

Sygn. akt: KIO 1547/24

## WYROK

Warszawa, dnia 28 maja 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Anna Wojciechowska**

**Protokolant: Oskar Oksiński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 maja 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 kwietnia 2024 r. przez **wykonawcę DREW-KOS sp. z o.o. z siedzibą w Koszalinie** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Wodociągi Miejskie w Radomiu sp. z o.o. z siedzibą w Radomiu**

**orzeka:**

**1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 3 odwołania wycofanego przez odwołującego.**

**2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.**

**3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę DREW-KOS sp. z o.o. z siedzibą w Koszalinie** zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę DREW-KOS sp. z o.o. z siedzibą w Koszalinie tytułem wpisu od odwołania.

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

**Przewodniczący: .....**

Sygn. akt KIO 1547/24

### Uzasadnienie

Zamawiający – Wodociągi Miejskie w Radomiu sp. z o.o. z siedzibą w Radomiu - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji na podstawie art. 275 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2023 r., poz. 1605 z późn. zm. – dalej „ustawa pzp”), pn. „*Konserwacja rzek, rowów oraz akwenów w roku 2024*”, znak sprawy: *DZ/28/2024*. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 12 marca 2024 r., za numerem 2024/BZP 00241012/01.

W dniu 30 kwietnia 2024 r. odwołanie wniósł wykonawca DREW-KOS sp. z o.o. z siedzibą w Koszalinie – dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy B.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą W.B. z siedzibą w Radomiu (dalej jako „wykonawca Wietland”) oraz wobec zaniechania odrzucenia oferty tego Wykonawcy.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c ustawy pzp w zw. z art. 239 ustawy pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy W.B., mimo że nie wykazał on spełnienia określonego w pkt 10b ppkt 1 lit. d pkt 1 pkt 1 lit. a SWZ warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej dotyczącego doświadczenia, a w konsekwencji poprzez wybór oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej, mimo że podlega ona odrzuceniu;

2. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy W.B. i odrzucenia oferty złożonej przez tego wykonawcę, w sytuacji gdy w złożonym Wykazie usług — co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa — przedstawił informacje nieprawdziwe odnośnie zakresu i wartości posiadanego doświadczenia w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 10b ppkt 1 lit. d pkt 1 pkt 1 lit. a SWZ — czym wprowadził Zamawiającego w błąd, że spełnia ten warunek udziału w postępowaniu;

3. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy pzp w zw. z art. 118 ust. 2, 3 i 4 ustawy pzp w zw. z 128 ust. 1 ustawy pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy W.B., mimo że nie wykazał on realności dysponowania zasobami podmiotu trzeciego w zakresie wiedzy i doświadczenia, a co za tym idzie nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej dotyczącego średniorocznego zatrudnienia, o którym mowa w pkt 10b ppkt 1 lit. d pkt 1 pkt 1 lit. b SWZ.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty wykonawcy Wietland jako najkorzystniejszej w postępowaniu,
- 2) przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert w postępowaniu,
- 3) odrzucenia ofert wykonawcy W.B.,

4) wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący uzasadniając zarzuty 1 i 2 odwołania, które zostały skierowane do rozpoznania na rozprawie wskazał, że usługi wskazane przez wykonawcę Wietland w wykazie usług nie odpowiadają zakresem treści warunku udziału w postępowaniu, jak również dotyczą zupełnie innego rodzaju usług aniżeli te stanowiące przedmiot niniejszego zamówienia. Odwołujący wskazał za Opisem przedmiotu zamówienia (dalej „OPZ”) ustanowionym w postępowaniu, że zamawiane usługi polegają w szczególności na wykonaniu następujących czynności:

- czyszczenie koryta cieków z roślinności przy zarośnięciu od 30% do 60%, koszenie mechaniczne lub ręczne skarp i poboczy rzek, rowów, akwenów,
- ręczne usunięcie z rzeki zalegających namulów lokalnych, kamieni, wyławianie z wody i ze skarp nieczystości stałych, ich wywóz na wysypisko komunalne,
- oczyszczanie wylotów kanalizacji deszczowej i krat zamontowanych na tych wylotach, wykaszanie porostów po przekroczeniu przez nie wysokości 30 cm wraz z ich wygrabieniem i wywózką na wysypisko komunalne, wycinkę zakrzaczeń, wiatrolomów z koryta z mechanicznym rozdrobnieniem (zrębkowanie).

Zamawiający określił w SWZ dla niniejszego zamówienia następujące nazwy i kody robót wg Wspólnego Słownika Zamówień (CPV):

- 90.00.00.00-7 Usługi odbioru ścieków, usuwania odpadów, czyszczenia/sprzątania usługi ekologiczne;
- 90.72.22.00-6 Usługi usuwania zanieczyszczeń ze środowiska;
- 90.73.00.00-3 Śledzenia zanieczyszczeń, monitoring rekulty.

Zamawiający ustanawiając warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej dotyczące doświadczenia wykonawcy — w sposób niebudzący wątpliwości powiązał je z przedmiotem zamówienia i wymagał, żeby wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia posiadali stosowne doświadczenie w zakresie odpowiadającym zakresowi przedmiotowego zamówienia. W treści warunku udziału w postępowaniu, Zamawiający wprost wymagał od wykonawców wykazania się doświadczeniem w wykonaniu usług polegających na konserwacji otwartych systemów kanalizacji deszczowej (rzek, potoków, rowów itp.). Z kolei obydwie usługi, na które powołał się wykonawca Wietland w wykazie usług dotyczą koszenia nawierzchni trawiastych w pasach drogowych i jako takie nie mogą być wystarczające do potwierdzenia spełnienia warunku udziału w zakresie doświadczenia jaki został ustanowiony w przedmiotowym postępowaniu. Zakres robót referencyjnych nie odpowiada wymaganiom ustanowionym w treści warunku udziału w postępowaniu, gdyż nie obejmuje on konserwacji otwartych systemów kanalizacji deszczowej (rzek, potoków, rowów itp.). Okoliczność tę potwierdza analiza dokumentacji zamówień — SWZ i OPZ zamówień referencyjnych, na które powołuje się wykonawca Wietland - w których szczegółowo określono zakres prac wykonywanych przez wykonawcę:

a) Usługa z pkt 1 Wykazu usług:

Koszenie nawierzchni trawiastych w pasach drogowych ulic miasta Radomia w 2023 roku — rejon 11 Numer referencyjny: NZ.2603.17.2023

Przedmiotem zamówienia jest koszenie nawierzchni trawiastych w pasach drogowych ulic miasta Radomia w 2023 roku — rejon II.

Główny kod CPV: 77.31.41.00-5 — usługi w zakresie trawników.

Zamówienie obejmuje:

- koszenie nawierzchni trawiastych, koszenie nawierzchni trawiastych-skarpy, usuwanie i karczowanie samosiewów, koszenie nawierzchni trawiastych nieobjętych stałym utrzymaniem. (dowód: wyciąg z SWZ zamówienie o Nr referencyjnym: NZ.2603.17.2023 - załącznik nr 5 do odwołania).

