanie z art. 126 ust. 1 ustawy Pzp), BIO-EKOS sp. z o.o. sp. k. składając wykaz usług oraz nieprawdziwe oświadczenie będące dokumentem mającym na celu wykazanie należytego wykonania usług, nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu z dwóch powodów:

1. wykaz zrealizowanych usług nie potwierdzał spełnienia warunku udziału w postępowaniu,
2. poświadczenie wydane przez MZUiM Tychy było nieprawdziwe.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, kierowane do BIO-EKOS sp. z o.o. sp. k., na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, Wykonawca ten uzupełnił nowy wykaz usług, w którym uzupełniono powierzchnię pasów drogowych, poboczy i rowów. W piśmie przewodnim z dnia 18 marca 2022 r. dołączonym do uzupełnionego wykazu usług

Wykonawca BIO-EKOS sp. z o.o. sp. k. wskazał co prawda, że „(...) w odpowiedzi na wezwanie z dnia 17 marzec br. udzielam wyjaśnień w zakresie podania dokładnej powierzchni zarówno koszenia w pasach drogowych dróg publicznych na terenach miejskich

(...)” niemniej jednak podstawa prawna wezwania Zamawiającego była jasna - art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Tym samym nie ulega wątpliwości, że Zamawiający zażądał uzupełnienia wykazu usług (złożenia nowego wykazu usług), a nie jego wyjaśnienia. Do uzupełnionego wskutek wezwania na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp wykazu usług BIO-EKOS dołączył również inne dokumenty, w tym: 1. wykaz powierzchni, który sporządzony przez BIO-EKOS sp. z o.o. sp. k., 2. faktury VAT wystawione przez BIO-EKOS sp. z o.o. sp. k. na rzecz MZUiM Tychy, 3. protokoły odbioru wykonanych robót, 4. zestawienie wskazujące powierzchnie wykonanych usług, przy czym wymaga podkreślenia, że ww. oświadczenia i dokumenty dołączone do wykazu usług w żadnej mierze nie potwierdzają należytego wykonania usługi zrealizowanej na rzecz MZUiM Tychy. Tym samym Wykonawca BIO-EKOS sp. z o.o. sp. k., w odpowiedzi na wezwanie z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, po raz kolejny przedstawił Zamawiającemu dokumenty, które nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu, przy czym zgodnie z ugruntowaną przez orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej zasadą jednokrotności wezwania, brak jest podstawy do sanacji błędu/zaniechania Wykonawcy.

Odwołujący wskazał na brzmienie § 9 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od Wykonawcy. Podkreślał, że w przedmiotowym postępowaniu nie zaistniały okoliczności uzasadniające zastąpienie dowodów sporządzonych przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane (MZUiM Tychy), oświadczeniem lub dokumentami własnymi Wykonawcy BIO-EKOS sp. z o.o. sp. k. Jednostka jaką jest MZUiM Tychy nadal istnieje, funkcjonuje i obsługuje interesantów, a tym samym Wykonawca BIO-EKOS sp. z o.o. sp. k. mógł uzyskać dowody określające, że usługi zostały wykonane na rzecz tej jednostki zostały wykonane należycie. Niemniej jednak nawet przyjmując, że Wykonawca mógł posłużyć się dokumentami własnymi należy wskazać, że BIO-EKOS sp. z o.o. sp. k. do uzupełnionego wykazu usług dołączyła faktury VAT oraz protokoły odbioru wykonanych robót, przy czym fakt wystawienia faktur na rzecz MZUiM Tychy nie jest w żadnym wypadku dowodem na to, że usługi za którą BIO-EKOS sp. z o.o. sp. k. wystawił dokumenty księgowe, zostały wykonane należycie. Tak samo należy ocenić protokoły odbioru wykonanych robót, gdyż po pierwsze są to dokumenty sporządzone przez BIO-EKOS sp. z o.o. sp. k., a po drugie nie zawierają żadnej oceny wykonania usługi przez MZUiM Tychy. Ponadto co równie istotne żaden z przedstawionych przez BIO-EKOS sp. z o.o. sp. k. protokołów nie został podpisany przez przedstawiciela MZUiM Tychy.

