Sygn. akt: KIO 968/23

WYROK

z dnia 21 kwietnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Adriana Urbanik

Protokolantka: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 kwietnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 kwietnia 2023 r. przez wykonawcę BIO-EKOS Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Nowym Chechle w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Miasta Tychy – Tyski Zakład Usług Komunalnych w Tychach

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu:

   1.1. unieważnienie czynności wezwania do uzupełnienia wykazu usług;

   1.2. ponowne zbadanie i ocenę ofert z uwzględnieniem usługi powołanej przez odwołującego w wykazie usług;

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Gminę Miasta Tychy – Tyski Zakład Usług Komunalnych 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 wykonawcę BIO-EKOS Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Nowym Chechle tytułem wpisu od odwołania;

   2.2. zasądza od zamawiającego Gminy Miasta Tychy – Tyskiego Zakładu Usług Komunalnych w Tychach (ul. Budowlanych 43, 43-100 Tychy) na rzecz

odwołującego – BIO-EKOS Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Nowym Chechle (ul. Leśna 63, 42-622 Nowe Chechło) kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście

tysięcy złotych 00 groszy) obejmującą kwotę uiszczonego przez odwołującego wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710, 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 968/23

U z a s a d n i e n i e

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Utrzymanie zieleni niskiej na terenie miasta Tychy w 2023 roku – Zadanie nr 1-3”, numer postępowania: DO.261.1.2023, zwane dalej także „Postępowaniem”, zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 08.02.2023 r. pod nr Dz.U./S S28-81464-2023-PL przez: Gminę Miasta Tychy Tyski Zakład Usług Komunalnych w Tychach, zwaną dalej: „Zamawiającym”. Do wyżej wymienionego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710, z późn. zm.), zwana dalej: „Pzp” albo „ustawą Pzp”.

Dnia 04.04.2023 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) odwołanie złożyła BIO-EKOS Sp. z o.o. sp. k., ul. Leśna 63, 42-622 Nowe Chechło, zwana dalej także „Odwołującym” lub „Wykonawcą”, od następujących czynności Zamawiającego oraz zarzuciła naruszenie:

1) w ramach zarzutu nr 1 - art. 128 ust. 1 w zw. z art. 16 Pzp poprzez wystosowanie przez Zamawiającego w dniu 29.03.2023 r. wezwania do złożenia nowego wykazu usług wraz z dowodem potwierdzającym, że usługa wymagana w SWZ została zrealizowana lub jest zrealizowana należycie na skutek uznania przez Zamawiającego, że usługa wskazana przez Odwołującego w wykazie usług została wykonana nienależycie i nieterminowo, podczas gdy część referencyjnej usługi (w zakresie zlecenia nr 3 i 4), co do której Zamawiający nie naliczył kar umownych, wystarcza do potwierdzenia spełniania warunku udziału w Postępowaniu; usługa powołana w wykazie

usług została wykonana należycie pomimo naliczenia kar umownych - co pozwala uznać, że Odwołujący potwierdził spełnianie warunku udziału w Postępowaniu;

2) w ramach zarzutu nr 2 (ewentualnego) - art. 128 ust. 4 w zw. z art. 16 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących przebiegu realizacji usługi powołanej w wykazie usług w celu oceny spełniania warunku udziału w Postępowaniu przez Wykonawcę.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wnosił o merytoryczne rozpatrzenie odwołania oraz uwzględnienie go w całości, jak również nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wezwania do uzupełnienia wykazu usług;

2) ponownego zbadania i oceny ofert z uwzględnieniem usługi powołanej przez Odwołującego w wykazie usług;

3) ewentualnie – wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących realizacji usługi wskazanej w wykazie usług

ponadto o:

4) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów na okoliczności wskazane w treści odwołania oraz dowodów, które zostaną złożone przez Odwołującego na rozprawie;

5) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez Odwołującego na rozprawie.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał: Odnosząc się do zarzutu nr 1: Wezwanie Odwołującego do złożenia nowego wykazu usług: W dniu 29.03.2023 r. Zamawiający wezwał Odwołującego, na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp, do złożenia „nowego wykazu usług wraz z dowodem potwierdzającym, że usługa wymagana w SWZ została zrealizowana lub jest realizowana należycie". Jak wyjaśnił Zamawiający w swoim wezwaniu, dokument przekazany przez Odwołującego wraz z wykazem usług (mający potwierdzać należytą realizację usługi referencyjnej) „wskazuje, że usługa zrealizowana na rzecz Tyskiego Zakładu Usług Komunalnych w Tychach została wykonana nienależycie i nieterminowo". Z treści wezwania należało wnioskować (choć Zamawiający wprost tego nie wypowiedział), że usługa wskazana przez Odwołującego w wykazie usług nie potwierdzała spełniania warunku udziału w Postępowaniu. Dowód: Wezwanie z dnia 29.03.2023 r. – załącznik nr 1 do odwołania. Odwołujący zakwestionował powyższe okoliczności, to jest twierdzenie, jakoby usługa referencyjna nie pozwalała przyjąć, że Odwołujący spełnia warunek udziału w Postępowaniu, jak również to, że została ona wykonana nienależycie i nieterminowo, ponieważ pozostałe zlecenia wykonane w ramach usługi referencyjnej pozwalały na wykazanie spełniania warunków udziału w Postępowaniu, usługa referencyjna została całkowicie wykonana przez Odwołującego i to w sposób należyty, kary umowne – które są sporne pomiędzy Odwołującym a Zamawiającym – stanowiły niewielki ułamek procentowy wartości wynagrodzenia umownego, dotyczyły niewielkich uchybień i pozwalały uznać, że usługa została wykonana prawidłowo. Zakres wykonanych czynności w ramach usługi referencyjnej: Zgodnie z pkt 6.2 SWZ, dla zadania nr 3 Postępowania Zamawiający wymagał, w celu wykazania spełniania warunku udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, wykonania usługi obejmującej koszenie pasów zieleni dróg publicznych na terenach miejskich na powierzchni co najmniej 500.000 m2 i rowów co najmniej 200.000 m2, przy czym usługa ta powinna zostać zrealizowana w ramach jednej umowy. Dowód: SWZ (wyciąg) – załącznik nr 2 do odwołania. Z brzmienia warunku udziału w Postępowaniu wynikało jednoznacznie, że Zamawiającemu zależało na realizacji usługi (a

nie całej umowy) o określonych parametrach, choć oczywiście usługa ta miała zostać wykonana w ramach jednej umowy. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do złożenia podmiotowych środków dowodowych, Odwołujący przedłożył Zamawiającemu wykaz usług, w którym wskazał usługę realizowaną na rzecz Tyskiego Zakładu Usług Komunalnych w Tychach (dalej jako: „TZUK") pn. „Utrzymanie zieleni niskiej w pasach drogowych dróg publicznych oraz dróg krajowych na terenie miasta Tychy" (dalej jako: „Usługa"). Odwołujący podał, że w ramach Usługi powierzchnia koszenia pasów zieleni dróg publicznych na terenach miejskich wyniosła 1.416.606,00 m2, natomiast powierzchnia koszenia rowów wyniosła łącznie 300.336,00 m2. Dowód: Wykaz usług – załącznik nr 3 do odwołania. Na dowód, że Usługa została wykonana należycie, Odwołujący przedłożył Zamawiającemu poświadczenie nr 8/2023 z dnia 24 lutego 2023 r., w którym Zamawiający zawarł następujące stwierdzenie: „Usługi wykonywane były od dnia 04 maja 2022 r. do dnia 25 października 2022 r. na łączną kwotę 855.775,80 zł brutto zgodnie z umową nr DO.262.13.2022. Część powyższych usług zostało wykonanych nienależycie i nieterminowo. Zostały naliczone kary umowne za przekroczenie terminu zlecenia na realizację prac". Dowód: Poświadczenie nr 8/2023 o wykonanym zamówieniu z dnia 24 lutego 2023 r. – załącznik nr 4. Z samej treści referencji wynikały okoliczności odmienne od tych, które przedstawił Zamawiający: nienależycie i nieterminowo (zdaniem autora referencji) została wykonana zaledwie część prac, a nie – jak przyjął Zamawiający w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów – całość. Jak wynika z ust. 3 opisu przedmiotu zamówienia sporządzonego na potrzeby Usługi (OPZ był załącznikiem do umowy w sprawie zamówienia publicznego), przedmiotem Usługi było: koszenie trawników i rowów w pasach drogowych dróg publicznych na terenie miasta w rejonie I i w rejonie II, z wyłączeniem pasów drogowych dróg krajowych oraz węzłów, poboczy i rowów tych dróg wraz z grabieniem i wywozem skoszonej trawy; koszenie trawników w pasach drogowych dróg krajowych wraz z węzłami, poboczami i rowami tych dróg wraz z grabieniem i wywozem skoszonej trawy z rowów ww. dróg; wiosenne i jesienne grabienie liści w pasach drogowych dróg publicznych. Jak wynikało z ust. 5 opisu przedmiotu zamówienia sporządzonego na potrzeby Usługi, Zamawiający miał przesłać Wykonawcy zlecenie na adres e-mail Wykonawcy, w którym Zamawiający określić miał zakres prac oraz przybliżony termin ich realizacji. Postanowienia OPZ-u znalazły potwierdzenie w umowie zawartej

pomiędzy Odwołującym a Zamawiającym. Zgodnie z § 2 ust. 2 umowy, Wykonawca przystąpi do realizacji przedmiotu zamówienia wyłącznie po otrzymaniu od Zamawiającego zlecenia, w którym szczegółowo określony zostanie zakres prac oraz termin ich realizacji. Zgodnie z § 5 ust. 1 umowy, za wykonanie przedmiotu umowy Zamawiający zapłaci Wykonawcy wynagrodzenie na podstawie uzgodnionych cen jednostkowych podanych przez Wykonawcę w kosztorysie ofertowym i faktycznie wykonanych przez Wykonawcę prac. Zgodnie z § 5 ust.