Zamówienie obejmuje:

- koszenie nawierzchni trawiastych - 1.100,000 m<sup>2</sup>, koszenie nawierzchni trawiastych-skarpy - 50.000 m<sup>2</sup>, usuwanie i karczowanie samosiewów - 2.500 m<sup>2</sup>,
- koszenie nawierzchni trawiastych nieobjętych stałym utrzymaniem 10.000 m<sup>2</sup>.

(dowód: załącznik nr 2 do SWZ zamówienia o nr referencyjnym NZ.2603.17.2023 — załącznik nr 6 do odwołania)

b) Usługa z pkt 2 Wykazu usług:

Koszenie nawierzchni trawiastych w pasach drogowych ulic miasta Radomia w 2023 roku — rejon IV Numer

referencyjny: NZ.2603.19.2023

Przedmiotem zamówienia jest koszenie nawierzchni trawiastych w pasach drogowych ulic miasta Radomia w 2023 roku — rejon IV.

Główny kod CPV: 77.31.41.00-5 — usługi w zakresie trawników.

Zamówienie obejmuje:

- koszenie nawierzchni trawiastych, koszenie nawierzchni trawiastych-skarpy, usuwanie i karczowanie samosiewów, koszenie nawierzchni trawiastych nieobjętych stałym utrzymaniem.

(dowód: wyciąg z SWZ zamówienia o nr referencyjnym: NZ.2603.19.2023 — załącznik nr 7 do odwołania).

Zamówienie obejmuje:

- koszenie nawierzchni trawiastych - 820.000 m<sup>2</sup>, koszenie nawierzchni trawiastych-skarpy - 65.000 m<sup>2</sup>, usuwanie i karczowanie samosiewów - 1.500 m<sup>2</sup>, koszenie nawierzchni trawiastych nieobjętych stałym utrzymaniem 10.000 m<sup>2</sup>.

(dowód: załącznik nr 2 do SWZ zamówienia o nr referencyjnym: NZ.2603.19.2023 — załącznik nr 8 do odwołania).

W szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia dla obydwu usług zawartych w wykazie usług - jedynymi pracami, które można byłoby zaliczyć do kategorii „konserwacji otwartych systemów kanalizacji deszczowej” są koszenia rowów drogi.

6. Ogólne wymagania dotyczące prowadzenia prac.

6.1. Koszeniu podlega każda wysokość trawy. Do zlecenia dołączany będzie szczegółowy wykaz ulic objętych obsługą w danym rejonie i określonych w tabeli. W wykazie z nazwami ulic przedstawiono obmiar nawierzchni trawiastych, ujętych do obsługi w trakcie trwania umowy na realizację niniejszych zadań. Teren koszenia obejmuje; pas drogowy - pas środkowy, teren między jezdnią a chodnikiem, za chodnikiem, skarpy, rowy odwadniające drogi. Wykonawca prac zobowiązany jest do rozpoznania warunków lokalnych w miejscu koszenia, zastosowania odpowiedniego sprzętu i metody koszenia (teren płaski, skarpy, rowy), odpowiednich zabezpieczeń w pobliżu budowli, urządzeń energetycznych, telekomunikacyjnych i istniejących nasadzeń roślinności (drzewa, krzewy, kwiaty).

(dowód: załączniki nr 10 do SWZ (wyciągi) zamówień o Nr referencyjnym: NZ.2603.17.2023 oraz o Nr referencyjnym: NZ.2603.19.2023 - załącznik nr 9 do odwołania).

Natomiast przedmiotowe prace stanowią zaledwie jeden z wielu elementów prac i obejmują wyłącznie koszenie traw w rowach, która to czynność różni się istotnie od prac związanych z kompleksowym utrzymaniem cieków wodnych. Tymczasem OPZ w niniejszym postępowaniu, poza koszeniem traw w rowach obejmuje szereg prac typowo melioracyjnych, w tym drobnych robót budowlanych m.in.:

- Naprawa skarp rowu płytami bet. ECO,
- Karczowanie zakrzaczeń z mech. rozdrobieniem,
- Usuwanie wiatrołomów z mech. rozdrobieniem,
- Naprawa skarp kamiennych na zaprawie bet.,
- Naprawa skarp i dna płytami bet. chod. 50x50,
- Mechaniczne odmulenie rowu,
- Mechaniczne odmulenie rzeki,
- Ręczne odmulenie rzek przy wylotach kd.

Zdaniem Odwołującego mając na względzie treść warunku udziału ustanowioną w postępowaniu oraz powyższy zakres robót doświadczenie polegające na koszeniu traw w pasie drogowym nie jest wystarczające do potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący podkreślił, że nawet gdyby uznać, że wykaszanie rowów może zostać uznane za konserwację otwartych systemów kanalizacji deszczowej - to wykonawca Wietland nie wskazał jaka była wartość tych robót, zatem nie potwierdził, że wartość ta wynosi minimum 200 000,00 zł w przypadku obydwu usług, co było konieczne do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Mimo wezwania Zamawiającego do wyjaśnienia jaka była wartość prac polegających na konserwacji otwartych systemów kanalizacji deszczowej w zamówieniach referencyjnych wykonawca Wietland w lakonicznych wyjaśnieniach w ogólnie nie odniósł się do tej kwestii. Tymczasem tylko wartość tych prac — a nie całkowitą wartość obydwu zamówień referencyjnych — należałoby rozpatrywać w kontekście warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający nie mógł a priori założyć, że wartość tych prac przekracza kwotę 200 000,00 zł w przypadku obydwu usług. W wezwaniu z dnia 5 kwietnia 2024 r. Zamawiający — poza