W ocenie Odwołującego powyższe jednoznacznie potwierdza, że BIO-EKOS nie wykazała spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w treści SWZ zarówno poprzez złożenie wykazu usług w odpowiedzi na wezwanie z art. 126 ust. 1 ustawy Pzp, jak i poprzez złożenie Zamawiającemu nowego wykazu usług oraz dokumentów potwierdzających ich należyte wykonanie, na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 21 kwietnia 2022 r. wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający wskazał, że w toku powtórnego badania i oceny ofert, po wniesionym uprzednio Odwołaniu z dnia 10 lutego 2022 r., Zamawiający w dniu 4 marca 2022 r. otrzymał pismo od Odwołującego o skierowaniu w dniu 17 lutego 2022 r. wniosku w trybie informacji publicznej do Miejskiego Zarządu Ulic i Mostów w Tychach, ul. Budowlanych 59, 43-100 Tychy, (dalej: MZUiM), dot. przedstawienia dokumentów, z których wynika, że Wykonawca BIO - EKOS sp. z o.o. sp. k. oraz Odwołujący w ramach wspólnej realizacji zamówienia publicznego: „Remonty i utrzymanie pasa drogowego wzdłuż dróg administrowanych przez Miejski Zarząd Ulic i Mostów w Tychach w latach 2017-2019” wykonali usługę dotyczącą utrzymania i pielęgnacji zieleni w pasach drogowych w Rejonie I i II na terenie miasta Tychy: koszenie rowów na terenie miasta w ilości 908.350 m² za kwotę 1.115.270,50 zł. Kierując się powyższym Zamawiający w celu wyjaśnienia, zwrócił się w trybie art. 128 ust. 5 ustawy Pzp, do MZUiM o udzielenie informacji czy poświadczenie z dnia 25 listopada 2020 r., na które powołuje się Odwołujący w piśmie dostarczonym Zamawiającemu w dniu 4 marca 2022 r., nie zawiera omyłki. MZUiM zobowiązał się do niezwłocznego przeanalizowania dokumentacji archiwalnej dot. wskazanego zamówienia. Wobec oczekiwania na odpowiedź od MZUiM Zamawiający w dniu 17 marca 2022 r. wezwał na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp Wykonawcę BIO - EKOS sp. z o.o. sp. k. w zakresie przedłożonego w dniu 23 grudnia 2021 r. wykazu usług do uzupełnienia zrealizowanych przez BIO-EKOS sp. z o.o. sp. k. usług, zgodnie ze zmianą treści SWZ z dnia 28 października 2021 r., o których mowa powyżej, z dokładnym podaniem powierzchni zarówno dot. koszenia traw w pasach zieleni dróg publicznych na terenach miejskich oraz odrębnie powierzchni rowów. W dniu 22 marca 2022 r. Zamawiający otrzymał ww. Wykonawcy uzupełniony wykaz usług o wymagane warunkiem udziału powierzchnie w m² wraz z fakturami oraz protokołami potwierdzającymi wykonanie wspomnianych usług. Zamawiający nadmieniał, iż treść przedstawionego przez Wykonawcę BIO - EKOS sp. z o.o. sp. k. poświadczenia z dnia 25 listopada 2020 r. nie wzbudziła u Zamawiającego żadnych wątpliwości ponieważ zgodnie z utrwalonym orzecznictwem KIO Zamawiający nie może bowiem podważać treści referencji jako niekompletnych/ nieprzydatnych w postępowaniu z tego względu, że nie zawierają one wszystkich informacji, jakie chciałby z nich wywieść Zamawiający. Rolą referencji jest bowiem potwierdzenie należytego wykonania opisanej w nich usługi/ dostawy/ roboty budowlanej i z natury rzeczy mają one bardziej ogólny charakter. Wykonawca nie jest zobligowany (ani nawet, biorąc pod uwagę okres, za jaki mogą być przedkładane referencje, nie ma takiej możliwości) do dostosowywania treści referencji do warunków konkretnego postępowania, w tym - nie może domagać się od wystawcy referencji zamieszczenia w nim elementów dostosowanych do treści, niekiedy bardzo szczegółowych (jak np. w niniejszej sprawie) warunków udziału w konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Powyższe znajduje potwierdzenie w licznych orzeczeniach KIO - np. wyrok z dnia 30.03.2018 r., KIO 477/18, wyrok z dnia 21.06.2020r., KIO 1116/18, wyrok z dnia 13 maja 2015 r., KIO 889/15, wyrok z dnia 14 kwietnia 2015 r., KIO 550/15” (Wyrok z dnia 18 lutego 2022 r., sygn. akt. 282/12). Tak więc zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej, referencje stanowią potwierdzenie należytego wykonania dostaw, usług lub robót budowlanych, których rodzaj, przedmiot, wartość, daty i miejsce wykonania wykonawca podaje w wykazie dostaw, usług lub robót budowlanych. Zamawiający, w związku z powyższym, wezwał Wykonawcę BIO - EKOS sp. z o.o. sp. k. do uzupełnienia wykazu usług o powierzchnie wskazane warunkiem udziału w postępowaniu.

W dniu 24 marca 2022 r. Zamawiający zwrócił się do MZUiM o zweryfikowanie powyższej dokumentacji otrzymanej od Wykonawcy BIO-EKOS sp. z o.o. sp. k. w zakresie zgodności z zrealizowanym przez ww. Wykonawcę zakresem zamówienia pn.: „Remonty i utrzymanie pasa drogowego wzdłuż dróg administrowanych przez Miejski Zarząd Dróg i Mostów w Tychach w latach 2017-2019”.