2 umowy, zapłata następowała na podstawie prawidłowo wystawionej faktury, do której załączono: kosztorys powykonawczy (zawierający obmiar prac i ceny, zgodnie z cenami podanymi w kosztorysie ofertowym Wykonawcy), dziennik wykonanych prac zatwierdzony przez Zamawiającego. Rozliczenie miało być dokonywane według cen jednostkowych, zgodnych z cenami podanymi w kosztorysie ofertowym Wykonawcy oraz w oparciu o obmiar prac faktycznie wykonanych. Zgodnie z § 5 ust. 9 umowy, niezrealizowanie przez strony przedmiotu umowy w wielkości odpowiadającej pełnej wartości wynagrodzenia umownego nie mogło być podstawą roszczeń ze strony Wykonawcy. Dowód: Umowa nr DO.262.13.2022 z dnia 04.05.2022 r. wraz z załącznikami – załącznik nr 5 do odwołania. Z zacytowanych powyżej fragmentów wynikało, że poszczególne zlecenia udzielane przez Zamawiającego miały charakter autonomiczny. Wykonawca nie mógł samodzielnie (bez udzielenia przez Zamawiającego stosownego zgłoszenia) rozpocząć świadczenia usług. Każde zlecenie podlegało oddzielnemu odbiorowi, oddzielnemu fakturowaniu i oddzielnemu rozliczeniu. W ramach Usługi Odwołujący wykonał łącznie 4 takie zlecenia, każde z nich zostało odebrane oraz opłacone przez Zamawiającego w pełnej kwocie. Zamawiający zgłosił zastrzeżenia wyłącznie do jednego zlecenia, oznaczonego numerem 1. Dowód: Faktury wystawione w ramach Usługi z protokołami powykonawczymi – załącznik nr 6 do odwołania. Zamawiający całkowicie pominął fakt, że zastrzeżenia TZUK-u dotyczyły wyłącznie pierwszego zlecenia realizowanego w ramach Usługi. Zamawiający nie zgłosił żadnych zastrzeżeń do zleceń od nr 2 do nr 4, co przedstawił Odwołujący w odwołaniu w tabeli na stronie 8 i 9. Z powyższego zestawienia oraz przywołanych dokumentów wynikało ponadto, że zlecenie nr 3 i 4 samodzielnie wystarczały do wykazania spełniania warunku udziału w Postępowaniu. Jedynie w przypadku zlecenia nr 1 Zamawiający naliczył Wykonawcy kary umowne, które doprowadziły go do przeświadczenia o tym, że Odwołujący nie spełniał warunku udziału w Postępowaniu (co Odwołujący i tak kwestionował w ramach niniejszego odwołania). Powyższemu twierdzeniu nie sprzeciwiała się treść warunku udziału w postępowaniu. Jak wynikało z treści warunku, usługi podlegające ocenie w ramach warunku udziału w Postępowaniu musiały być wykonane w ramach jednej umowy. To zaś oznaczało, że Zamawiający stawiał wyraźne rozgraniczenie pomiędzy usługą a umową. Ocenie podlegało należyte wykonanie usługi, a nie należyte wykonanie całej umowy. Potwierdza to treść § 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, zgodnie z którym zamawiający może, w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu, żądać od wykonawców wykazu usług wykonanych wraz z dowodami określającymi, czy te usługi zostały wykonane należycie. Nawet gdyby zlecenie nr 1 nie potwierdzało spełniania warunku udziału w Postępowaniu, to jego spełnianie potwierdzały zlecenia nr 3 i 4.

Rzekoma nienależyta realizacja zobowiązań w ramach Usługi: Jak wykazano powyżej, w ramach referencyjnej Usługi doszło do naliczenia przez Zamawiającego kar umownych w odniesieniu do zlecenia nr 1. W przypadku zleceń nr 2, 3 i 4 nie było żadnych kar umownych.

Odwołujący stał na stanowisku, że pomimo umieszczenia w referencji złożonej Zamawiającemu w celu wykazania spełniania warunku udziału w Postępowaniu informacji o naliczeniu kar umownych co do części zamówienia, Odwołujący spełnia warunek udziału w Postępowaniu, i to nie tyko z uwagi na realizację zleceń nr 3 i 4 (co zostało opisane powyżej), ale także z uwagi na realizację zlecenia nr 1, ponieważ: zasadność naliczenia kar umownych jest kwestionowana przez Odwołującego, rzekome naruszenie – o ile odpowiedzialność za jego wystąpienie można przypisywać Odwołującemu – miało charakter marginalny i nie miało znaczenia z punktu widzenia Zamawiającego, a Zamawiający nie poniósł żadnej szkody w związku z uchybieniem. Jak wynikało z pisma Zamawiającego z dnia 22.06.2022 r. odnoszącego się do kwestii kar umownych, Zamawiający naliczył Odwołującemu dwie kary umowne: pierwsza została naliczona za nieukończenie zlecenia nr 1 w terminie określonym przez Zamawiającego, to jest w terminie do dnia 02.06.2022 r. W takiej sytuacji Zamawiający naliczył karę umowną na podstawie § 9 ust. 1 pkt 3 umowy, czyli „za każdy przypadek przekroczenia czasu jednokrotnego koszenia zadeklarowanego przez Wykonawcę w formularzu oferty". Za takie przewinienie Zamawiający zastrzegł bardzo wysoką karę umowną w wysokości 3% całkowitego wynagrodzenia umownego brutto (a nie wynagrodzenia w ramach danego zlecenia), co skutkowało naliczeniem kary w kwocie 38.509,30 zł (kwota kary jest stała, niezależnie od długości opóźnienia wykonawcy); druga została naliczona w związku z opóźnieniem w dokonaniu poprawek w ramach zlecenia nr 1. Zamawiający w dniu 08.06.2022 r. wezwał Odwołującego do dokonania poprawek w ramach zlecenia nr 1 w terminie do 14.06.2022 r. Podczas odbioru przeprowadzonego jednostronnie przez Zamawiającego w dniu 14.06.2022 r. stwierdzono nieprawidłowości. W związku z powyższym Zamawiający naliczył Odwołującemu karę umowną na podstawie § 9 ust. 1 pkt 2 umowy, który umożliwiał naliczenie kary w przypadku upływu jakiegokolwiek terminu „wyznaczonego przez Zamawiającego na wykonanie lub należyte wykonanie prac" w wysokości stanowiącej iloczyn kwoty 1.000 zł i ilości dni roboczych zwłoki. Zamawiający naliczył na tej podstawie karę za jeden dzień zwłoki, w wysokości 1.000 zł. Dowód: Pismo Zamawiającego z dnia 22.06.2022 r. wraz z załącznikami – załącznik nr 7 do odwołania. Odwołujący zakwestionował zasadność naliczenia kary umownej, zwracając uwagę, że realizacja zlecenia nr 1 nie była możliwa w terminie przewidzianym przez Zamawiającego z uwagi na intensywne opady deszczu i skutkujący tymi opadami grząski teren po opadach. W takich warunkach nie było możliwe prowadzenie koszenia. To zaś oznaczało, że przy realizacji zlecenia nr 1 wystąpiły okoliczności uniemożliwiające należytą realizację

zamówienia niezależne od Odwołującego, co skutkowało brakiem jego odpowiedzialności za nienależytą realizację zamówienia na podstawie art. 471 ustawy z dnia 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny, a tym samym brakiem podstaw do naliczenia kar umownych. Dowód: Pismo Odwołującego z dnia 11.07.2022 r. – załącznik nr 8 do odwołania. Gdyby jednak kary umowne naliczone przez Zamawiającego były zasadne, to okoliczność ta nie stała na przeszkodzie uznaniu, że Odwołujący wykonał zamówienie w sposób należyty i mógł powołać się na nie w celu wykazywania spełniania

warunku udziału w Postępowaniu. Wynikało to z faktu, że uchybienia ujawnione przez Zamawiającego – jakkolwiek kwestionowane przez Odwołującego – były niewielkie: kara umowna za zwłokę dotyczyła wyłącznie jednego dnia i wyniosła 1.000 zł, Zamawiający do dnia dzisiejszego nie wystąpił na drogę sądową o zapłatę kar umownych, jak również nie skorzystał z zabezpieczenia należytego wykonania umowy czy też nie potrącił kar umownych z wynagrodzenia, zlecenie nr 1 zostało ukończone w całości, podobnie jak kolejne zlecenia udzielone w ramach umowy (nr 2, 3 i 4), kara umowna stanowi zaledwie ok. 3% całkowitej wartości wynagrodzenia brutto, Zamawiający nie poniósł jakiejkolwiek szkody w związku z rzekomym zawinionym przez Odwołującego nienależytym wykonaniem umowy – a w każdym razie takiej szkody nie wykazał, Zamawiający nie odstąpił od umowy ani jej nie rozwiązał, cel umowy został zrealizowany. Zanegowanie dokumentów złożonych przez Odwołującego z uwagi na fakt rzekomej nienależytej realizacji referencyjnego zamówienia stanowiłoby przejaw daleko posuniętego formalizmu, prowadzącego do odrzucenia oferty Odwołującego, pomimo faktu posiadania przez Odwołującego doświadczenia pozwalającego na należytą realizację zamówienia. Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie uznawała, że wystąpienie niewielkich uchybień przy realizacji umowy nie stoi na przeszkodzie uznaniu, że wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu: w wyroku z dnia 23.04.2021 r., sygn. akt KIO 961/21 Izba stwierdziła: „Odwołujący nie zgodził się natomiast ze stanowiskiem zamawiającego, że także pierwotnie przedstawiona usługa spełnienia tego warunku nie potwierdza, czemu dał wyraz udzielając odpowiedzi na wezwanie z dnia 8 marca 2021 r. (pismo z dnia 10 marca 2021 r.). W odniesieniu do tej usługi zamawiający w uzasadnieniu czynności wykluczenia odwołującego z postępowania wskazał, że: "Z dołączonego poświadczenia dla tego opracowania wynika, iż usługa "została wykonana należycie" oraz, że "z tytułu zwłoki w przekazaniu części opracowań geologicznych naliczone zostały kary umowne w łącznej wysokości 38 074,56 zł". Kwota ta stanowi ok. 7% całości wynagrodzenia. Z powodu zwłoki (tj. okoliczności zawinionej przez Wykonawcę) i naliczonej z jej powodu kary, usługi tej nie można uznać za należycie wykonaną. Integralnym elementem usługi polegającej na wykonaniu koncepcji technicznej lub projektu budowlanego jest bowiem wykonanie odpowiednich opracowań geologiczno-inżynierskich, a nienależyte (nieterminowe) wykonanie tej części oznacza, iż nie całe zamówienie zostało wykonane