wezwaniami wykonawcy Wietland do wyjaśnień w zakresie wartości prac polegających na konserwacji otwartych systemów kanalizacji deszczowej w zamówieniach referencyjnych, zawarł również wezwanie w trybie art. 128 ust. 1 ustawy pzp. Tym samym Zamawiający działając w trybie art. 128 ust. 1 ustawy pzp wezwał wykonawcę Wietland — w przypadku, gdy wskazane przez wykonawcę usługi nie będą spełniać ww. warunku udziału w postępowaniu — do ponownego złożenia dokumentów Wykazu usług i dowodów potwierdzających należyte wykonanie usług. Wykonawca miał zatem świadomość, że doświadczenie, na które się powołuje — nie jest wystarczające do potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W tej sytuacji powinien on dochować należytej staranności i w pierwszej kolejności powinien wyjaśnić zakres usług referencyjnych oraz wskazać wartość wykonanych prac polegających na konserwacji otwartych systemów kanalizacji deszczowej — czego nie uczynił. Wykonawca Wietland w żaden sposób nie był w stanie potwierdzić, że wskazane przez niego usługi są wystarczające do potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Gdyby wartość robót związanych z wykaszaniem rowów przekraczała kwotę 200 tys. złotych (choć w ocenie Odwoływającego wykaszanie rowów - samodzielnie również byłoby niewystarczające do potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu), wykonawca Wietland mógłby wykazać ten fakt w najprostszy możliwy sposób, tj. chociażby składając kosztorys ofertowy dla obydwu usług, czy przedstawiając faktury wystawione za wykonanie tych usług. Wykonawca Wietland nieprzypadkowo jednak pominął kwestię wartości prac związanych z wykaszaniem rowów, gdyż stanowiły one jeden z wielu elementów składających się na usługi referencyjne, a ich wartość była znikoma. Przedmiotem tych usług w szczególności były bowiem prace związane ze standardowym utrzymaniem zieleni w długości pasa drogi. Przedmiotowe okoliczności świadczą zdaniem Odwoływającego o celowym wprowadzeniu Zamawiającego w błąd przez wykonawcę Wietland przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu (ewentualnie o zatajeniu informacji) — w zakresie tego jaki zakres obejmowały usługi wskazane przez niego w wykazie usług, oraz jaką wartość miały prace polegające na wykaszaniu rowów. Jak wynika z orzecznictwa — Zamawiający nie może pominąć przy ocenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu — faktu przedstawienia informacji nieprawdziwych przez wykonawcę. Konsekwencją tego powinno być wykluczenie tego wykonawcy z postępowania oraz odrzucenie jego oferty: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 stycznia 2023 r., sygn. akt KIO 84/23, W tej sytuacji — stosując się do wezwania Zamawiającego, wykonawca powinien był w trybie art. 128 ust. 1 ustawy pzp - złożyć nowy wykaz usług i wskazać w nim inne niż pierwotnie — usługi, na podstawie których miałyby zostać wykazane spełnienie warunku udziału w postępowaniu — czego również nie uczynił, a nie wprowadzać Zamawiającego w błąd co do zakresu i wartości robót związanych z wykaszaniem rowów w ramach usług zawartych w wykazie. W tych okolicznościach niedopuszczalne byłoby wezwanie wykonawcy Wietland do uzupełnienia Wykazu usług, gdyż stanowiłoby to naruszenie zasady jednokrotności wezwania. Jak wynika z orzecznictwa — wykonawca tylko raz może uzupełnić podmiotowe środki dowodowe. Wykonawca Wietland miał możliwość uzupełnienia Wykazu usług, z której jednak nie skorzystał, gdyż w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 128 ust. 1 ustawy pzp — utrzymywał, że usługi wskazane przez niego w pierwotnym wykazie są wystarczające do potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu — czego w żaden sposób nie udowodnił i co nie było prawdą. Tym samym wyczerpana została możliwość wezwania wykonawcy Wietland do złożenia nowego wykazu usług w trybie art. 128 ust. 1 ustawy pzp. Powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 lutego 2023 r., sygn. akt KIO 179/23, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 maja 2021 r., sygn. akt KIO 939/21, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 sierpnia 2020 r., sygn. akt KIO 1621/20. Ponadto Odwoływający wskazał, że nie jest dozwolone zastępowanie informacji nieprawdziwych nowymi informacjami, gdyż już sama okoliczność wprowadzenia Zamawiającego w błąd implikuje konieczność wykluczenia wykonawcy z postępowaniu. W wyroku KIO 84/23 Izba jednoznacznie negatywnie odniosła się do umożliwienia wykonawcy usunięcia informacji wprowadzającej w błąd poprzez wezwanie do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego w trybie art. 128 ust. 1 ustawy pzp i wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w inny sposób.

W dniu 22 maja 2024 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie wniesionego odwołania w całości. W złożonej odpowiedzi oraz na rozprawie przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swojego stanowiska.

#### **Izba ustaliła, co następuje:**

Izba ustaliła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwoływający wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 505 ust. 1 i 2 ustawy pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez

Zamawiającego przepisów ustawy pzp.

Izba ustaliła, że w terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy pzp do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołanie wraz z załącznikami (w tym: wyciąg z SWZ zamówienie o nr referencyjnym: NZ.2603.17.2023, załącznik nr 2 do SWZ zamówienia o nr referencyjnym NZ.2603.17.2023, wyciąg z SWZ zamówienia o nr referencyjnym: NZ.2603.19.2023, załącznik nr 2 do SWZ zamówienia o nr referencyjnym: NZ.2603.19.2023, załączniki nr 10 do SWZ (wyciągi) zamówień o nr referencyjnym: NZ.2603.17.2023 oraz o nr referencyjnym: NZ.2603.19.2023 — załącznik nr 9 do odwołania), odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami (w tym: wiadomość e-mail od MZDiK w Radomiu) oraz dowody złożone przez Odwołującego na rozprawie (1. Fotografie dotyczące usługi z pozycji 1 wykazu usług dla rejonu nr 2 na okoliczność, że przeważająca część ulic nie ma rowów odwadniających, natomiast te które są, są rowami płytkimi, które zdaniem Odwołującego nie spełniają definicji warunków. 2. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia dla usługi z pozycji 1 wykazu usług dla rejonu 2. 3. Wyliczenie własne Odwołującego bazujące na powierzchni wynikających z zestawienia ulic OPZ, dla usługi z pozycji 1 z wykazu usług. 4. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia dla usługi z pozycji 2 wykazu usług dla rejonu 4. 5. Wyliczenie własne Odwołującego bazujące na powierzchni wynikających z zestawienia ulic OPZ, dla usług z pozycji 2 z wykazu usług. 6. Przykładowy wyciąg ze specyfikacji określający kody CPV na okoliczność nieporównywalności zamówień referencyjnych z przedmiotowym zamówieniem).

**Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:**

Na wstępie, działając na podstawie art. 520 oraz art. 568 pkt 1 ustawy pzp Izba postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 3 odwołania wycofanego przez Odwołującego na posiedzeniu z udziałem Stron. Oświadczenie o cofnięciu zarzutu odwołania uznać należy za oświadczenie najdalej idące złożone przez Stronę, która zainicjowała postępowanie odwoławcze. Złożenie takiego oświadczenia warunkuje zakończenie postępowania odwoławczego w zakresie wycofanego zarzutu bez konieczności jego rozpoznawania i merytorycznego stanowiska Izby. Odwołujący podejmuje bowiem decyzję o ostatecznym zaniechaniu kontynuowania sporu przed Izbą w zakresie wycofanego zarzutu.

W pozostałym zakresie odwołanie podlegało oddaleniu.

W zakresie zarzutów skierowanych do rozpoznania Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z SWZ:

- „4. Opis przedmiotu zamówienia.

- Czyszczenie koryta ciekłu z roślinności przy zarośnięciu od 30% do 60%,

- Koszenie mechaniczne lub ręczne skarp i poboczy rzek, rowów, akwenów,

- Ręczne usunięcie z koryta rzeki zalegających namulów lokalnych, kamieni, wyławianie z wody i ze skarp nieczystości stałych, ich wywóz na wysypisko komunalne,

- oczyszczanie wylotów kanalizacji deszczowej i krat zamontowanych na tych wylotach,

- wykaszanie porostów po przekroczeniu przez nie wysokości 30 cm wraz z ich wygrabieniem i wywózką na wysypisko komunalne,

- wycinkę zakrzaczeń, wiatrolomów z koryta z mechanicznym rozdrobnieniem (zrębkowanie).”