MZUiM w dniu 25 marca 2022 r. przekazał Zamawiającemu zakres zrealizowanych usług przez Wykonawcę BIO-EKOS sp. z o.o. sp. k., które potwierdziły spełnienie warunku udziału w Postępowaniu. Ponadto w dniu otrzymania niniejszego odwołania Zamawiający zwrócił się jeszcze raz do MZUiM o zajęcie stanowiska w związku z wniesionymi zarzutami (dowód nr 1). MZUiM pismem z dnia 8 kwietnia 2022 r. udzielił odpowiedzi, iż podtrzymuje swoje stanowisko wyrażone w poprzedniej korespondencji (dowód nr 2) czym jeszcze raz dokonał potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu przez Wykonawcę BIO-EKOS sp. z o.o. sp. k.

Zamawiający podkreślał, że oceniał spełnienie warunku udziału w postępowaniu przez Wykonawcę BIO-EKOS sp. z o.o. sp. k. na podstawie szeregu dowodów tj.: oświadczenia złożonego przez Wykonawcę, kopii protokołów odbioru oraz faktur z wyszczególnionymi zakresami zrealizowanych prac, jak również pisemnego oświadczenia MZUiM potwierdzającego zgodność ze stanem faktycznym tychże dokumentów. Wszystkie podjęte przez Zamawiającego czynności w toku badania ofert mające na celu wyjaśnienie ewentualnych zarzutów, świadczą bezspornie o tym, że działania Zamawiającego prowadzone były z należytą starannością. Mając powyższe na uwadze, z całą pewnością nie można stwierdzić, iż Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 16 pkt 1) ustawy Pzp stanowiącej jedną z głównych zasad prawa zamówień publicznych, tj. zasady przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Tym bardziej podniesiony przez Odwołującego zarzut odnośnie braku możliwości zastosowania wezwania z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp przy przewidzeniu w dokumentacji przetargowej przesłanki fakultatywnej w postaci art. 109 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp, która to stanowi samodzielną przesłankę wykluczenia, Zamawiający wyjaśnia, że wskazana przesłanka ma zastosowanie jedynie w sytuacji gdy przedstawione przez Wykonawcę, w tym przypadku podmiotowe środki dowodowe, wprowadziłyby Zamawiającego w błąd co do spełniania warunków udziału w postępowaniu i gdyby w przypadku przedstawienia poprawnych informacji oferta w postępowaniu podlegałaby odrzuceniu (Prawo Zamówień publicznych, Komentarz, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2021, str. 407-408), co w zaistniałej sytuacji nie miało miejsca.

W przedmiotowym postępowaniu Wykonawca BIO-EKOS sp. z o.o. sp. k. spełniał warunki udziału, o czym MZUiM zaświadczył pismem z dnia 25 marca 2022 r., które to pismo stanowiło uzupełnienie poświadczenia z dnia 25 listopada 2020 r. zatwierdzonego przez MZUiM. Zarzut Odwołującego w zakresie braku wskazania w piśmie z dnia 25 marca 2022 r. należytego wykonania usług, Zamawiający uważa za nadmierny, ponieważ już w samym poświadczeniu z 25 listopada 2020 r. MZUiM potwierdził, iż „usługi były wykonywane terminowo i z należytą starannością”.

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

następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 7 kwietnia 2022 r. powiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę BIO-EKOS Sp. z o.o. sp. k. siedziba Nowe Chechło zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w dniu 7 kwietnia 2022 r. po stronie Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu wraz ze zmianami, specyfikację warunków zamówienia wraz z załącznikami oraz wyjaśnieniami i modyfikacjami, korespondencję prowadzoną między Zamawiającym a Miejskim Zarządem Ulic i Mostów w Tychach, ofertę Przystępującego wraz z wyjaśnieniami i uzupełnieniami dotyczącą zadania nr 3 oraz zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty w zadaniu nr 3.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika złożone ustnie i pisemnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 25

kwietnia 2022 r.

Izba zaliczyła w poczet materiału sprawy dowody złożone przez Zamawiającego przy

pismie z dnia 21 kwietnia 2022 r. oraz dokument - ogłoszenie wyników postępowania z 5.01.2021 r. złożony przez Przystępującego w toku rozprawy.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z Działem VI pkt 2 SWZ, Zamawiający wykluczy z postępowania Wykonawcę w przypadkach, o których mowa w:

- 2.1. art. 108 ust. 1 pkt 1) - 6) Pzp (obligatoryjne przesłanki wykluczenia);
- 2.2. art. 109 ust. 1 pkt 8) i 10) Pzp (fakultatywne przesłanki wykluczenia).

Zgodnie z Działem VI pkt 3.2.1.3. SWZ (po zmianie SWZ z dnia 28 października 2021 r.), w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego udział mogą brać Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, tj.: 3.2.1. Zamawiający wymaga, aby Wykonawca w okresie ostatnich trzech (3) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonał, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych - wykonuje usługi obejmujące niżej podany zakres (dot. Zadań nr 1-3):

koszenie trawy w pasach zieleni dróg publicznych na terenach miejskich o powierzchni nie mniejszej niż 500.000 m² i rowów nie mniejszej niż 290.000 m² - usługa ta (1 usługa) powinna być zrealizowana lub realizowana w sposób ciągły przez okres nie krótszy niż 6 miesięcy w ramach jednej umowy - dot. Zadania nr 3.