zgodnie z umową, nawet jeśli ostatecznie wykonano zakres rzeczowy poprawnie merytorycznie." Odnosząc się do powyższego, jak i stanowisk stron przedstawionych w toku postępowania odwoławczego, należy stwierdzić, że należyte wykonania usługi niewątpliwie należy oceniać nie tylko pod względem merytorycznym, ale także pod względem dochowania terminu jej realizacji. Jednakże naliczenie kar umownych nie zawsze będzie oznaczało, że mamy do czynienia z nienależytym wykonaniem usługi na gruncie przepisów ustawy Pzp oraz rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Izba podziela pogląd, że oceny w tym zakresie należy dokonywać w odniesieniu do konkretnych okoliczności danej sprawy. Przyjęcie poglądu, że obciążenie wykonawcy karami umownymi automatycznie oznacza nienależyte wykonanie usługi na gruncie prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia nie odpowiadałoby realiom wykonywania kontraktów i prowadziło do niekorzystnej dla zamawiających sytuacji, w których wykonawcy w znaczącej ilości przypadków obciążenia ich karami umownymi przez zamawiającego, bez względu na okoliczności naliczenia tych kar jak i ich wysokość, występowaliby na drogę postępowania sądowego lub pozasądowego";w wyroku z dnia 02.09.2021 r., sygn. akt KIO 2203/21 Izba uznała: „Przy ocenie treści referencji należy mieć zatem na uwadze to, czy według ich wystawcy, który składa oświadczenie wiedzy w tym zakresie, istota, cel, potrzeba gospodarcza realizacji danej umowy, zostały osiągnięte, a zatem czy umowa została wykonana należycie. Użycie w dokumentach, z założenia potwierdzających należyte wykonanie umów, np. referencjach czy poświadczeniach (gdy cel ich wystawienia jest znany), innych określeń dla wyrażenia pozytywnej oceny ich wykonania, np. sformułowania "zgodnie z umową", nie niweczy zatem takiego dokumentu, jako potwierdzającego należyte wykonanie umowy. Wystawca ma bowiem swobodę w doborze używanych sformułowań dla wyrażenia swojej opinii. Również sam fakt naliczenia kary umownej, w sytuacji gdy dotyczy ona niewielkich nieprawidłowości przy realizacji umowy, pozostających bez wpływu na wynik umowy, nie oznacza, że cel zawarcia umowy nie został zrealizowany, a zatem nie wyklucza uznania przez wystawcę, że umowa została zrealizowana należycie, co stwierdza w wydanych dokumentach. Powyższe należy odnosić do zdecydowanej większości referencji zakwestionowanych w odwołaniu". Można uznać, że w przypadku Zamawiającego zadziałał pewien mechanizm oparty na przekonaniu, że zawarte w referencjach stwierdzenie o naliczeniu kar umownych co do części zamówienia automatycznie eliminuje całą usługę z możliwości powoływania jej na potrzeby wykazywania spełniania warunku udziału w postępowaniu. Co więcej – Zamawiający błędnie uznał, że usługa realizowana na rzecz Tyskiego Zakładu Usług Komunalnych w Tychach została w całości wykonana nienależycie i nieterminowo, podczas gdy przedłożona Zamawiającemu referencja mówiła o tym, że tylko część usług została zrealizowana nienależycie.

Odnosząc się do zarzutu nr 2 – zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień: Zgodnie z art. 128 ust. 4 Pzp, Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu. Zamawiający w prowadzonym przez siebie Postępowaniu – co zostało wykazane powyżej – błędnie i przedwcześnie uznał, że Usługa powołana w wykazie usług nie potwierdza spełniania warunku udziału w Postępowaniu i wezwał do złożenia nowego wykazu usług. Wnioski wysnute przez Zamawiającego są przedwczesne i powinny przynajmniej zostać poprzedzone stosownym wezwaniem do wyjaśnienia kwestii związanych z realizacją Usługi na rzecz Tyskiego Zakładu Usług Komunalnych w Tychach – a tego zabrakło w niniejszym Postępowaniu. Istnieje bowiem bardzo wysokie prawdopodobieństwo, że wyjaśnienia przedstawione przez Odwołującego pozwoliłyby Zamawiającemu na uznanie, że Odwołujący spełnia warunek udziału w Postępowaniu. Powyższe okoliczności czynią także przedwczesnym wezwanie do złożenia nowego wykazu usług.

Do odwołania Odwołujący na potwierdzenie twierdzeń w nim zawartych dołączył jako dowody załączniki:

1) Wezwanie z dnia 29 marca 2023 r.;

2) SWZ (wyciąg);

3) Wykaz usług;

4) Poświadczenie nr 8/2023 o wykonanym zamówieniu z dnia 24 lutego 2023 r.;

5) Umowę nr DO.262.13.2022 z dnia 4 maja 2022 r. wraz z załącznikami;

6) Faktury wystawione w ramach Usługi z protokołami powykonawczymi;

7) Pismo Zamawiającego z dnia 22 czerwca 2022 r. wraz z załącznikami;

8) Pismo Odwołującego z dnia 11 lipca 2022 r.

W związku z tym, że w postępowaniu złożono jedną ofertę (Odwołującego), Zamawiający nie wzywał wraz kopią odwołania, w trybie art. 524 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 18.04.2023 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem elektronicznym) Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości; przeprowadzenie dowodów wskazanych w treści niniejszego pisma; zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania poniesionych przez Zamawiającego, w tym kosztów dojazdu i wynagrodzenia pełnomocnika. W uzasadnieniu odpowiedzi na odwołanie Zamawiający podniósł: Zdaniem Zamawiającego, stawiane mu przez Odwołującego zarzuty naruszenia ustawy Pzp nie znajdują uzasadnienia

i winny ulec w całości oddaleniu. W pierwszej kolejności wskazał, iż w ocenie Zamawiającego całkowicie prawidłowym było przeprowadzone przez Odwołującego wnioskowania, że z wyjaśnienia Zamawiającego, iż „usługa zrealizowana na rzecz Tyskiego Zakładu Usług Komunalnych w Tychach została wykonana nienależycie i nieterminowo" -wynika, że usługa ta w ocenie Zamawiającego nie potwierdza warunku udziału w postępowaniu. Procesowi myślowemu, który doprowadził Odwołującego do sformułowania tego wniosku nie sposób zarzucić błędu. W opinii Zamawiającego, jedynie usługa potwierdzona należytą referencją świadczyć mogła o spełnianiu warunku udziału w Postępowaniu. Powyższe, jednakże zdaniem Zamawiającego wyczerpało zakres twierdzeń i wniosków Odwołującego, którym można było przypisać walor słuszności. Podmioty ubiegające się o udzielenie zamówienia na realizację usługi p.n. „Utrzymanie zieleni niskiej na terenie miasta Tychy w 2023 roku – Zadania 1-3", zobowiązane były do przedstawienia wykazu usług wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączenia dowodów określających czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie. W odniesieniu do Zadania 3 Zamawiający wymagał doświadczenia w zakresie koszenia pasów zieleni dróg publicznych na terenach miejskich na powierzchni co najmniej 500 000 m2 i rowów co najmniej 200 000 m2 , przy czym oczekiwał, aby usługa ta zrealizowana była w ramach jednej umowy. Odwołujący składając ofertę przedłożył Zamawiającemu wykaz usług obejmujący jedną pozycję – usługę „Utrzymania zieleni niskiej w pasach drogowych dróg publicznych oraz dróg krajowych na terenie miasta Tychy". Wskazał jednocześnie, że jej całkowita wartość wyniosła 855 775,80 zł, że usługa była przez niego wykonywana w okresie od 04.05.2022 r. do 25.10.2022 r. na rzecz Tyskiego Zakładu Usług Komunalnych w Tychach (czyli na rzecz Zamawiającego) i że w jej ramach zrealizowana została przez niego, w zakresie koszenia pasów zieleni dróg publicznych na terenach miejskich, powierzchnia 1 416 606,00 m2 , a w zakresie koszenia rowów, powierzchnia 300 336,00 m2. Jednocześnie na potwierdzenie, że wskazana w wykazie usługa została wykonana należycie, Odwołujący przedłożył datowane na dzień 24.02.2023 r. „Poświadczenie Nr 8/2023 o wykonanym zamówieniu", w którym to dokumencie Zamawiający potwierdził, że Odwołujący był wykonawcą usługi p.n. „Utrzymanie zieleni niskiej w pasach drogowych dróg publicznych oraz dróg krajowych na terenie miasta Tychy", wskazał jakie czynności wchodziły w zakres przedmiotowy tego zamówienia, określił, że jego wartość wynosiła 855 775,80 zł i wskazał, że zamówienie to zostało w części wykonane nienależycie i nieterminowo, a wykonawcy naliczone zostały z tego tytułu kary umowne. Biorąc pod uwagę powyższe, nie sposób przyjąć, że Odwołujący przedstawił dowód, że wskazana przez niego w wykazie usługa p.n. „Utrzymanie zieleni niskiej w pasach drogowych dróg publicznych oraz dróg krajowych na terenie miasta Tychy" – została