- „10b Warunki udziału w postępowaniu 1. W zakresie warunków wskazanych w art. 112 ust. 2 u.p.z.p. Zamawiający wymaga, aby Wykonawcy spełniali warunki dotyczące: (...) d) zdolności technicznej lub zawodowej; 1. Wykonawca w celu potwierdzenia, że spełnia warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej obowiązany jest wykazać, że:

(a) wykonał co najmniej dwie usługi polegające na konserwacji otwartych systemów kanalizacji deszczowej (rzek, potoków, rowów itp.) o wartości minimum 200 tys. zł netto każda”

- „10c Oświadczenia i dokumenty, jakie zobowiązani są dostarczyć Wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz wykazania braku podstaw do wykluczenia (podmiotowe środki dowodowe) (...) 7. Na wezwanie Zamawiającego Wykonawca zobowiązany jest złożyć następujące środki dowodowe:

a) wykaz zrealizowanych usług wykonanych nie wcześniej niż w okresie trzech lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których

zadania te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te zadania zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego zadania te były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie Wykonawcy- Powyższe nastąpi wg wzoru stanowiącego załącznik nr 3 do niniejszej IDW.”

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 27 marca 2024 r. w trybie art. 274 ust. 1 ustawy pzp do złożenia podmiotowych środków dowodowych wykonawca Wietland złożył m.in.:

- wykaz usług:

„1. Koszenie nawierzchni trawiastych w pasach drogowych ulic miasta Radomia w 2023 roku – rejon II. koszenie terenów płaskich, skarp i rowów, uporządkowanie terenu wraz z wywozem i utylizacją. Wartość netto: 491 478,20 zł; 10.05.2023 - 30.11.2023, Miejski Zarząd Dróg i Komunikacji w Radomiu

2. Koszenie nawierzchni trawiastych w pasach drogowych ulic miasta Radomia w 2023 roku – rejon IV. koszenie terenów płaskich, skarp i rowów, uporządkowanie terenu wraz z wywozem i utylizacją. Wartość netto: 395 898,79 zł, 10.05.2023 - 30.11.2023, Miejski Zarząd Dróg i Komunikacji w Radomiu”

- referencje o należyтым wykonaniu ww. usług.

W dniu 5 kwietnia 2024 r. Zamawiający w trybie art. 223 ustawy pzp wezwał wykonawcę Wietland do wyjaśnień wskazując: „Prosimy o wskazanie jaki był udział kwotowy prac wskazanych w załączniku nr 3 (wykaz zrealizowanych usług), które obejmowały prace na rowach, rzekach lub innych urządzeniach wodnych do których odprowadzane są wody opadowe czyli takich prac, które spełniają warunek udziału w postępowaniu o następującej treści: wykonanie co najmniej dwóch usług polegających na konserwacji otwartych systemów kanalizacji deszczowej (rzek, potoków, rowów itp.) o wartości minimum 200 tys. zł netto każda. W przypadku gdy wykazane przez Państwa usługi nie będą spełniać w/w warunku udziału w postępowaniu Zamawiający działając w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U z 2023r. poz. 1605 z późn. zm.) wzywa do ponownego przedłożenia dokumentów w formie i treści ściśle określonej dokumentami zamówienia tj. wykaz zrealizowanych usług wykonanych nie wcześniej niż w okresie trzech lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których zadania te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te zadania zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego zadania te były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów — oświadczenie Wykonawcy- Powyższe nastąpi wg wzoru stanowiącego załącznik nr 3.”

W dniu 8 kwietnia 2024 r. wykonawca Wietland złożył wyjaśnienia: „W odpowiedzi na pismo DZ/108/2024/BG z dnia 05.04.2024 r. oświadczam, iż wykazane usługi w zamówieniu DZ/28/2024 tj. Koszenie nawierzchni trawiastych w pasach drogowych ulic miasta Radomia w 2023 roku – rejon II oraz Koszenie nawierzchni trawiastych w pasach drogowych ulic miasta Radomia w 2023 roku – rejon IV obejmują usługi polegające na konserwacji otwartych systemów kanalizacji deszczowej (rzek, potoków, stawów, skarp, rowów itp.) w kwotach przekraczających 200 tys. zł netto każda z nich, zgodnie z warunkiem udziału w postępowaniu. Usługi zostały wykonane należycie. Zamawiający jest w posiadaniu referencji przekazanych w korespondencji dotyczącej przedstawienia środków dowodowych.”

Dowody Zamawiający:

- wiadomość e-mail od MZDiK w Radomiu w odpowiedzi na wniosek Zamawiającego: „(...) Prosimy zatem o informację czy wykonane na Państwa rzecz usługi spełniają w/w wymóg tj. czy w ramach tych zadań wykonywano również prace na otwartych systemach kanalizacji deszczowej w kwocie przekraczającej 200 tys. zł netto każda” Odpowiedź MZDiK: „MZDiK potwierdza wartości wykonanych prac w przedstawionych referencjach z dnia 25.03.2024 r. Jednak nie możemy potwierdzić wartości za koszenie występujących w pasach drogowych rowów odwadniających, przepustów, skarp i cieków wodnych, ponieważ ich wymiary nie są wydzielone z całości obmiarów danych ulic.”

Dowody Odwołujący:

a) Usługa z pkt 1 Wykazu usług:

SWZ: Koszenie nawierzchni trawiastych w pasach drogowych ulic miasta Radomia w 2023 roku — rejon 11 Numer referencyjny: NZ.2603.17.2023

„III OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA

1. Przedmiotem zamówienia jest koszenie nawierzchni trawiastych w pasach drogowych ulic miasta Radomia w 2023 roku

— rejon II.

Zamówienie obejmuje: - koszenie nawierzchni trawiastych, - koszenie nawierzchni trawiastych skarpy, - usuwanie i karczowanie samosiewów, koszenie nawierzchni trawiastych nieobjętych stałym utrzymaniem.”

Załącznik nr 2 do SWZ ww. postępowania – wyliczenie ceny ofertowej:

„Nazwa grupy asortymentowej:

1. koszenie nawierzchni trawiastych - 1.100,000 m<sup>2</sup> (Obejmuje: skoszenie traw (bez względu na wysokość), grabienie skoszonej trawy, uporządkowanie terenu wraz z nieczystościami wywóz skoszonej trawy i nieczystości);
2. koszenie nawierzchni trawiastych skarpy - 50.000 m<sup>2</sup> (Obejmuje: jak w pkt. 1);
3. usuwanie i karczowanie samosiewów - 2.000 m<sup>2</sup> (Obejmuje: wycięcie samosiewów, uporządkowanie terenu wraz z wywozem i utylizacją);
4. usuwanie i karczowanie samosiewów wraz z usunięciem karpin - 500 m<sup>2</sup> (Obejmuje: wycięcie samosiewów, wykopanie karpin, wyrównanie i uporządkowanie terenu wraz z wywozem i utylizacją);
5. koszenie nawierzchni trawiastych nieobjętych stałym utrzymaniem 10.000 m<sup>2</sup> (Obejmuje: skoszenie traw (bez względu na wysokość), grabienie skoszonej trawy, uporządkowanie terenu wraz z nieczystościami wywóz skoszonej trawy i nieczystości).”

b) Usługa z pkt 2 Wykazu usług:

SWZ: Koszenie nawierzchni trawiastych w pasach drogowych ulic miasta Radomia w 2023 roku — rejon IV Numer referencyjny: NZ.2603.19.2023

„III. OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA

1. Przedmiotem zamówienia jest koszenie nawierzchni trawiastych w pasach drogowych ulic miasta Radomia w 2023 roku — rejon IV.