Zgodnie z Działem VIII pkt 2.1.1.1. SWZ, Wykonawca, którego oferta zostanie najwyżej oceniona, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych przez Zamawiającego w Dziale VI pkt 3 SWZ, zostanie wezwany do złożenia następujących podmiotowych środków dowodowych (aktualnych na dzień ich złożenia): w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej: 2.1.1.1. wykazu usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, 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 lub są wykonywane, wraz z dowodami określającymi, czy usługi wykazane w wykazie usług zostały wykonane lub są wykonywane należycie (...).

W zadaniu nr 3 oferty złożyło dwóch wykonawców, tj. Odwołujący i Przystępujący.

Pismem z dnia 16 grudnia 2021 r. Zamawiający wezwał BIO-EKOS w trybie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia podmiotowych środków dowodowych, w tym wykazu usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, 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 lub są wykonywane, wraz z dowodami określającymi, czy usługi wykazane w wykazie usług zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa powyżej, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie Wykonawcy. W przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy. Okres wskazany w latach w pkt. 3.2.1. Dział VI SWZ, liczy się wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert. Wzór wykazu usług określa załącznik nr 4 do wezwania.

W odpowiedzi na ww. wezwanie wykonawca BIO-EKOS przedstawił wykaz usług dotyczący zadania nr 3, w którym wskazał następującą usługę: Remonty i utrzymanie pasa drogowego wzdłuż dróg administrowanych przez Miejski Zarząd Ulic i Mostów w Tychach w latach 2017-2019 o wartości 1 115 270,50 zł. Jednocześnie wykonawca BIO-EKOS złożył poświadczenie Miejskiego Zarządu Ulic i Mostów w Tychach z dnia 25 listopada 2020 r. wydane dla konsorcjum firm: BIO-EKOS Sp. z o.o. sp. k. oraz EKO-OGROD Z.F. Konserwacja Terenów Zielonych, z którego wynika, że ww. usługa była wykonywana terminowo i z należytą starannością. Ponadto z ww. dokumentu wynika, że w zakresie rzeczowy przedmiotowej usługi wchodziło m.in. utrzymanie i pielęgnacja zieleni w pasach drogowych w rejonie I i II na terenie miasta Tychy, w tym koszenie rowów na terenie miasta w ilości 908 350 m² za kwotę 1 115 270,50 zł.

Pismem z dnia 28 grudnia 2021 r. Zamawiający na podstawie art. 128 ust. 5 ustawy Pzp wystąpił do Miejskiego Zarządu Ulic i Mostów w Tychach o udzielenie informacji, czy

wykonawca BIO-EKOS Sp. z o.o. sp. k. realizował w okresie od 14 listopada 2018 r. do 31.12.2019 r. usługi polegające na koszeniu trawy w pasach zieleni dróg publicznych na terenach miejskich o powierzchni nie mniejszej niż 500 000 m² i rowów nie mniejszej niż 290 000 m² - usługa ta (1 usługa) powinna być zrealizowana lub realizowana w sposób ciągły przez okres nie krótszy niż 6 miesięcy w ramach jednej umowy.

W odpowiedzi na ww. pismo Miejski Zarząd Ulic i Mostów w Tychach pismem z dnia 29 grudnia 2021 r. wskazał, że wykonawca BIO-EKOS Sp. z o.o. sp. k. realizował w okresie 14.11.2018 r. - 31.12.2019 r. usługę polegającą na koszeniu trawy w pasach zieleni dróg publicznych w Tychach. Ww. podmiot podał, że:

Zgodnie z SWIZ teren ten został podzielony na IV zadania. Firma BIO-EKOS wykonywała Zadania w zakresie:

1. Utrzymanie i pielęgnacja zieleni w pasach drogowych w rejonie II
2. Utrzymanie i pielęgnacja rowów w dzielnicach obrzeżnych

Powierzchnia 1- krotnego „koszenia trawy” w pasach drogowych w Rejonie II w Tychach to - 430 414,00 m², natomiast Firma wykonała zadanie na powierzchni - 2 358 166,00 m² (zgodnie z umową wielokrotność powierzchni).

Powierzchnia 1- krotnego „koszenia poboczy” na dzielnicach obrzeżnych to - 216 613,00 m², natomiast firma wykonała zadanie na powierzchni - 649 839,00 m² (zgodnie z umową wielokrotność powierzchni).

Powierzchnia 1 - krotnego „koszenia rowów” w dzielnicach obrzeżnych to - 240 062,00 m², natomiast firma wykonała zadanie na powierzchni - 720 186,00 m² (zgodnie z umową wielokrotność powierzchni).

Pismem z dnia 17 lutego 2022 r. Odwołujący w trybie dostępu do informacji publicznej wystąpił do MZUiM Tychy o przedstawienie dokumentów, z których wynika, że wykonawca BIO-EKOS sp. z o.o. sp. k. oraz Odwołujący w ramach realizacji zamówienia publicznego: „Remonty i utrzymania pasa drogowego wzdłuż dróg administrowanych przez Miejski Zarząd Ulic i Mostów w Tychach w latach 2017-2019” wykonali usługę dotyczącą utrzymania i pielęgnacji zieleni w pasach drogowych w rejonie I i II na terenie miasta Tychy: koszenie rowów na terenie miasta w ilości 908.350 m² za kwotę 1.115.270,50 zł.