wykonana należycie. Co więcej, niezależnie nawet od wywodów Odwołującego, który zdawał się abstrahować od treści dokumentów, jakie złożył w toku przedmiotowego postępowania, nawet gdyby przyjąć, że to nie „Utrzymanie zieleni niskiej w pasach drogowych dróg publicznych oraz dróg krajowych na terenie miasta Tychy" było usługą, której należyte wykonanie miał potwierdzać dokument referencyjny, a poszczególne czynności wchodzące w skład tego Zadania – to i tak nie ulegało wątpliwości, iż Odwołujący nie przedstawił żadnego dokumentu potwierdzającego, że czynności te zostały wykonane należycie. Nie ulegało najmniejszej wątpliwości, iż dokument w postaci „Poświadczenia Nr 8/2023 o wykonanym zamówieniu" z dnia 24.02.2023 r. nie zawierał informacji, iż ani usługa p.n. „Utrzymanie zieleni niskiej w pasach drogowych dróg publicznych oraz dróg krajowych na terenie miasta Tychy", ani żadna inna - została wykonana należycie. Wręcz przeciwnie – dokument ten zawierał informację, że w części zamówienie to zostało wykonane nienależycie i nieterminowo. Zgodnie z treścią § 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 - wykonawcy zobowiązani są do złożenia wraz z wykazem, dowodów określających czy dane roboty budowalne, usługi, dostawy zostały wykonane należycie. Ustawodawca postawił tak naprawdę tylko jeden kluczowy wymóg, co do treści referencji -jest nim konieczność wyrażenia wprost w dokumencie, że zamówienie zostało należycie wykonane. Mimo, iż znaczna część orzecznictwa odnosi się do uprzednio obowiązujących przepisów prawa, to zachowały one swoją aktualność również na gruncie obowiązujących obecnie aktów prawnych. Przywołał w tym zakresie wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18.05.2018 r., sygn. akt KIO 845/18, w którym Izba wskazała, że referencje, jako załącznik do wykazu, są jedynie uzupełnieniem informacji w nim zawartych, a ich rolą jest potwierdzenie faktu, że zamówienie, na które powołuje się wykonawca zostało zrealizowane w sposób

należyty. Zauważył, iż przedłożony przez Odwołującego dokument referencyjny, nie wyrażał okoliczności, że zamówienie, do którego się odnosi zostało należycie wykonane. Nawet gdyby przyjąć tok rozumowania Odwołującego, że skoro zamówienie zostało wykonane nienależycie w części, to a contrario występuje taka część zamówienia, które wykonane zostało należycie - to nie sposób nie zauważyć, że po pierwsze z treści rzeczonego dokumentu nie da się dociec, w jakiej części zostało ono wykonane należycie, a po drugie, z całą pewnością nie można było uznać, że dokument ów wprost zaświadczał o należytym wykonaniu jakiejkolwiek części zamówienia. Odwołujący na potrzeby niniejszego postępowania zdawał się formułować tezę, że nie tyle realizował na rzecz Zamawiającego usługę „Utrzymania zieleni niskiej w pasach drogowych dróg publicznych oraz dróg krajowych na terenie miasta Tychy" (stanowiącą Zadanie 3 w postępowaniu, którego przedmiotem było „Utrzymanie zieleni niskiej w Tychach w 2022 r. - Zadanie nr 1-5"), co

odrębne czynności polegające na: koszeniu trawników i rowów w pasach drogowych na terenie miasta Tychy w Rejonie I oraz II z wyłączeniem pasów drogowych dróg krajowych oraz węzłów, poboczy i rowów tych dróg wraz z grabieniem i wywozem skoszonej trawy; koszeniu trawników w pasach drogowych dróg krajowych wraz z węzłami, poboczami i rowami tych dróg wraz z grabieniem i wywozem skoszonej trawy z rowów wyżej wymienionych dróg; jesiennym grabieniu liści w pasach drogowych dróg publicznych - a wręcz nawet cząstkowe zlecenia zobowiązujące go do podjęcia konkretnych działań w ramach wyżej wymienionych czynności. Tezę tę uzasadniał argumentacją polegającą na tym, że każde z wyżej wymienionych działań było przedmiotem odrębnych zleceń i odrębnego fakturowania. Zdaniem Zamawiającego argumentacja ta była wadliwa i pozostawała w ewidentnej sprzeczności z dokumentacją postępowania. W pierwszej kolejności Zamawiający zauważył, iż zamówienie udzielone Odwołującemu w roku 2022 nie dotyczyło odrębnie poszczególnych czynności wchodzących w skład danego Zadania, a tym bardziej nie dotyczyło osobnej realizacji poszczególnych zleceń „uruchamiających" ich wykonanie - polegało na powierzeniu wykonawcy kompleksowej realizacji przedmiotu zamówienia i to ona podlegała ocenie pod kątem należytości lub nienależytości wykonania. W tym miejscu zauważył, iż zakres przedmiotowy Zadania 3 usługi p.n. „Utrzymanie zieleni niskiej na terenie miasta Tychy w 2023 roku – Zadanie 1-3" był tożsamy z zakresem przedmiotowym realizowanego w roku 2022 Zadania 3 usługi p.n. „Utrzymanie zieleni niskiej w Tychach w 2022 r. - Zadanie nr 1-5". W obydwu postępowaniach Zamawiający w identyczny sposób określił czynności, które na dane Zadanie się składają. Jednocześnie w treści pkt 3.8 SWZ dla zamówienia p.n. „Utrzymanie zieleni niskiej na terenie miasta Tychy w 2023 roku – Zadanie nr 1-3", Zamawiający wprost stwierdził, iż „Oferty nie zawierające pełnego zakresu przedmiotu zamówienia (w ramach danego zadania) zostaną odrzucone." (tiret 2). Już samo to świadczy, o tym, że nawet same czynności przewidziane w ramach Zadania nie miały charakteru autonomicznego i nie mogły być traktowane jako osobne usługi, a co dopiero zlecenia, na podstawie których Wykonawca miał wyjechać w teren i realizować usługę. Zauważył także, że sam Odwołujący na etapie składania oferty miał świadomość faktu, że usługa, którą realizował w roku 2022 na rzecz Zamawiającego polegała na realizacji zadania w postaci „Utrzymania zieleni niskiej w pasach drogowych dróg publicznych oraz dróg krajowych na terenie miasta Tychy", a nie na wykonywaniu poszczególnych wyjazdów w teren. Taką bowiem usługę sam wskazał w Wykazie usług, określił jej wartość odpowiadającą wartości całego Zadania i wskazał okres jej realizacji odpowiadający okresowi realizacji całego Zadania. Powyższe zaś pozostawało spójne z treścią referencji, która także odnosiła się do całości Zadania, a nie do poszczególnych czynności wchodzących w jego skład, a już tym bardziej nie do poszczególnych zleceń w ramach których Odwołujący usługę realizował. O fakcie, iż poszczególne zlecenia nie miały

autonomicznego charakteru, świadczy także to, w jaki sposób Zamawiający kalkulował kary umowne za każdy przypadek przekroczenia czasu jednokrotnego koszenia zadeklarowanego przez Wykonawcę w formularzu oferty. Otóż nie sposób nie zauważyć, iż kara ta, zgodnie z zapisami § 9 ust. 1 pkt 3 umowy, liczona była jako określony procent nie od wynagrodzenia przysługującego wykonawcy za dane koszenie, co wydawałoby się potwierdzać stanowisko Odwołującego, ale jako określony procent od całości wynagrodzenia umownego brutto. Dowód: umowa Nr DO.262.13.2022 z dnia 04.05.2022 r. Zatem i na tym gruncie trudno rzeczonym jednostkowym zleceniom przypisać charakter czynności autonomicznych. Zgodnie z treścią pkt. 6.2 SWZ, Zamawiający oczekiwał od podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia doświadczenia w zakresie koszenia pasów zieleni dróg publicznych na terenach miejskich na powierzchni co najmniej 500 000 m2 i rowów co najmniej 200 000 m2, wskazując jednoczenie, że usługa ta powinna być zrealizowana lub realizowana w ramach jednej umowy. Odwołujący z powyższego zapisu usiłuje wywieść, iż skoro Zamawiający określił „koszenie pasów zieleni dróg publicznych na terenach miejskich na powierzchni co najmniej 500 000 m2 i rowów co najmniej 200 000 m2", jako usługę, to jest to równoznaczne z tym, że odrębną usługą było także wykonywane przez niego jednostkowe koszenia pasów zieleni dróg publicznych oraz rowów w ramach realizacji zamówienia publicznego p.n. . „Utrzymanie zieleni niskiej w Tychach w 2022 r. - Zadanie nr 1-5". Twierdzenie powyższe nie znajdowało żadnego uzasadnienia. Z rzeczonego zapisu wynikało tylko to, że jeśli jakiś podmiot realizował na podstawie jednej umowy usługę polegającą na „koszeniu pasów zieleni dróg publicznych na terenach miejskich na powierzchni co najmniej 500 000 m2 i rowów co najmniej 200 000 m2" i potrafi udokumentować należyte jej wykonanie, to spełnia warunek udziału w postępowaniu. Nie wynikało z niego natomiast absolutnie to, że „koszenie pasów zieleni dróg publicznych na terenach miejskich na powierzchni co najmniej 500 000 m2 i rowów co najmniej 200 000 m2" zawsze stanowi odrębną usługę. Może bowiem, tak jak ma to miejsce w przypadku Odwołującego, być to jedynie jedna z czynności wchodzących w skład szerszej usługi. Gdyby w przypadku Odwołującego „koszenie pasów zieleni dróg publicznych na terenach miejskich na powierzchni co najmniej 500 000 m2 i rowów co najmniej 200 000 m2" stanowiło odrębną usługę, to wystąpiłby do podmiotu na rzecz, którego ją świadczył o udzielenie mu referencji dotyczących tejże usługi i referencja taka odnosiłaby się do tejże usługi. Jak wynikało z treści SWZ, koszenie pasów zieleni dróg publicznych na terenach miejskich oraz koszenie rowów stanowiło jedynie część udzielanego przez Zamawiającego zamówienia. Poza wyżej wskazanymi zamówienie obejmowało także inne czynności. Owszem czynności te stanowiły na tyle istotny element zamówienia, że to właśnie w zakresie doświadczenia w ich wykonywaniu Zamawiający wymagał od wykonawców wykazania się konkretnym doświadczeniem. Nie miało to jednak żadnego znaczenia w kontekście

określenia przedmiotu zamówienia – ten opisany jest w wyczerpująco w SWZ i jak wskazano powyżej obejmuje poza rzeczonym koszeniem także inne zadania. Analogicznie sytuacja wyglądała na gruncie poprzedniego postępowania,