Zamówienie obejmuje: - koszenie nawierzchni trawiastych, - koszenie nawierzchni trawiastych — skarpy, - usuwanie i karczowanie samosiewów, - koszenie nawierzchni trawiastych nieobjętych stałym utrzymaniem.”

Załącznik nr 2 do SWZ ww. postępowania – wyliczenie ceny ofertowej:

„Nazwa grupy asortymentowej:

1. koszenie nawierzchni trawiastych – 820.000 m<sup>2</sup> (Obejmuje: skoszenie traw (bez względu na wysokość), grabienie skoszonej trawy, uporządkowanie terenu wraz z nieczystościami wywóz skoszonej trawy i nieczystości);
2. koszenie nawierzchni trawiastych skarpy - 65.000 m<sup>2</sup> (Obejmuje: jak w pkt. 1);
3. usuwanie i karczowanie samosiewów - 1.000 m<sup>2</sup> (Obejmuje: wycięcie samosiewów, uporządkowanie terenu wraz z wywozem i utylizacją);
4. usuwanie i karczowanie samosiewów wraz z usunięciem karpin - 500 m<sup>2</sup> (Obejmuje: wycięcie samosiewów, wykopanie karpin, wyrównanie i uporządkowanie terenu wraz z wywozem i utylizacją);
5. koszenie nawierzchni trawiastych nieobjętych stałym utrzymaniem 10.000 m<sup>2</sup> (Obejmuje: skoszenie traw (bez względu na wysokość), grabienie skoszonej trawy, uporządkowanie terenu wraz z nieczystościami wywóz skoszonej trawy i nieczystości).”

Załączniki nr 10 do SWZ (wyciągi) zamówień o nr referencyjnym: NZ.2603.17.2023 oraz o nr referencyjnym: NZ.2603.19.2023:

„6. Ogólne wymagania dotyczące prowadzenia prac.

6.1. Koszeniu podlega każda wysokość trawy. Do zlecenia dołączany będzie szczegółowy wykaz ulic objętych obsługą w danym rejonie i określonych w tabeli. W wykazie z nazwami ulic przedstawiono obmiar nawierzchni trawiastych, ujętych do obsługi w trakcie trwania umowy na realizację niniejszych zadań. Teren koszenia obejmuje; pas drogowy - pas środkowy, teren między jezdnią a chodnikiem, za chodnikiem, skarpy, rowy odwadniające drogi. Wykonawca prac zobowiązany jest do rozpoznania warunków lokalnych w miejscu koszenia, zastosowania odpowiedniego sprzętu i metody koszenia (teren płaski, skarpy, rowy), odpowiednich zabezpieczeń w pobliżu budowli, urządzeń energetycznych, telekomunikacyjnych i istniejących nasadzeń roślinności (drzewa, krzewy, kwiaty).”

Dowód nr 3 złożony na posiedzeniu przez Odwołującego (dot. poz. 1 wykazu usług) – wyliczenia własne Odwołującego:

„Rejon II: powierzchnia z rowami:  $1350\text{ m}^2 + 7\,570\text{ m}^2 + 5760\text{ m}^2 + 51\,420\text{ m}^2 = 66\,100\text{ m}^2$ .

Razem powierzchnie drogi gminne i powiatowe:  $537\,435\text{ m}^2$

Udział powierzchni z rowami w łącznej powierzchni drogi gminne i powiatowe:  $66\,100/537\,435 = 12,30\%$  (Identyczny udział procentowy dotyczy np. dwukrotnego koszenia w okresie realizacji umowy)

Wartość usługi dotyczącej powierzchni z rowami w stosunku do wartości netto całej usługi w Rejonie II:

$12,30\%$  z  $491\,478,20\text{ zł netto} = 60\,451,82\text{ zł}$  (jest to maksymalna wartość usługi dotyczącej koszenia rowów, obliczona przy korzystnym dla wykonawcy założeniu, że powierzchnia samych rowów jest równa powierzchni z rowami objętej stałym utrzymaniem – co w rzeczywistości nie ma miejsca).”

Dowód nr 5 złożony na posiedzeniu przez Odwołującego (dot. poz. 2 wykazu usług) – wyliczenia własne Odwołującego:

„Rejon IV: powierzchnia z rowami:  $160\,000\text{ m}^2 + 104\,800\text{ m}^2 = 264\,800\text{ m}^2$ .

Powierzchnia rowów przy uwzględnieniu, że rowy są jedynie częścią „powierzchni z rowami” podanych w zestawieniu ulic, a powierzchnia samych rowów wynosi maksymalnie  $1/3$  powierzchni z rowami:  $0,33 \times 264\,800 = 87\,384\text{ m}^2$

Razem powierzchnie:  $402\,990\text{ m}^2$

Udział powierzchni rowów w łącznej powierzchni:  $87\,384/402\,990 = 21,68\%$  (Identyczny udział procentowy dotyczy np. dwukrotnego koszenia w okresie realizacji umowy)

Wartość usługi dotyczącej koszenia rowów w stosunku do wartości netto całej usługi w Rejonie IV:  $21,68\%$  z  $395\,898,79\text{ zł netto} = 85\,830,86\text{ zł netto}$ .”

Artykuł 16 pkt 1 – 3 ustawy pzp stanowi: „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 art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a, b i c ustawy pzp: „1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) 2) została złożona przez wykonawcę: a) podlegającego wykluczeniu z postępowania lub b) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu c) 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.”

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy pzp: „1. Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę: 8) 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; (...) 10) który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.”

W myśl art. 239 ust. 1 ustawy pzp: „Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.”

Przedmiot sporu w niniejszej sprawie sprowadzał się do ustalenia czy Zamawiający prawidłowo uznał, że wykonawca Wietland wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wykonawcy. Odwołujący podnosił, że wskazane w wykazie usług realizacje nie odpowiadają co do zakresu i wartości treści ustanowionego w postępowaniu warunku, a złożonymi oświadczeniami wykonawca Wietland wprowadził Zamawiającego w błąd. Zdaniem Izby Odwołujący nie udowodnił jednak stawianych w odwołaniu tez. Analiza zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego doprowadziła Izbę do przekonania, że Zamawiający prawidłowo zbadał doświadczenie wykonawcy Wietland w kontekście warunku udziału ukształtowanego w postępowaniu.