W dniu 4 marca 2022 r. Odwołujący poinformował Zamawiającego o przekazaniu powyższego pisma do MZUiM Tychy.

Pismem z dnia 9 marca 2022 r. Zamawiający w trybie art. 128 ust. 5 ustawy Pzp wystąpił do MZUiM Tychy w zw. z pismem Odwołującego z dnia 3 marca 2022 r. (data wpływu 4 marca 2022 r.) z prośbą o jak najszybsze udzielenie informacji czy faktycznie doszło do omyłki w referencjach. Jeśli tak to Zamawiający zwrócił się z prośbą o przesłanie kopii sprostowania przedmiotowego poświadczenia.

W odpowiedzi na ww. pismo MZUiM Tychy w piśmie z dnia 11 marca 2022 r. wskazał, że referencje przekazane przez Zamawiającego (poświadczenia z dnia 25 listopada 2020 r.) obrazują wartości dotyczące całego konsorcjum. Z całą pewnością nie obrazują one zakresu prac zrealizowanych przez jego poszczególnych członków i nie mogą być wykorzystywane przez poszczególnych członków konsorcjum dla wykazania ich własnego doświadczenia. Jednocześnie MZUiM Tychy poinformował, że analiza szczegółowa wartości liczbowych wskazanych w ww. dokumencie, który to dokument nie został sporządzony w naszej jednostce, skłoniła nas do ponownego, dogłębnego przeanalizowania ich prawidłowości. Wobec powzięcia wątpliwości, czy potwierdzając fakt wykonania przez Konsorcjum wartości wskazanych ww. przedłożonym nam przez jednego z konsorcjantów dokumencie, nie doszło do omyłki - poddaliśmy analizie dokumentację źródłową zamówienia, którego dokument Poświadczenia miał dotyczyć. MZUiM zobowiązał się do przesłania Zamawiającemu sprostowania przedmiotowego dokumentu, niezwłocznie po przeanalizowaniu archiwalnej dokumentacji dotyczącej zamówienia, do którego dokument się odnosi.

Pismem z dnia 16 marca 2022 r. Zamawiający wystąpił do MZUiM Tychy w trybie art. 128 ust. 5 ustawy Pzp o podanie daty, do której MZUiM dostarczy dokument zawierający prawidłowe dane. W odpowiedzi na przedmiotowe pismo MZUiM w piśmie z dnia 24 marca 2022 r. zwrócił się z prośbą o doprecyzowanie, jakie informacje są niezbędne dla Zamawiającego (roczne czy wieloletnie) oraz czy dane mają być przedstawione dla konkretnej firmy wykonawczej.

W dniu 17 marca 2022 r. Zamawiający wezwał wykonawcę BIO-EKOS w trybie

art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia wykazu usług. Zamawiający zwrócił się z prośbą o podanie dokładnej powierzchni zarówno dotyczącej koszenia traw w pasach zieleni dróg publicznych na terenach miejskich oraz odrębnie powierzchni rowów.

W odpowiedzi na ww. wezwanie Zamawiającego wykonawca BIO-EKOS w piśmie z dnia 18 marca 2022 r. udzielił wyjaśnień w zakresie podania dokładnej powierzchni zarówno koszenia w pasach drogowych dróg publicznych na terenach miejskich oraz odrębnie powierzchni rowów. Wykonawca wskazał, iż z załącznika nr 1 wykaz powierzchni wynika, że zrealizował dużo powyżej minimalnych powierzchni wskazanych w SWZ. Do pisma BIO-EKOS załączył:

1. wykaz powierzchni dla pasów zieleni dróg publicznych i rowów;
2. udokumentowanie zatwierdzenie zafakturowania ww. powierzchni przez MZUiM w Tychach;
3. wykaz dzielnic z rozbiciem na powierzchnie poboczy i rowów, zgodnie z załącznikiem do SIWZ;
4. wykaz usług.

Z uzupełnionego wykazu usług dotyczącego zadania nr 3 wynikało, iż wykonawca BIO-EKOS w ramach ww. zadania publicznego w roku 2019 zrealizował koszenie

o powierzchni:

- pasy drogowe - 1 853 104 m²,
- pobocza - 649 839 m²,
- rowy - 736 680 m².

Pismem z dnia 24 marca 2022 r. Zamawiający przekazał MZUiM dokumentację otrzymaną od wykonawcy BIO-EKOS uzupełnioną w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 16 marca 2022 r. w celu oceny spełniania/niespełniania warunku udziału w postępowaniu przez ww. wykonawcę.

W odpowiedzi MZUiM pismem z dnia 25 marca 2022 r. przekazał Zamawiającemu dane będące podsumowaniem umowy 184/DDT/2017 w zakresie, którym firma BIO-EKO sp. z o.o. sp.k. wykonywała zadania dotyczące zieleni niskiej.