realizowanego przez Odwołującego. Zakres czynności wchodzących w jego skład, których realizacji oczekiwano od wykonawcy był identyczny. Dowód: SWZ postępowania o udzielenie zamówienia publicznego którego przedmiotem było „Utrzymanie zieleni niskiej w Tychach w 2022 r. - Zadanie nr 1-5". Powyższe oznaczało, że Odwołujący pragnąc wykazać spełnianie warunku określonego w SWZ dla niniejszego postępowania, jak najbardziej mógł to uczynić posługując się referencjami odnoszącymi się do poprzedniego postępowania w ramach, którego czynności stanowiące warunek udziału wykonywał. Koniecznym było jednak przedłożenie referencji wskazujących na należytą realizację zamówienia, w toku którego czynności te realizował. Odwołujący jednak nie zrealizował w sposób należyty poprzednio udzielonego mu zamówienia, co w sposób niebudzący wątpliwości wynika z wystawionego mu przez zamawiającego dokumentu referencyjnego. Zwrócił uwagę na okoliczność, która w ocenie Zamawiającego miała istotne znaczenie, że nie było tak, że Odwołujący spośród kilku czynności składających się na przedmiot zamówienia, w sposób należyty wykonał czynności polegające na koszeniu pasów zieleni dróg publicznych na terenach miejskich oraz koszeniu rowów (czyli czynności objęte warunkiem), a w sposób nienależyty jakieś inne czynności. Odwołujący w sposób nienależyty wykonał właśnie czynności polegające na koszeniu pasów zieleni dróg publicznych na terenach miejskich oraz koszeniu rowów i to z uwagi na nieprawidłową realizację tych właśnie czynności został obciążony karami. Wobec powyższego, nawet gdyby przedmiot udzielonego Odwołującemu zamówienia stanowiło wyłącznie koszenie pasów zieleni dróg publicznych na terenach miejskich oraz koszenie rowów, to Odwołujący i tak nie uzyskałby od Zamawiającego referencji, z której wynikałoby, że zrealizował zamówienie w sposób należyty. Nie uzyskałby, ponieważ nie zrealizował tych czynności w sposób należyty. Wykonywanie koszenia pasów zieleni dróg publicznych na terenach miejskich oraz koszenia rowów w taki sposób, że jedynie co drugie realizowane jest terminowo i to w sytuacji, w której terminowość koszenia była jednym z kryterium oceny ofert, nie jest w opinii Zamawiającego należytym wykonywaniem tego obowiązku. Odwołujący kwestionował prawidłowość stanowiska Zamawiającego wyrażonego w dokumencie referencyjnym. Podnosił, że kwestionuje zasadność naliczenia mu kar i wskazał, że nawet jeśli faktycznie doszło do naruszenia przez niego obowiązków, to miało ono charakter marginalny, a Zamawiający nie poniósł w związku z jego wystąpieniem żadnej szkody. Odnosząc się w pierwszej kolejności do wywodów Odwołującego na temat rzekomo niewielkiego uchybienia obowiązkom umownym oraz wygórowanej kary oderwanej od faktu poniesienia przez Zamawiającego szkody, Zamawiający wskazał, że zgodnie z zapisami SWZ zarówno czas jednokrotnego koszenia trawników jak i wysokość kary umownej za

nienależyte wykonanie przedmiotu umowy stanowiły kryteria oceny ofert (o łącznej wadze 40%) i zostały zadeklarowane przez samego Odwołującego w ofercie. Mając możliwość ukształtowania relacji stron w tym zakresie, to Odwołujący sam wskazał najkrótszy możliwy termin koszenia oraz najwyższą możliwą stawkę procentową kary za jego uchybienie. Dowód: formularz oferty Odwołującego złożonej w postępowaniu o udzielnie zamówienia p.n. „Utrzymanie zieleni niskiej w Tychach w 2022 r. - Zadanie nr 1-5". W opinii Zamawiającego trudno okoliczność, mającą wpływ na 30% wartości przedmiotu zamówienia (czas jednokrotnego koszenia trawników) uznać za okoliczność marginalną, a co za tym idzie trudno uznać uchybienie przez Odwołującego obowiązkowi umownemu w tym zakresie, za czyn o niewielkim znaczeniu. Jeszcze trudniej zaakceptować oburzenie Odwołującego wysokością naliczonej mu kary. W opinii Zamawiającego terminowość koszenia trawników uznać należy za jeden z kluczowych aspektów realizacji obowiązków umownych, skoro odpowiadał on aż 30 procentom wartości zamówienia. Sposób sformułowania zapisu § 9 ust. 1 pkt 3 umowy, określającego warunki naliczenia i wysokość rzeczonej kary, nie pozostawiał wątpliwości, iż ma ona charakter gwarancyjny, a co za tym idzie oderwany od kwestii winy wykonawcy czy też wystąpienia szkody po stronie zamawiającego. W odróżnieniu od zapisów statuujących kary za zwłokę w realizacji innych obowiązków umownych, kara przewidziana w § 9 ust. 1 pkt 3 uzależniona była wyłącznie od zaistnienia określonego stanu faktycznego i miała na celu zabezpieczenie należytej realizacji zobowiązań wykonawcy, które miały realny i niebagatelny wpływ na wysokość przysługującego mu wynagrodzenia, a na parametry których to zobowiązań, Odwołujący posiadał decydujący wpływ, samodzielnie określając je w złożonej przez siebie ofercie. Jednocześnie zauważył, iż w doktrynie i orzecznictwie powszechnie przyjmuje się, że odpowiedzialność dłużnika z tytułu kary umownej za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nie jest uwarunkowana poniesieniem przez wierzyciela szkody. Co więcej zauważył, że zgodnie z art. 473 k.c. stronom zobowiązania przysługuje uprawnienie do innego, szerszego lub węższego określenia okoliczności, za które dłużnik odpowiada. Wówczas, w konkretnym stosunku, zwłoką będzie również takie uchybienie terminowi świadczenia, którego przyczynę stanowiły okoliczności inne niż niezachowanie przez dłużnika należytej staranności. W takim wypadku, przy rozszerzeniu odpowiedzialności, niemożliwość postawienia dłużnikowi zarzutu zawinienia nie jest przeszkodą uznania, że pozostaje on w zwłoce. W skrajnym wypadku, gdy strony wprowadzą odpowiedzialność typu gwarancyjnego za skutek, zwłoka i opóźnienie nie będą się między sobą różniły. Za dopuszczalną należy uznać możliwość, że odszkodowanie za nienależyte wykonanie umowy może przysługiwać zamawiającemu, jeżeli niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy będzie następstwem innych okoliczności, niż tylko zawinione zachowanie wykonawcy. Jeżeli postanowienia zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego określają rozszerzony zakres odpowiedzialności w

stosunku do uregulowanej ustawowo i zastrzegają karę umowną z tytułu opóźnienia w wykonaniu lub nienależytym wykonaniu umowy, to bez znaczenia są przyczyny, które spowodowały niedotrzymanie przez wykonawcę terminu wykonania przedmiotu umowy i ocena czy opóźnienie ma formę kwalifikowaną, zależną od winy. Odwołujący na uzasadnienie postawionych przez siebie tez, przedstawił argumentację, zgodnie z którą wystąpienie niewielkich uchybień przy realizacji umowy nie stoi na przeszkodzie uznaniu, że wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu i przytoczył dwa orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, które argumentację tę miały wzmocnić. Zamawiający w całej rozciągłości przyjął słuszność wniosków płynących z przywołanych przez Odwołującego orzeczeń, zwrócił jednak uwagę, iż nijak nie przystawały one do stanu faktycznego niniejszej sprawy i absolutnie nie potwierdzały stanowiska prezentowanego przez Odwołującego. Zauważył, że w obydwu stanach faktycznych stanowiących podstawę wyrokowania przez Izbę podmiot wystawiający referencję potwierdzał należytość realizacji zamówienia przez wykonawcę. Trudno zatem znaleźć jakąkolwiek analogię ze stanem faktycznym niniejszego postępowania, gdzie podmiot wystawiający referencję wprost stwierdził, że zamówienie nie zostało zrealizowane należycie. Odnosząc się do sformułowanego przez Odwołującego zarzutu ewentualnego, polegającego na zaniechaniu wezwania go do złożenia

wyjaśnień dotyczących przebiegu realizacji usługi powołanej w wykazie usług w celu oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu, wskazał, iż abstrahuje on w zupełności od faktu, iż podmiotem, który Odwołującemu wystawił dokument referencyjny jest sam Zamawiający. W związku z powyższym Zamawiający dysponuje nie tylko pełną dokumentacją przebiegu realizacji przez Odwołującego zamówienia objętego dokumentem referencyjnym, ale także jego stanowiskiem, wyrażanym w korespondencji z Zamawiającym. Stanowisko to zostało nota bene powielone w treści wniesionego przez niego odwołania. Abstrahując od powyższego zauważył, iż art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, którego uchybienie w zarzucie ewentualnym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu statuuje uprawnienie Zamawiającego, a nie obowiązek. Zgodnie z jego treścią: Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu. Podobnie zresztą ust. 5 rzeczonego przepisu formułuje uprawnienie do wystąpienia przez Zamawiającego do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu o przedstawienie takich informacji lub dokumentów. Nie sposób nie zauważyć, że w stanie faktycznym niniejszego postepowania, korzystanie przez Zamawiającego z któregokolwiek z wyżej wymienionych uprawnień było bezpodmiotowe. Biorąc pod uwagę powyższe, przedstawione przez Odwołującego zarzuty uznać należy za nieuzasadnione i nie znajdujące oparcia ani w dokumentacji postępowania, ani w przepisach prawa. Odwołanie

winno zatem w opinii Zamawiającego podlegać oddaleniu, o co wniósł, jak w petitum odpowiedzi na odwołanie.

Do odpowiedzi na odwołanie Zamawiający na potwierdzenie twierdzeń w niej zawartych dołączył jako dowody załączniki:

1) pełnomocnictwo;

2) umowę Nr DO.262.13.2022 z dnia 4 maja 2022 r.;

3) SWZ postępowania o udzielenie zamówienia publicznego którego przedmiotem było „Utrzymanie zieleni niskiej w Tychach w 2022 r. - Zadanie nr 1-5”,

4) formularz oferty Odwołującego złożonej w postępowaniu o udzielnie zamówienia p.n. „Utrzymanie zieleni niskiej w Tychach w 2022 r. - Zadanie nr 1-5”.