Odnosząc się do poszczególnych twierdzeń prezentowanych w odwołaniu, wskazania wymaga, że Odwołujący niezasadnie podnosił, iż usługi wskazane przez wykonawcę Wietland w wykazie usług nie odpowiadają zakresem treści warunku udziału w postępowaniu, jak również dotyczą zupełnie innego rodzaju usług aniżeli te stanowiące przedmiot niniejszego zamówienia.

Podkreślić przede wszystkim należy, że warunek udziału w postępowaniu zgodnie z art. 112 ustawy pzp określa się w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Oznacza to, że warunek udziału musi pozostawać w powiązaniu z przedmiotem zamówienia co nie jest równoznaczne z odzwierciedleniem w

warunku przedmiotu zamówienia w pełnym zakresie. Jak stanowi przepis, warunek powinien badać minimalne poziomy zdolności wykonawcy do rzetelnego wykonania zamówienia i być w proporcji do opisu przedmiotu zamówienia w stopniu wystarczającym dla zapewnienia tej zdolności.

Przechodząc zatem do warunku udziału w niniejszym postępowaniu w zakresie doświadczenia wykonawcy to Zamawiający wymagał wykazania, że wykonawca: „wykonał co najmniej dwie usługi polegające na konserwacji otwartych systemów kanalizacji deszczowej (rzek, potoków, rowów itp.) o wartości minimum 200 tys. zł netto każda.” Zauważyć należy, że Zamawiający ukształtował treść warunku w sposób otwarty i nie określił szczegółowo jakie czynności, usługi muszą wchodzić w zakres usług polegających na konserwacji otwartych systemów kanalizacji deszczowej, aby warunek został uznany za spełniony. Tym samym, za wystarczające uznać należało, że wykonawca wykaże się na określoną kwotę wykonaniem usług, które można zaliczyć do kategorii usług wskazanych w warunku. Niezasadne są więc twierdzenia Odwołującego, że usługi referencyjne powinny odpowiadać wszystkim czynnościom podanym w opisie przedmiotu zamówienia, które stanowią usługi konserwacji otwartych systemów kanalizacji deszczowej w tym postępowaniu. Zamawiający nie wyspecyfikował czynności, które uzna za spełniające warunek ani nie wskazał, że muszą to być kompleksowe usługi konserwacji otwartych systemów kanalizacji deszczowej. Oczywiście usługi te powinny pozostawać w powiązaniu z przedmiotem zamówienia, a więc dotyczyć chociażby w jakimś zakresie czynności objętych zamówieniem. Dalej podkreślić należy, że również w sposób otwarty Zamawiający podał przedmiot konserwacji, czyli „otwarte systemy kanalizacji deszczowej” jak rzeki, potoki, rowy, na co wskazuje określenie „itp.”.

Mając na względzie powyższe, badając spełnienie warunku udziału w postępowaniu należało w pierwszej kolejności ustalić, czy referencyjne usługi obejmują w jakimś zakresie usługi konserwacji otwartych systemów kanalizacji deszczowej, czy usługi konserwacji dotyczyły otwartych systemów kanalizacji deszczowej i czy takie usługi spełniają warunek kwotowy 200 tys. zł. Wykonawca Wietland w wykazie usług wskazał na dwie usługi, z których każda jak wskazał obejmowała: *koszenie terenów płaskich, skarp i rowów, uporządkowanie terenu wraz z wywozem i utylizacją*. Zdaniem Izby, wykonawca wykazał więc usługi, które obejmowały usługi konserwacji otwartych systemów kanalizacji deszczowej: koszenie skarp i rowów. Zauważenia wymaga, że przedmiotowe zamówienie, jak wynika z pkt 4 SWZ również w zakresie czynności przewiduje „- *Koszenie mechaniczne lub ręczne skarp i poboczy rzek, rowów, akwenów.*” Zgodnie natomiast ze szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia referencyjnych usług (załącznik nr 10 do SWZ - wyciąg załączony do odwołania) w pkt 6 wskazano, że: „*Teren koszenia obejmuje; pas drogowy - pas środkowy, teren między jezdnią a chodnikiem, za chodnikiem, skarpy, rowy odwadniające drogi.*” W ocenie Izby nie ulega wątpliwości, że usługi z wykazu obejmowały usługi zaliczane do konserwacji otwartych systemów kanalizacji deszczowej, gdyż przedmiotowe zamówienie także obejmuje czynności koszenia skarp i poboczy rzek, rowów, akwenów. Jak już wskazano, nie ma znaczenia w kontekście wykazania warunku, że takie czynności stanowią tylko jeden z wielu elementów prac określonych w opisie przedmiotu zamówienia, gdyż Zamawiający nie określił w warunku w sposób pełny jakie prace miały zostać wykonane w ramach referencyjnych usług. Warunek pozostaje otwarty co do prac zaliczanych w usługę konserwacji otwartych systemów kanalizacji deszczowej. Co do zakresu warunek należało uznać za spełniony. Dowód nr 6 złożony na posiedzeniu przez Odwołującego (przykładowy wyciąg ze specyfikacji określający kody CPV na okoliczność nieporównywalności zamówień referencyjnych z przedmiotowym zamówieniem) Izba uznała za nieprzydatny dla rozstrzygnięcia, gdyż przedmiotem rozpoznania przed Izbą jest rozstrzygnięcie sporu co do spełnienia warunku udziału przez wykonawcę Wietland w konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia i polega na porównaniu treści postawionego warunku z usługami wykazywanymi na jego potwierdzenie. Ukształtowanie opisu przedmiotu zamówienia innych, nawet podobnych zamówień i przypisane im kody CPV w żaden sposób nie przekładają się na tą ocenę.

Przechodząc natomiast do wymogu kwotowego warunku, że każda z dwóch usług polegających na konserwacji otwartych systemów kanalizacji deszczowej (rzek, potoków, rowów itp.) miała być o wartości minimum 200 tys. zł netto to również w tej części Zamawiający prawidłowo uznał warunek za spełniony.

Odwołujący podnosił, że wykonawca Wietland nie wskazał jaka była wartość prac, które spełniają warunek udziału w postępowaniu, zatem nie potwierdził, że wartość ta wynosi minimum 200 000,00 zł w przypadku obydwu usług. Odwołujący argumentował, że przedmiotem usług z wykazu były w szczególności prace związane ze standardowym utrzymaniem zieleni w długości pasa drogi, dlatego usługi wykaszania rowów musiały mieć znikomą wartość niespełniającą warunku kwotowego. Zdaniem Izby, pomimo złożonych dowodów na posiedzeniu, Odwołującemu nie udało się podważyć oświadczeń wykonawcy Wietland w tym zakresie.