Z zawartej w ww. piśmie tabeli wynikało, iż tylko w roku 2019 wykonawca BIO-EKOS wykonał zadania dotyczące zieleni niskiej, tj.:

- pasy rejon II - 1 857 867 m²,
- pasy dzielnice - 649 839 m²,
- rowy dzielnice - 720 186 m².

W dniu 29 marca 2022 r. Zamawiający za najkorzystniejszą w zadaniu nr 3 uznał ofertę wykonawcy BIO-EKOS Sp. z o.o. sp. k. Na drugim miejscu w rankingu ofert znalazła się oferta Odwołującego.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Nie potwierdziły się zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) ustawy Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty BIO-EKOS sp. z o.o. sp. k. pomimo, że wykonawca wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej zdolności technicznej lub zawodowej, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz pomimo niespełnienia przez tego Wykonawcę ww. warunku udziału w postępowaniu. Nie zasługiwał na uwzględnienie również zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady przeprowadzenia

postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji w związku z czynnościami wyjaśnienia przedstawionych przez BIO-EKOS sp. z o.o. sp.k. podmiotowych środków dowodowych.

Izba odniesienie się do zarzutów odwołania łącznie, jako że oparte zostały na wspólnych okolicznościach faktycznych.

Stosownie do treści art. 16 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty i proporcjonalny.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a i b ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania lub niespełniającego warunków udziału w postępowaniu. Z kolei stosownie do treści art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych.

Przedmiotem sporu w niniejszej sprawie była okoliczność, czy wykonawca BIO-EKOS wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w Dziale VI pkt 3.2.1.3 SWZ oraz czy przy przedstawieniu informacji dotyczących spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu podano informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd.

Odwołujący argumentował, że w poświadczeniu z dnia 25 listopada 2020 r. wydanym przez Miejski Zarząd Ulic i Mostów w Tychach [dalej „MZUiM Tychy”] dla konsorcjum firm: BIO-EKOS Sp. z o.o. sp.k. oraz EKO-OGRÓD Z.F. Konserwacja Terenów Zielonych wskazano zakres prac polegający na utrzymaniu, pielęgnacji zieleni w pasach drogowych w rejonie I i II na terenie miasta Tychy, w tym koszenie rowów na terenie miasta w ilości 908 350 m², co jest niezgodne ze stanem faktycznym. Zdaniem Odwołującego w ramach zadania pn. „Remonty i utrzymanie pasa drogowego wzdłuż dróg administrowanych przez Miejski Zarząd Ulic i Mostów w Tychach w latach 2017 - 2019” prace były wykonywane w następujący sposób, tj. w Rejonie I prace realizował Odwołujący i w tym zakresie wykonano m.in. koszenie rowów, o ilości mniejszej niż wskazana w poświadczeniu, tj. 908.350 m², a w Rejonie II prace realizował BIO-EKOS lecz zakres umowy nie obejmował koszenia rowów.

Odnosząc się do zarzutów odwołania Izba wskazuje, iż Odwołujący wbrew regule, o której mowa w art. 534 ust. 1 ustawy Pzp nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie twierdzeń podniesionych w odwołaniu. W szczególności Odwołujący nie złożył do akt sprawy dokumentów dotyczących podziału prac pomiędzy poszczególnymi członkami konsorcjum

składającego się z Odwołującego i Przystępującego realizującego usługę referencyjną, na którą powołał się Przystępujący w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego celem wykazania spornego warunku. Wobec braku dowodów przeciwnych Izba nie znalazła podstaw do podważenia oświadczenia Przystępującego zawartego w uzupełnionym wykazie usług (załączonym do pisma z dnia 18 marca 2022 r.), z którego wynika, że wykonawca BIO-EKOS w ramach referencyjnej usługi w roku 2019 zrealizował koszenie o powierzchni: pasy drogowe - 1 853 104 m², pobocza - 649 839 m² oraz rowy - 736 680 m². Z powyższego wynika, iż wykonawca BIO-EKOS w ramach omawianej usługi zrealizował koszenie trawy na obszarach znacznie przekraczających powierzchnię określoną w specyfikacji. Co więcej, przedstawione przez wykonawcę BIO-EKOS w piśmie z dnia 18 marca 2022 r. informacje zostały zweryfikowane u wystawcy referencji, tj. MZUiM Tychy, który w piśmie z dnia 25 marca 2022 r. przekazał Zamawiającemu dane będące podsumowaniem umowy 184/DDT/2017 w zakresie, którym firma BIO-EKO sp. z o.o. sp. k. wykonywała zadania dotyczące zieleni niskiej. Z ww. pisma wynika, iż tylko w roku 2019 wykonawca BIO-EKOS wykonał zadania dotyczące zieleni niskiej w zakresie powierzchni koszenia trawy w pasach zieleni dróg oraz rowów znacznie szerszym niż określony warunkiem postawionym przez Zamawiającego. Jednocześnie dane wynikające z ww. pisma były zbieżne z danymi przedstawionymi przez BIO-EKOS w uzupełnionym wykazie usług. Ponadto jak wyjaśnił w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający, w dniu otrzymania niniejszego odwołania zwrócił się jeszcze raz do MZUiM o zajęcie stanowiska w związku z wniesionymi zarzutami, co potwierdza pismo z dnia 7 kwietnia 2022 r. MZUiM Tychy pismem z dnia 8 kwietnia 2022 r. udzielił odpowiedzi, iż podtrzymuje swoje stanowisko wyrażone w poprzedniej korespondencji z dnia 11 i 25 marca 2022 r., czym jeszcze raz dokonał potwierdzenia spełniania warunku udziału

w postępowaniu przez wykonawcę BIO-EKOS sp. z o.o. sp. k.