W dniu 19.04.2023 r. podczas posiedzenia niejawnego z udziałem stron: Zamawiający złożył dowód: ogłoszenie o wykonaniu umowy Usługi „Utrzymanie zieleni niskiej w Tychach w 2022 r. Utrzymanie zieleni niskiej w Tychach w 2022 r. – Zadanie nr 1 – 5” na potwierdzenie faktu, że umowa nie została wykonana należycie.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron 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 Pzp, a wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 542 ust. 1 Pzp, dopuścił w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego w formie elektronicznej. Pozostałe dokumenty zostały złożone w dniu 04.04.2023 r. jako załączniki do odwołania, w dniu 18.04.2023 r. jako załączniki do odpowiedzi na odwołanie i w dniu 19.04.2023 r. na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron -przez Zamawiającego – ogłoszenie o wykonaniu umowy Usługi „Utrzymanie zieleni niskiej w Tychach w 2022 r. Utrzymanie zieleni niskiej w Tychach w 2022 r. – Zadanie nr 1 – 5”.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowisko wynikające ze złożonych pism, to jest odwołania i odpowiedzi na odwołanie oraz stanowiska i oświadczenia stron, złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów, stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

1) w ramach zarzutu nr 1 - art. 128 ust. 1 w zw. z art. 16 Pzp poprzez wystosowanie przez Zamawiającego w dniu 29 marca 2023 r. wezwania do złożenia „nowego wykazu usług wraz z dowodem potwierdzającym, że usługa wymagana w SWZ została zrealizowana lub jest zrealizowana należycie” na skutek uznania przez Zamawiającego, że usługa wskazana przez Odwołującego w wykazie usług została wykonana nienależycie i nieterminowo, podczas gdy: i. część referencyjnej usługi (w zakresie zlecenia nr 3 i 4), co do której zamawiający nie naliczył kar umownych, wystarcza do potwierdzenia spełniania warunku udziału w Postępowaniu; ii. usługa powołana w wykazie usług została wykonana należycie pomimo naliczenia kar umownych - co pozwala uznać, że Odwołujący potwierdził spełnianie warunku udziału w Postępowaniu;

2) w ramach zarzutu nr 2 (ewentualnego) - art. 128 ust. 4 w zw. z art. 16 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących przebiegu realizacji usługi powołanej w wykazie usług w celu oceny spełniania warunku udziału w Postępowaniu przez Wykonawcę.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie do przedmiotowego odwołania:

Spór dotyczył rozumienia usługi w ocenianym warunku udziału w postępowaniu, dotyczącym zdolności technicznej lub zawodowej, zwanym dalej także „warunkiem doświadczenia":

1) Zamawiający stał na stanowisku, iż chodzi o wykonanie wszystkich danego rodzaju usług w ramach jednej umowy i wykonanie tych wszystkich danego rodzaju usług ma być potwierdzone dokumentem o ich należytym wykonaniu. Skutkiem powyższego, Zamawiający w przypadku chociażby jednego nienależytego wykonania na zlecenie jednostkowej usługi danego rodzaju w ciągu obowiązywania umowy uważał, że usługa (rozumiana jako rodzaj usługi, czyli łącznie wszystkie wykonane na zlecenie usługi jednostkowe danego rodzaju) była nienależycie wykonana (umowa była nienależycie wykonana);

2) Odwołujący stał zaś na stanowisku, że w ramach umowy, polegającej na wykonywaniu kilku jednostkowych usług danego rodzaju, każdorazowe wykonanie na zlecenie jednostkowej danego rodzaju usługi stanowi usługę o której mowa w warunku doświadczenia i wykonanie takiej usługi wymaga potwierdzenia dokumentem o należytym jej wykonaniu. Skutkiem powyższego, Odwołujący uważał, że w przypadku nienależytego wykonania na zlecenie usługi jednostkowej danego rodzaju i należytego wykonania na zlecenie usługi jednostkowej danego rodzaju w okresie

obowiązywania umowy, można przyjąć należyte wykonanie tej należycie wykonanej na zlecenie usługi jednostkowej danego rodzaju jako spełniającej warunek doświadczenia.

W ocenie Izby zatem należało ustalić, jaka treść wynika ze sformułowanego literalnie warunku doświadczenia.

W Specyfikacji warunków zamówienia z dnia 31 stycznia 2023 r., znak sprawy: DO.261.1.2023, dalej „SWZ", przekazanej Izbie przez Zamawiającego jako dokumentacja postępowania, w jej pkt 6.2 Zamawiający określił w szczególności warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej – Zamawiający wskazał, że uzna niniejszy warunek za spełniony, jeżeli wykonawca przedstawi wykaz 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 dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub 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. Wymagane jest w zakresie zadania nr 3 - koszenie pasów zieleni dróg publicznych na terenach miejskich na powierzchni co najmniej 500 000 m2 i rowów co najmniej 200 000 m2 - usługa ta powinna być zrealizowana lub realizowana w ramach jednej umowy. Na potrzeby niniejszego postępowania Zamawiający dookreślił, iż warunek o którym mowa powyżej zostanie spełniony przy wykazaniu wykonania lub wykonywania usługi polegającej na koszeniu traw: -w pasach zieleni dróg publicznych, która była przeprowadzona na jednej powierzchni nie mniejszej niż 500 000 m2 lub na różnych powierzchniach, przy czym suma tych powierzchni nie może być mniejsza niż 500 000 m2. Można sumować jednokrotne koszenie traw na terenach o różnych powierzchniach w ramach jednej umowy. Ta sama zasada dotyczy powierzchni rowów – dotyczy zadania nr 3.

Pismem z dnia 17.03.2023 r. znak: DO.261.1.2023 Gmina Miasta Tychy na podstawie art. 126 ust. 1 Pzp wezwała Odwołującego do złożenia w terminie do dnia 27.03.2023 r. aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych, w

szczególności podmiotowe środki dowodowe na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu: wymienione w pkt 6.2 SWZ.

W odpowiedzi Odwołujący złożył wykaz usług i poświadczenie nr 8/2023 z dnia 24.02.2023 r., w którym Zamawiający zawarł następujące stwierdzenie: „Usługi wykonywane były od dnia 04 maja 2022 r. do dnia 25 października 2022 r. na łączną kwotę 855.775,80 zł brutto zgodnie z umową nr DO.262.13.2022. Część powyższych usług zostało wykonanych nienależycie i nieterminowo. Zostały naliczone kary umowne za przekroczenie terminu zlecenia na realizację prac.".

W wykazie usług, w tabeli, Odwołujący wskazał: rodzaj usług zgodnie z punktem 6.2 SWZ: „Utrzymanie zieleni niskiej w pasach drogowych dróg publicznych oraz dróg krajowych na terenie miasta Tychy" (kolumna nr 2 tabeli), całkowitą wartość umowy z kolumny nr 2 -brutto PLN: „855.775,80 zł" (kolumna nr 3 tabeli), powierzchnię koszenia pasów zieleni dróg publicznych na terenach miejskich: „1.416.606,00 m 2 (powierzchnia jednokrotnego koszenia)" (kolumna nr 4 tabeli), powierzchnię koszenia rowów: „300.336,00 m 2 (powierzchnia jednokrotnego koszenia)" (kolumna nr 5 tabeli), nazwę Zleceniodawcy: „Tyski Zakład Usług Komunalnych w Tychach, ul. Budowlanych 43,43-100 Tychy" (kolumna nr 6 tabeli), termin (podać dokładną datę) i miejsce realizacji: „04.05.2022 - 25.10.2022 Drogi publiczne i drogi krajowe na terenie miasta Tychy" (kolumna nr 7 tabeli).

Zamawiający pismem z dnia 29.03.2023 r., znak: DO.261.1.2023, wezwał Odwołującego na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia w terminie do dnia 04.04.2023 r. aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych, o których mowa w punkcie 6.2 SWZ, to jest w szczególności nowego wykazu usług wraz z dowodem potwierdzającym, że usługa wymagana w SWZ została zrealizowana lub jest realizowana należycie. Zamawiający wskazał w tym piśmie, iż przekazany wraz z wykazem usług dokument - poświadczenie nr 8/2023 o wykonanym zamówieniu - wskazuje, że usługa zrealizowana na rzecz Tyskiego Zakładu Usług Komunalnych w Tychach została wykonana nienależycie i nieterminowo. Poinformował, że zgodnie z art. 226 ust.1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp odrzuceniu

podlega oferta, jeżeli została złożona przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń; zatrzyma wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na niniejsze wezwanie z przyczyn leżących po jego stronie, nie złoży ww. podmiotowych środków dowodowych, co spowodowuje brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej.

W odpowiedzi na wezwanie z dnia 29.03.2023 r., znak: DO.261.1.2023, Odwołujący w piśmie z dnia 04.04.2023 r. wyjaśnił, że usługa powołana w złożonym uprzednio wykazie

usług potwierdzała spełnianie warunku udziału sformułowanego w SWZ – z podanych poniżej powodów. Po pierwsze, z samej treści referencji wynikały okoliczności odmienne od tych, które przedstawił Zamawiający: nienależycie i nieterminowo (zdaniem autora referencji) została wykonana zaledwie część prac, a nie – jak przyjął Zamawiający w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów – całość. Po drugie, z postanowień umowy łączącej Wykonawcę z TZUK wynikało, że poszczególne zlecenia udzielane przez TZUK miały charakter autonomiczny. Wykonawca nie mógł samodzielnie (bez udzielenia przez Zamawiającego stosownego zgłoszenia) rozpocząć świadczenia usług. Każde zlecenie podlegało oddzielnemu odbiorowi, oddzielnemu fakturowaniu i oddzielnemu rozliczeniu. W ramach Usługi wykonał łącznie 4 takie zlecenia, każde z nich zostało odebrane oraz opłacone przez Zamawiającego w pełnej kwocie. Zamawiający zgłosił zastrzeżenia wyłącznie do jednego zlecenia, oznaczonego numerem 1.