Izba zauważa, że Zamawiający zwrócił się do wykonawcy Wietland o wyjaśnienie i wskazanie *jaki był udział kwotowy prac wskazanych w załączniku nr 3 (wykaz zrealizowanych usług), które obejmowały prace na rowach, rzekach lub innych urządzeniach wodnych do których odprowadzane są wody opadowe, czyli takich prac, które spełniają warunek udziału*

w postępowaniu". W odpowiedzi Wykonawca złożył oświadczenie, że referencyjne realizacje „obejmują usługi polegające na konserwacji otwartych systemów kanalizacji deszczowej (rzek, potoków, stawów, skarp, rowów itp.) w kwotach przekraczających 200 tys. zł netto każda z nich, zgodnie z warunkiem udziału w postępowaniu." Oświadczenie takie jest oświadczeniem o wartości dowodowej równej oświadczeniom składanym w wykazie usług. Zgodnie bowiem z par. 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): „W celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, zamawiający może, w zależności od charakteru, znaczenia, przeznaczenia lub zakresu robót budowlanych, dostaw lub usług, żądać następujących podmiotowych środków dowodowych: 2) wykazu dostaw lub 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." Z powyższego wynika, że wykonawca jest zobowiązany wykazać spełnienie warunku udziału w postępowaniu przede wszystkim przez złożenie w wykazie usług oświadczenia o określonej treści. Dowody – referencje mają natomiast potwierdzać wyłącznie należyłą realizację usług podanych w wykazie. Wykonawca Wietland oświadczył, że usługi w zakresie odpowiadającym warunkowi spełniają wymóg kwotowy warunku, dlatego też Zamawiający bazując na oświadczeniach Wykonawcy prawidłowo uznał warunek za spełniony. W tym kontekście za chybione Izba uznała twierdzenia Odwołującego, że wykonawca Wietland mógłby wykazać warunek kwotowy poprzez złożenie w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień kosztorysu ofertowego dla obydwu usług, czy przedstawiając faktury wystawione za wykonanie tych usług. Pomijając, że powyższe dokumenty jak wynika z wiadomości e-mail MZDiK nie wykazałyby kwoty zakresu usług, który odpowiada warunkowi, to zgodnie z ww. Rozporządzeniem Wykonawca nie był zobowiązany do ich złożenia, a Zamawiający takich dokumentów nie był uprawniony żądać. Izba podziela argumentację przedstawioną w wyroku KIO z dnia 18 maja 2018 r., sygn. akt: KIO 845/18: „Z treści Rozporządzenia wynika zamknięty katalog dokumentów, których może żądać zamawiający od wykonawcy w tym zakresie i jako dokument ten wskazuje wykaz zrealizowanych usług. 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. Zamawiający w SIWZ precyzuje najczęściej jakie informacje winny znaleźć się w treści wykazu, załączając jego wzór i wskazując określone treści, które winny się w nim znaleźć. Jest to działanie dopuszczalne, jeśli jego celem jest możliwość dokonania oceny czy z treści tego dokumentu wynika, że wykonawca spełnił warunek udziału w postępowaniu w sposób opisany przez zamawiającego. Adresatem, do którego kierowane są wytyczne w tym zakresie jest podmiot składający ofertę. Niedopuszczalnym jest natomiast aby w treści SIWZ zamawiający precyzował jaki zakres informacji winien znajdować się w treści załączników do wykazu. Ustawodawca pozostawił w tym zakresie swobodę wykonawcy." Warto także przywołać w tej materii wyrok KIO o sygn. akt: KIO 1216/17 z dnia 6 lipca 2017 r.: „Odwołujący w treści odwołania stawia zarzut, iż treść referencji nie potwierdza wszystkich czynności, które zostały podane w wykazie, a wymagane były przez zamawiającego treścią ww. warunku. Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej odwołujący błędnie i w sposób nieuzasadniony wymaga, aby treść referencji powieliła wszystkie informacje, żądane przez zamawiającego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, albowiem potwierdzeniem spełnienia warunku jest oświadczenie wykonawcy w formie wykazu, a referencje mają za zadanie potwierdzać jedynie prawidłowość wykonywanej usługi referencyjnej. Powyższe potwierdzają wprost przepisy ustawy - Prawo zamówień publicznych i rozporządzenia wykonawczego do tej ustawy. (...) Nie może zatem ulegać najmniejszej wątpliwości, że dokumentem potwierdzającym zakres wykonanych usług jest wykaz usług wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane". Wobec powyższego, to wykaz usług i oświadczenia z niego wynikające stanowią potwierdzenie wykonanych zadań, a więc i posiadane przez wykonawcę doświadczenia.

Dalej wskazania wymaga, że zgodnie z informacjami pozyskanymi przez Zamawiającego od MZDiK w Radomiu MZDiK nie dysponuje danymi, które pozwalałyby na określenie wartości prac odpowiadających warunkowi udziału w przedmiotowym postępowaniu i jak wskazało: „nie możemy potwierdzić wartości za koszenie występujących w pasach drogowych rowów odwadniających, przepustów, skarp i cieków wodnych, ponieważ ich wymiary nie są wydzielone z całości obmiarów danych ulic." W takiej sytuacji, jak słusznie wskazał Zamawiający decydujące dla oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu pozostaje oświadczenie Wykonawcy. To Wykonawca realizujący i wyceniający

referencyjne usługi ma bowiem najlepszą wiedzę o wartości usług wymaganych warunkiem. Zdaniem Izby wystarczające w takiej sytuacji jest oświadczenie, że wartość tego typu usług przekraczała kwotę warunku, skoro jej precyzyjne określenie nie było możliwe również MZDiK. To Wykonawca Wietland jest wyłącznie w stanie oszacować czy wartość ta spełnia warunek co też uczynił składając w postępowaniu stosowne oświadczenie.

Zważywszy, że to na Odwołującym, który postawił w odwołaniu tezy przeciwne spoczywał ciężar dowodowy zgodnie z rozkładem ciężaru dowodu wynikającym z art. 6 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t. j. Dz. U. z 2023 poz. 653) to Odwołujący powinien był wykazać, że oświadczenie Wykonawcy Wietland nie polega na prawdzie. Skoro Odwołujący argumentuje w odwołaniu, że usługi z wykazu odpowiadające zakresem treści warunku nie zostały wykonane na 200 tys. zł każda i wywodzi z tej okoliczności skutek prawny w postaci konieczności odrzucenia oferty Wykonawcy Wietland to powinien te fakty udowodnić, bowiem ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. (art. 534 ust. 1 ustawy pzp: „*Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne.*”). Wyjątek od powyższej zasady rozkładu ciężaru dowodu przewiduje ustawa pzp wyłącznie w odniesieniu do zarzutów dotyczących rażąco niskiej ceny (art. 537 ustawy pzp: „*Ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na: 1) wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego; 2) zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego.*”), co w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym nie znajduje zastosowania. Nie ma racji także Odwołujący, że skoro Wykonawca Wietland nie przystąpił do postępowania odwoławczego to należy wysnuć wniosek o braku dowodów na potwierdzenie złożonego oświadczenia a w konsekwencji o niespełnieniu przez tego Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu. Udział w postępowaniu odwoławczym nie jest obowiązkiem a uprawnieniem wykonawcy, podobnie jak składanie dowodów na odparcie twierdzeń strony przeciwnej, a brak aktywnego udziału Wykonawcy Wietland w tym procesie nie może a priori świadczyć o przyznaniu twierdzeń zaprezentowanych w odwołaniu. Jak już wskazano, to na Odwołującym spoczywał ciężar dowodowy w przedmiotowym postępowaniu i obowiązek składania dowodów na poparcie stawianej w odwołaniu tezy.

Zdaniem Izby Odwołujący nie udowodnił stanowiska prezentowanego w odwołaniu. Analiza bowiem materiału dowodowego dostarczonego przez Odwołującego prowadzi do wniosku o braku w nich precyzyjnych danych, na podstawie których można by było w sposób niewątpliwy stwierdzić, że oświadczenie Wykonawcy Wietland nie znajdowało odzwierciedlenia w rzeczywistości. W tym zakresie Odwołujący złożył na posiedzeniu fotografie – dowód nr 1, przedstawiające pobocza dróg części ulic (ul. Margłowa, Dębowa, Hodowlana, Krychnowicka) gdzie były realizowane referencyjne usługi. Dowód ten został złożony na okoliczność, że przeważająca część ulic nie ma rowów odwadniających, natomiast te które są, są rowami płytkimi, które zdaniem Odwołującego nie spełniają definicji warunku, jednak zdaniem Izby tej okoliczności nie dowodzą. Izba zauważa, że szczegółowy opis przedmiotu zamówienia (załącznik nr 10 do SWZ) na referencyjne realizacje zawiera wykaz wielu ulic, które miały być objęte stałym utrzymaniem, a fotografie przedstawiają jedynie niewielką ich część, wybraną przez Odwołującego. Podkreślić także należy, że warunek udziału w postępowaniu nie określał głębokości rowów a jedynie wskazywał na konserwację otwartych systemów kanalizacji deszczowej (rzek, potoków, rowów itp.). Trudno zresztą na podstawie fotografii stwierdzić czy są to rowy płytke jak twierdził Odwołujący czy głębokie mając na względzie wysoki poziom powierzchni trawiastych widocznych na fotografiach, które przedstawiają ulice z rowami. Co do dowodu nr 2 i 4 (szczegółowy opis przedmiotu zamówienia referencyjnych realizacji wraz z wykazem ulic objętych stałym utrzymaniem) oraz dowodu nr 3 i 5 (wyliczenia własne Odwołującego) to również te dowody nie wykazują, że usługi z wykazu usług w zakresie objętym warunkiem nie spełniają warunku kwotowego. Izba zauważa po pierwsze, że na podstawie postanowień SOPZ (dowód nr 2 i 4) nie sposób uznać, że zakres usług spełniający wymagania przedmiotowe warunku dotyczy wyłącznie tych powierzchni, w których w wykazie ulic zostały dodane opisy „z rowami”. W pkt 6.1. SOZP zamawiający MZDiK wskazał, że: „*Koszeniu podlega każda wysokość trawy. Do zlecenia dołączany będzie szczegółowy wykaz ulic objętych obsługą w danym rejonie i określonych w tabeli. W wykazie z nazwami ulic przedstawiono obmiar nawierzchni trawiastych, ujętych do obsługi w trakcie trwania umowy na realizację niniejszych zadań. Teren koszenia obejmuje; pas drogowy - pas środkowy, teren między jezdnią a chodnikiem, za chodnikiem, skarpy, rowy odwadniające drogi. Wykonawca prac zobowiązany jest do rozpoznania warunków lokalnych w miejscu koszenia, zastosowania odpowiedniego sprzętu i metody koszenia (teren płaski, skarpy, rowy), odpowiednich zabezpieczeń w pobliżu budowli, urządzeń energetycznych, telekomunikacyjnych i istniejących nasadzeń roślinności (drzewa, krzewy, kwiaty).*” Z powyższego wynika, że wykaz ulic zawiera obmiar nawierzchni trawiastych. Natomiast teren koszenia obejmował również m.in. skarpy i rowy odwadniające drogi, a wykonawca był zobowiązany samodzielnie rozpoznać warunki lokalne dla zastosowania odpowiedniej metody koszenia m.in. skarpy i rowy, co oznacza, że wskazane w wykazie rowy nie stanowiły pełnego odzwierciedlenia terenu objętego usługą. Wykonawca bowiem we własnym zakresie miał rozpoznać rodzaj terenu. Słusznie także podnosił Zamawiający, że podane przez MZDiK tereny mogły nie mieć charakteru wyczerpującego i obejmować także inne otwarte systemy

kanalizacji deszczowej jak przepusty, ciekły wodne (co wynika z wiadomości e-mail przekazanej Zamawiającemu przez MZDiK). W konsekwencji wyliczenia własne Odwołującego bazują na danych – powierzchniach - nieodzwierciedlających faktycznych powierzchni systemów otwartej kanalizacji deszczowej, których konserwacja (koszenie) była zrealizowana w ramach referencyjnych usług. Co więcej, wyliczenia są także nieprecyzyjne w tym aspekcie, że udział procentowy założonych w ten sposób powierzchni Odwołujący przemnożył przez wartość całkowitą każdej z usług z wykazu, pomimo że brak jest informacji, jak wykonawca Wietland wycenił tego typu usługi w ramach referencyjnych realizacji. Jak wskazało MZDiK kosztorys nie wyodrębnił tych pozycji. Odwołujący poczynił w wyliczeniach wyłącznie korzystne dla stawianej w odwołaniu tezy założenia charakteryzujące się dużym stopniem dowolności. Odwołujący w dowodzie nr 5 wskazuje bowiem, że przyjął do wyliczeń, że powierzchnia z rowami wskazana w zestawieniu ulic nie odpowiada powierzchni rowów stąd Odwołujący przyjął 1/3 tej powierzchni nie wyjaśniając, dlaczego akurat takie proporcje zostały uwzględnione w wyliczeniach.

Konkludując, złożone przez Odwołującego dowody nie podważyły prawdziwości oświadczenia wykonawcy Wietland co do spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Słusznie Zamawiający podnosił, że podejmując czynność skutkującą wyeliminowaniem wykonawcy z postępowania (odrzucając ofertę), zamawiający muszą mieć pewność co do podstaw faktycznych tej czynności, a takie okoliczności nie zostały w niniejszej sprawie wykazane. Izba uznała zatem, że zarzuty odwołania dotyczące niespełnienia warunku udziału w postępowaniu przez wykonawcę Wietland nie potwierdziły się.

Mając na względzie powyższe rozważania nie potwierdził się również zarzut dotyczący zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy Wietland na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy pzp i odrzucenia oferty złożonej przez tego wykonawcę. Odwołujący nie podważył skutecznie złożonych przez ww. Wykonawcę oświadczeń i w konsekwencji nie sposób uznać, aby przedstawione w wykazie usług i w wyjaśnieniach informacje nie polegały na prawdzie. W konsekwencji nie wystąpiły przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy pzp. Wykonawca Wietland nie wprowadził Zamawiającego w błąd, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Nie przedstawił również wprowadzających w błąd informacji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 575 oraz art. 574 ustawy pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 zdanie 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. z 2020 r., poz. 2437 ze zm.) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego.

**Przewodniczący:** .....