Następnie Izba stwierdziła, iż nie sposób podzielić stanowiska Odwołującego, jakoby wykonawca BIO-EKOS nie przedstawił dokumentu potwierdzającego należyłą realizację referencyjnej usługi. Wskazać należy, iż za taki dokument należy uznać poświadczenie z dnia 25 listopada 2020 r. złożone przez BIO-EKOS, z którego wprost wynika, że usługi były wykonywane terminowo i z należyłą starannością. Słusznie zauważył Przystępujący, iż MZUiM Tychy na żadnym etapie postępowania nie odwołał oświadczenia wiedzy zawartego w poświadczeniu z dnia 25 listopada 2020 r., co do tego, że usługi świadczone przez konsorcjum składające się z Przystępującego i Odwołującego wykonywane były należycie. W korespondencji przedstawionej Zamawiającemu MZUiM Tychy podniosło wyłącznie, że z uwagi na podział obowiązków w ramach konsorcjum, poszczególni wykonawcy nie mogą powoływać się na doświadczenie całego konsorcjum. Z powyższego jednak w żadnej mierze nie można wysnuć wniosku, że usługi świadczone przez BIO-EKOS realizowane były nieprawidłowo. Dowodów na powyższą okoliczność nie przedstawił zresztą Odwołujący. Ponadto słusznie zauważył Zamawiający, iż zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Izby zamawiający nie może bowiem podważać treści referencji jako niekompletnych czy też nieprzydatnych w postępowaniu z tego względu, że nie zawierają one wszystkich informacji, jakie chciałby z nich wywieść zamawiający w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu. Rolą referencji jest bowiem potwierdzenie należytego wykonania opisanej w nich usługi/ dostawy/ roboty budowlanej i z natury rzeczy mają one bardziej ogólny charakter. Wykonawca nie jest zobligowany (ani nawet, biorąc pod uwagę okres, za jaki mogą być przedkładane referencje, nie ma takiej możliwości) do dostosowywania treści referencji do warunków konkretnego postępowania, w tym - nie może domagać się od wystawcy referencji zamieszczenia w nim elementów dostosowanych do treści, niekiedy bardzo szczegółowych warunków udziału w konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Celem referencji jest potwierdzenie należytego wykonania dostaw, usług lub robót budowlanych, których rodzaj, przedmiot, wartość, daty i miejsce wykonania wykonawca podaje w wykazie dostaw, usług lub robót budowlanych. Powyższa koncepcja jest zresztą spójna z treścią § 9 ust. 3 pkt 2 w zw. z § 9 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. z 2020 r. poz. 2415). Izba wskazuje, iż Odwołujący błędnie wywiódł, że złożone przez Przystępującego dodatkowo (oprócz wykazu usług) faktury oraz protokoły odbioru prac miały zastąpić poświadczenie MZUiM Tychy z dnia 25 listopada 2020 r. Zauważyć należy, iż Zamawiający w ramach wezwania w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp wezwał Przystępującego do uzupełnienia wykazu usług, a nie poświadczenia, które nie budziło wątpliwości Zamawiającego, co do tego, iż usługa referencyjna została wykonana należycie. Trudno zatem przypisać Przystępującemu zamiar zastąpienia dowodu sporządzonego przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane, oświadczeniem lub dokumentami własnymi.