Zamawiający całkowicie pominął fakt, że zastrzeżenia TZUK-u dotyczyły wyłącznie pierwszego zlecenia realizowanego w ramach Usługi. Zamawiający nie zgłosił żadnych zastrzeżeń do zleceń od nr 2 do nr 4, co przedstawił w tabeli w piśmie. Z powyższego zestawienia oraz przywołanych dokumentów wynikało ponadto, że zlecenie nr 3 i 4 samodzielnie wystarczają do wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu. Jedynie w przypadku zlecenia nr 1 TZUK naliczył Wykonawcy kary umowne, które doprowadziły go do przeświadczenia o tym, że Wykonawca nie spełniał warunku udziału w postępowaniu (co Wykonawca kwestionuje). Powyższemu twierdzeniu nie sprzeciwiała się treść warunku udziału w postępowaniu. Jak wynikało z treści warunku, usługi podlegające ocenie w ramach warunku udziału w postępowaniu musiały być wykonane w ramach jednej umowy. To zaś oznaczało, że Zamawiający stawiał wyraźne rozgraniczenie pomiędzy usługą a umową. Ocenie podlegało należyte wykonanie usługi, a nie należyte wykonanie całej umowy. Potwierdzała to treść § 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, zgodnie z którym zamawiający może, w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu, żądać od wykonawców wykazu usług wykonanych wraz z dowodami określającymi, czy te usługi zostały wykonane należycie. Ponadto Wykonawca stał na stanowisku, że pomimo umieszczenia w referencji złożonej Zamawiającemu w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu informacji o naliczeniu kar umownych co do części zamówienia, Wykonawca spełniał warunek udziału w postępowaniu, i to nie tyko z uwagi na realizację zleceń nr 3 i 4 (co zostało opisane powyżej), ale także z uwagi na realizację zlecenia nr 1, ponieważ zasadność naliczenia kar umownych była kwestionowana przez Wykonawcę, rzekome naruszenie – o ile odpowiedzialność za jego wystąpienie można przypisywać Wykonawcy – miała charakter marginalny i nie miało

znaczenia z punktu widzenia Zamawiającego, a Zamawiający nie poniósł żadnej szkody w związku z uchybieniem. Wykonawca zakwestionował zasadność kar umownych naliczonych przez TZUK, ponieważ realizacja zlecenia nr 1 nie była możliwa w terminie przewidzianym przez Zamawiającego z uwagi na intensywne opady deszczu i skutkujący tymi opadami grząski teren po opadach. W takich warunkach nie było możliwe prowadzenie koszenia. To zaś oznaczało, że przy realizacji zlecenia nr 1 wystąpiły okoliczności uniemożliwiające należytą realizację zamówienia niezależne od Wykonawcy, co skutkowało brakiem jego odpowiedzialności za nienależytą realizację zamówienia na podstawie art. 471 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, a tym samym brakiem podstaw do naliczenia kar umownych. Gdyby jednak kary umowne naliczone przez Zamawiającego były zasadne, to okoliczność ta nie stała na przeszkodzie uznaniu, że Wykonawca wykonał zamówienie w sposób należyty i mógł powołać się na nie w celu wykazywania spełniania warunku udziału w Postępowaniu. Wynikało to z faktu, że uchybienia ujawnione przez Zamawiającego – jakkolwiek kwestionowane przez Wykonawcę – były niewielkie: kara umowna za zwłokę dotyczyła wyłącznie jednego dnia i wyniosła 1.000 zł, Zamawiający do dnia dzisiejszego nie wystąpił na drogę sądową o zapłatę kar umownych, jak również nie skorzystał z zabezpieczenia należytego wykonania umowy czy też nie potrącił kar umownych z wynagrodzenia, zlecenie nr 1 zostało ukończone w całości, podobnie jak kolejne zlecenia udzielone w ramach umowy (2, 3 i 4), kara umowna stanowiła zaledwie ok. 3% całkowitej wartości wynagrodzenia brutto, Zamawiający nie poniósł jakiejkolwiek szkody w związku z rzekomym zawinionym przez Wykonawcę nienależytym wykonaniem umowy – a w każdym razie takiej szkody nie wykazał, Zamawiający nie odstąpił od umowy ani jej nie rozwiązał, cel umowy został zrealizowany. Zanegowanie dokumentów złożonych przez Wykonawcę z uwagi na fakt rzekomej nienależytej realizacji referencyjnego zamówienia stanowiłoby przejaw daleko posuniętego formalizmu, prowadzącego do odrzucenia oferty Wykonawcy, pomimo faktu posiadania przez Wykonawcę doświadczenia pozwalającego na należytą realizację zamówienia. Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie uznawała, że wystąpienie niewielkich uchybień przy realizacji umowy nie stoi na przeszkodzie uznaniu, że wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu: w wyroku z dnia 23.04.2021 r., sygn. akt KIO 961/21 Izba stwierdziła: „Odwołujący nie zgodził się natomiast ze stanowiskiem zamawiającego, że także pierwotnie przedstawiona usługa spełnienia tego warunku nie potwierdza, czemu dał wyraz udzielając odpowiedzi na wezwanie z dnia 8 marca 2021 r. (pismo z dnia 10 marca 2021 r.). W odniesieniu do tej usługi zamawiający w uzasadnieniu czynności wykluczenia odwołującego z postępowania wskazał, że: "Z dołączonego poświadczenia dla tego opracowania wynika, iż usługa "została wykonana należycie" oraz, że "z tytułu zwłoki w przekazaniu części opracowań geologicznych naliczone zostały kary umowne w łącznej wysokości 38 074,56 zł". Kwota ta

stanowi ok. 7% całości wynagrodzenia. Z powodu zwłoki (tj. okoliczności zawinionej przez Wykonawcę) i naliczonej z jej powodu kary, usługi tej nie można uznać za należycie wykonaną. Integralnym elementem usługi polegającej na

wykonaniu koncepcji technicznej lub projektu budowlanego jest bowiem wykonanie odpowiednich opracowań geologiczno-inżynierskich, a nienależyte (nieterminowe) wykonanie tej części oznacza, iż nie całe zamówienie zostało wykonane zgodnie z umową, nawet jeśli ostatecznie wykonano zakres rzeczowy poprawnie merytorycznie." Odnosząc się do powyższego, jak i stanowisk stron przedstawionych w toku postępowania odwoławczego, należy stwierdzić, że należyte wykonania usługi niewątpliwie należy oceniać nie tylko pod względem merytorycznym, ale także pod względem dochowania terminu jej realizacji. Jednakże naliczenie kar umownych nie zawsze będzie oznaczało, że mamy do czynienia z nienależytym wykonaniem usługi na gruncie przepisów ustawy Pzp oraz rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Izba podziela pogląd, że oceny w tym zakresie należy dokonywać w odniesieniu do konkretnych okoliczności danej sprawy. Przyjęcie poglądu, że obciążenie wykonawcy karami umownymi automatycznie oznacza nienależyte wykonanie usługi na gruncie prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia nie odpowiadałoby realiom wykonywania kontraktów i prowadziło do niekorzystnej dla zamawiających sytuacji, w których wykonawcy w znaczącej ilości przypadków obciążenia ich karami umownymi przez zamawiającego, bez względu na okoliczności naliczenia tych kar jak i ich wysokość, występowaliby na drogę postępowania sądowego lub pozasądowego”; w wyroku z dnia 02.09.2021 r., sygn. akt KIO 2203/21 Izba uznała: „Przy ocenie treści referencji należy mieć zatem na uwadze to, czy według ich wystawcy, który składa oświadczenie wiedzy w tym zakresie, istota, cel, potrzeba gospodarcza realizacji danej umowy, zostały osiągnięte, a zatem czy umowa została wykonana należycie. Użycie w dokumentach, z założenia potwierdzających należyte wykonanie umów, np. referencjach czy poświadczeniach (gdy cel ich wystawienia jest znany), innych określeń dla wyrażenia pozytywnej oceny ich wykonania, np. sformułowania "zgodnie z umową", nie niweczy zatem takiego dokumentu, jako potwierdzającego należyte wykonanie umowy. Wystawca ma bowiem swobodę w doborze używanych sformułowań dla wyrażenia swojej opinii. Również sam fakt naliczenia kary umownej, w sytuacji gdy dotyczy ona niewielkich nieprawidłowości przy realizacji umowy, pozostających bez wpływu na wynik umowy, nie oznacza, że cel zawarcia umowy nie został zrealizowany, a zatem nie wyklucza uznania przez wystawcę, że umowa została zrealizowana należycie, co stwierdza w wydanych dokumentach. Powyższe należy odnosić do zdecydowanej większości referencji zakwestionowanych w odwołaniu”. Wniósł o unieważnienie czynności wezwania do złożenia nowego wykazu usług i

kontynuowanie badania i oceny oferty Wykonawcy z uwzględnieniem dotychczasowego wykazu.

Odnośnie zarzutu pierwszego odwołania Izba uznała wyżej wymieniony zarzut za zasadny.

Izba stwierdziła naruszenie przez Zamawiającego art. 128 ust. 1 w zw. z art. 16 Pzp poprzez wystosowanie przez Zamawiającego w dniu 29.03.2023 r. wezwania do złożenia „nowego wykazu usług wraz z dowodem potwierdzającym, że usługa wymagana w SWZ została zrealizowana lub jest zrealizowana należycie” na skutek uznania przez Zamawiającego, że usługa wskazana przez Odwołującego w wykazie usług została wykonana nienależycie i nieterminowo, podczas gdy: część referencyjnej usługi (w zakresie zlecenia nr 3 i 4), co do której zamawiający nie naliczył kar umownych, mogła wystarczać do potwierdzenia spełniania warunku udziału w Postępowaniu; usługa powołana w wykazie usług została wykonana należycie pomimo naliczenia kar umownych - co pozwala uznać, że Odwołujący potwierdził spełnianie warunku udziału w Postępowaniu.

Izba szczegółowo zanalizowała okoliczności faktyczne i prawne sprawy, w szczególności w zakresie określenia warunku udziału w postępowaniu, treści złożonego wykazu usług i poświadczenia realizacji usługi, wezwania do złożenia nowego wykazu usług wraz z potwierdzeniem należytego ich wykonania wraz z uzasadnieniem tego wezwania, w szczególności podnosi jak niżej.

W sprawie istotne jest w ocenie Izby w szczególności:

1) sformułowanie warunku udziału w postępowaniu – doświadczenia w SWZ nieprecyzyjnie - nie wiadomo czy chodzi o jedną usługę, którą stanowi jedna umowa, czy też chodzi o jedną z usług w ramach jednej umowy. Z treści warunku wynika, że wykonawca nie może się odwoływać do usług z różnych umów, a może oznaczać, że może odwoływać się do usług w ramach jednej umowy;

2) w obu przypadkach prowadzonych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego (z roku 2021 – zrealizowana umowa w roku 2022, Nr DO.262.13.2022 z dnia

04.05.2022 r.), jak i w obecnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w którym złożono odwołanie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia ten sam podmiot – Gmina Miasta Tychy i ten podmiot ma wiedzę na temat realizacji umowy w roku 2022, co wyraźnie potwierdził Zamawiający na rozprawie w dniu 19.04.2023 r.;

stronami umowy Nr DO.262.13.2022 z dnia 04.05.2022 r. były Gmina Miasta Tychy, reprezentowana przez Dyrektora Tyskiego Zakładu Usług Komunalnych w Tychach jako Zamawiający i BIO-EKOS Sp. z o.o. Sp. k. jako Wykonawca;

3) zarówno ze stanowiska Zamawiającego jak i Odwołującego wynika, iż usługi wykonane na zlecenie nr 3 i 4 w ramach umowy Nr DO.262.13.2022 były odebrane i wykonane terminowo, zgodnie z umową.

Na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:

1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub

2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Na podstawie art. 16 Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

2) przejrzysty;

3) proporcjonalny.

Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 09.07.2021 r., sygn. akt KIO 1629/21, LEX nr 3260147: „Zgodnie z art. 127 ust. 2 ustawy Pzp wykonawca nie jest zobowiązany do złożenia podmiotowych środków dowodowych, które zamawiający posiada, jeżeli wykonawca wskaże te środki oraz potwierdzi ich prawidłowość i aktualność. Biorąc pod uwagę, że Zamawiający nie tylko jest w dyspozycji podmiotowego środka dowodowego, ale sam prowadzi rejestr w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, brak wskazania na to przez wykonawcę nie powinien prowadzić do uznania, że nie wykazał on spełniania warunku udziału w postępowaniu. W ocenie Izby nie odpowiadałoby to zasadzie proporcjonalności określonej w art. 16 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż prowadziłoby do stwierdzenia, że wykonawca nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu, mimo że nie tylko warunek ten niewątpliwie spełnia, ale również mimo posiadania przez Zamawiającego dokumentu potwierdzającego to spełnianie. Fakt, że Zamawiający skierował wezwanie do złożenia takiego dokumentu może być uznane jedynie za czynność zbędną, co jednak nie wpłynęło na przebieg i wynik postępowania.”.

Skoro zatem Zamawiający był stroną umowy Nr DO.262.13.2022 na wykonanie zadania nr 3 pn.: „Utrzymanie zieleni niskiej w pasach drogowych dróg publicznych oraz dróg krajowych na terenie miasta Tychy” w zakresie wyszczególnionym w SWZ i jej załącznikach oraz wynikającym z niniejszej umowy, dalej „umowy”, i miał wiedzę na temat jej realizacji (jak wprost przyznał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, co wynika z faktu że stroną umowy był Zamawiający, a także wprost z umowy, w szczególności z jej § 5 ust. 13, w którym wskazano, że faktura powinna być wystawiona na Gminę Miasto Tychy), i skoro w SWZ zawarł nieprecyzyjny opis warunku udziału w postępowaniu – doświadczenie, to powinien zweryfikować spełnienie warunku udziału w postępowaniu nawet pomimo braku wskazania ze strony Odwołującego, niezależnie od złożonych przez niego dokumentów. Nie powinien zatem Zamawiający wzywać Odwołującego do złożenia nowego wykazu z inną usługą niż pierwotnie wykazaną. Skoro Zamawiający mógł na podstawie posiadanej przez siebie wiedzy stwierdzić spełnianie warunku udziału w postępowaniu – doświadczenia, to powinien dokonać oceny oferty z uwzględnieniem spełniania warunku udziału w postępowaniu biorąc pod uwagę usługi wykonane na zlecenie nr 3 lub 4.

Podnieść należy, że Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, że poświadczenie nr 8/2023 z dnia 24.02.2023 r., dalej także „poświadczenie”, nie stanowiło potwierdzenia należytego wykonania usługi wskazanej w wykazie usług przez Odwołującego. Poświadczenie odnosiło się bowiem do usługi jako umowy, nie jednostkowych usług wykonywanych na podstawie zleceń Zamawiającego, w szczególności zlecenia nr 2 lub 3. Samo zatytułowanie tego dokumentu „Poświadczenie Nr 8/2023 o wykonanym zamówieniu” zamiast „Referencje” wskazywało, że nie stanowi on referencji a stanowi informację w sprawie realizacji usług zgodnie z umową nr DO.262.13.2022. Nadto z literalnego brzmienia ostatniego zdania poświadczenia wynika, iż w zakresie wszystkich wymienionych w pkt 1-3 w poświadczeniu usług (rodzajowych) nastąpiło częściowe nienależyte ich wykonanie: „Część powyższych usług zostało wykonanych nienależycie i nieterminowo. Zostały naliczone kary umowne za przekroczenie terminu zlecenia na realizację prac.”, stąd w ocenie Izby poświadczenie to nie mogło być inaczej rozumiane jak potwierdzenie nienależytego wykonania zarówno usług rodzajowych wykonywanych w realizacji umowy (1. Koszenie trawników i rowów w pasach drogowych na terenie miasta Tychy w Rejonie I oraz II; 2. Koszenie trawników w pasach drogowych dróg krajowych wraz z węzłami, poboczami i rowami tych dróg; 3. Jesienne grabienie liści w pasach drogowych dróg publicznych), jak i w konsekwencji samej umowy. W poświadczeniu nie odniesiono się do należycie wykonanych usług jednostkowych (wykonania koszenia na zlecenie nr 3 lub 4) w ramach usług rodzajowych.

Biorąc pod uwagę stanowiska stron, że nie ma sporu co do tego, że Odwołujący wykonał należycie jednostkowe usługi danego rodzaju na zlecenie nr 3 i 4 zgodnie z umową nr DO.262.13.2022 i treść poświadczenia, Izba stwierdza, że to poświadczenie nie przeczy temu, że część wykonywanych jednostkowych usług (usługa koszenia na zlecenie nr 3 lub 4) w ramach usług rodzajowych (1. Koszenie trawników i rowów w pasach drogowych na terenie miasta Tychy w Rejonie I oraz II; 2. Koszenie trawników w pasach drogowych dróg krajowych wraz z węzłami, poboczami i rowami tych dróg) była wykonana należycie, bowiem intencją Zamawiającego było udzielenie informacji o realizacji umowy przy uwzględnieniu rozumienia usługi jako rodzajowej. Takie rozumienie potwierdza także dowód - złożone na rozprawie w dniu 19.04.2023 r. ogłoszenie o wykonaniu umowy, w którym Zamawiający podał, że umowa nie została zrealizowana należycie. Obie strony miały wiedzę o realizacji umowy, co potwierdziły w swoich stanowiskach odpowiednio pisemnych i ustnych na rozprawie w dniu 19.04.2023 r. Spór między stronami w przedmiocie nienależytego wykonania usługi na zlecenie nr 1 i zasadności naliczenia i dochodzenia kar umownych, jak same strony przyznały na rozprawie w dniu 19.04.2023 r., rozpatrywać będzie Sąd powszechny w przypadku skierowania sprawy na drogę sądową przez którąkolwiek ze stron.

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

Izba podzieliła zasadność argumentacji Odwołującego w odwołaniu i na rozprawie w dniu 19.04.2023 r. w zakresie odnoszącym się do zarzutu nr 1 odwołania co do brzmienia warunku doświadczenia i możliwego jego rozumienia jako usługi o określonych parametrach (wykonanej na zlecenie jednostkowej usługi rodzajowej), a nie całej umowy.

Skoro Zamawiający posiadał podmiotowe środki dowodowe (dokumentacja w wykonaniu umowy, w szczególności uzasadniająca dokonanie płatności z tytułu wykonania umowy – protokoły powykonawcze, faktury), to Wykonawca nie był zobowiązany do ich złożenia. Wykonawca wskazał Zamawiającemu w wykazie usług i poświadczeniem, o które zamówienie zrealizowane chodziło na potwierdzenie warunku doświadczenia. Zamawiający na tej podstawie powinien był ocenić ofertę w przedmiocie spełniania warunku doświadczenia i w związku z nieprecyzyjnym w ocenie Izby sformułowaniem w SWZ warunku doświadczenia ustalić, czy Odwołujący spełnia wymagania postawione w warunku doświadczenia w oparciu o wykazanie usługi i należycie wykonane na zlecenie nr 3 lub 4 usługi jednostkowe danego rodzaju.

Skoro Zamawiający nie ocenił, choć powinien, spełniania warunku doświadczenia Odwołującego z uwzględnieniem rozumienia usługi jako wykonanej na zlecenie

jednostkowej usługi danego rodzaju, to nie było uzasadnienia do wzywania go do złożenia nowego wykazu na inną usługę niż pierwotnie wskazaną i żądanie potwierdzenia dokumentem jej należytego wykonania.

Zgodnie bowiem z utrwalonym orzecznictwem Izby wszelkie niejasności w SWZ rozstrzyga się bowiem na korzyść wykonawcy (tu w niejasnym sformułowaniu warunku doświadczenia).

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W zakresie zarzutu nr 2 ewentualnego odwołania – naruszenia art. 128 ust. 4 w zw. z art. 16 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących przebiegu realizacji usługi powołanej w wykazie usług w celu oceny spełniania warunku udziału w Postępowaniu przez Wykonawcę, wobec uwzględnienia przez Izbę zarzutu nr 1, Izba nie dokonała rozpatrzenia zarzutu nr 2 ewentualnego.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 553 zdanie pierwsze ustawy Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawieiustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy st. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U.. Wobec uwzględnienia odwołania w całości koszty ponosi Zamawiający (nie orzeczono kosztów zastępstwa prawnego Odwołującego w związku z oświadczeniem Odwołującego na rozprawie w dniu 19.04.2023 r. o nieskładaniu faktury).

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: ……..…