Izba nie podzieliła także optyki, którą próbował narzucić Odwołujący, jakoby BIO-EKOS - autor poświadczenia z dnia 25 listopada 2020 r., w sposób świadomy wprowadził Zamawiającego w błąd dotyczący zakresu wykonanych prac wskazanych w poz. III pisma. Odnosząc się do powyższego Izba wskazuje, że osobą, która podpisała się pod poświadczeniem z dnia 25 listopada 2020 r. jest p. W. . - Zastępca Dyrektora ds. techniczno - administracyjnych w MZUiM Tychy, a nie Przystępujący. Ponadto gdyby przyjąć, jak wskazał MZUiM Tychy, że projekt spornego poświadczenia został przygotowany przez jednego z konsorcjantów, to za ewentualne uchybienia czy też nieścisłości wynikające z ww. dokumentu nie sposób obarczać wykonawcę. Trudno bowiem zakładać, iż osoba, która składa oświadczenie wiedzy dotyczące prawidłowości wykonania danej usługi czyni to bezrefleksyjnie i bez weryfikacji jego treści.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego naczelnych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyrażonych w art. 16 ustawy Pzp w związku z prowadzoną pomiędzy Zamawiającym a MZUiM Tychy korespondencją mającą na celu zweryfikowanie posiadanego przez Przystępującego doświadczenia zawodowego wymaganego warunkiem udziału w postępowaniu. Izba wskazuje, iż działanie Zamawiającego znajduje umocowanie w przepisie art. 128 ust. 5 ustawy Pzp, którego naruszenia nie zarzucał Odwołujący. Co więcej, zauważyć należy, iż to sam Odwołujący był inicjatorem pism kierowanych do Zamawiającego, jak i MZUiM Tychy, w których sygnalizował nieprawidłowości w poświadczeniu z dnia 25 listopada 2020 r. w zakresie poz. nr III dotyczącej koszenia rowów na terenie miasta w ilości 908 350 m². Zdaniem składu orzekającego w okolicznościach przedmiotowej sprawy pozytywnie należy ocenić postawę Zamawiającego, który reagował na pisma składane przez Odwołującego w toku postępowania o udzielenie zamówienia i weryfikował informacje przedstawiane przez Wykonawcę. Dostrzec należy, iż analiza spełniania warunku udziału w postępowaniu przez wykonawcę BIO-EKOS dokonana została kompleksowo, na podstawie szeregu dokumentów podmiotowych, jak również stanowiska przedstawionego przez wystawcę referencji. Wobec powyższego stwierdzić należy, iż czynności Zamawiającego podejmowane w toku badania ofert wykonawcy BIO-EKOS zmierzające do wyjaśnienia zarzutów zgłaszanych przez

Odwołującego, prowadzone były z należytą starannością i bez uchybienia zasadzie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W końcu Izba wskazuje, iż Odwołujący podniósł szereg argumentów oderwanych od zasadniczego wątku odwołania (wykazania/niewykazania warunku udziału w postępowaniu i/lub podania/niepodania nieprawdziwych informacji w tymże zakresie), z których wywodził nieprawidłowe, szczątkowe wnioski, nie bacząc na holistyczną ocenę niniejszej sprawy. I tak, za bez znaczenia w okolicznościach przedmiotowej sprawy Izba uznała akcentowany przez Odwołującego argument, iż pierwotnie złożony przez Przystępującego wykaz usług nie wskazywał na jakąkolwiek powierzchnię koszenia trawy w pasach zieleni dróg publicznych na terenach miejskich oraz rowów, skoro rzeczony wykaz usług został uzupełniony przez BIO-EKOS o ww. informacje w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Następnie za bez znaczenia należało uznać stanowisko Odwołującego, iż MZUiM Tychy nie przedstawił Zamawiającemu sprostowania poświadczenia z dnia 25 listopada 2020 r., mimo przyjętego na siebie zobowiązania w tym zakresie, jak również twierdzenia Odwołującego, że pismo MZUiM Tychy z dnia 25 marca 2022 r. nie zawierało żadnej oceny należytego wykonania usługi, skoro MZUiM Tychy nie zmienił czy odwołał oświadczenia wiedzy zawartego w piśmie z dnia 25 listopada 2020 r. Za irrelevantną należy uznać także okoliczność podnoszoną przez Odwołującego, iż wezwanie skierowane do BIO-EKOS pismem z dnia 17 marca 2022 r. stanowiło wezwanie do uzupełnienia wykazu usług, wbrew temu, że Przystępujący w piśmie z dnia 18 marca 2022 r. oświadczył, iż „udziela wyjaśnień”, skoro jak przyznał sam Odwołujący, podstawa prawna wezwania była jasna.

Izba oddaliła wniosek dowodowy Przystępującego - ogłoszenie o wyniku postępowania z 5 stycznia 2021 r. z uwagi na to, że nie potwierdza on okoliczności faktycznej, na poparcie której został złożony. Z ww. dokumentu nie można wywnioskować, że w postępowaniu o udzielenia zamówienia, do którego referuje dowód, Odwołujący posłużył się poświadczeniem z dnia 25 listopada 2020 r.

Konkludując powyższe, w okolicznościach przedmiotowej sprawy, Odwołujący nie wykazał, że Przystępujący przedstawił Zamawiającemu informacje nieprawdziwe, a tym samym nie wprowadził Zamawiającego w błąd. Przystępujący złożył poświadczenie wystawione przez MZUiM Tychy z dnia 25 listopada 2020 r. potwierdzające należyte wykonanie referencyjnej usługi. Powyższy dokument nie został w żaden sposób zmodyfikowany czy też zanegowany przez MZUiM Tychy w związku z korespondencją prowadzoną między Zamawiającym a wystawcą referencji. Powyższe wskazuje również, iż brak jest podstaw do stwierdzenia, że wykonawca BIO-EKOS nie spełnił warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie zadania nr 3, w szczególności wobec treści uzupełnionego wykazu usług. Tym samym zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, art. 16 pkt 1 ustawy Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp nie mogły zostać uwzględnione.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 zd. pierwsze 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: