

Sygn. akt: KIO 28/25

WYROK

Warszawa, dnia 06.02.2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 lutego 2025 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 stycznia 2025 r. przez Odwołującego: **R.K.**, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: **TRANSHURDET R.K. z/s w Łęczanach** (Zagroda 22, 34115 Łęczany) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Klimat Energia Gospodarka Wodna z/s w Krakowie** (os. Szkolne 27, 31977 Kraków)
- Uczestnik po stronie zamawiającego: **W.S.**, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: **Zakład Usług Leśnych z/s w Charsznicy** (Szarkówka 23, 32-250 Charsznica)

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnić czynność wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy: W.S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: Zakład Usług Leśnych z/s w Charsznicy oraz czynność odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b ustawy - Prawo zamówień publicznych i nakazuje: ponowne badanie i ponowną ocenę ofert z udziałem oferty wykonawcy: R.K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: TRANSHURDET R.K. z/s w Łęczanach;
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Zamawiającego: **Klimat Energia Gospodarka Wodna z/s w Krakowie** (os. Szkolne 27, 31977 Kraków) i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną tytułem wynagrodzenia pełnomocnika i kwotę 298 zł 00 gr (słownie: dwieście dziewięćdziesiąt osiem złotych zero groszy) - tytułem dojazdu na posiedzenie i rozprawę;
 - 2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego: **R.K.**, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: **TRANSHURDET R.K. z/s w Łęczanach** (Zagroda 22, 34115 Łęczany) kwotę 18.898 (słownie: osiemnaście tysięcy osiemset dziewięćdziesiąt osiem złotych zero groszy) poniesioną tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

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.

.....

Sygn. akt: KIO 28/25

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 stycznia 2025 r. przez wykonawcę: R.K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: TRANSHURDET R.K. z/s w Łęczanach (Odwołujący) w postępowaniu prowadzonym na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP] przez Zamawiającego: **Klimat Energia Gospodarka Wodna z/s w Krakowie**. Przedmiotem zamówienia publicznego jest: „Wykonywanie usług w zakresie utrzymania komunalnego systemu odwodnienia Miasta Krakowa w latach 2025-2027” w zakresie części I postępowania. Nr sprawy: 5/III/2024. Publikacja ogłoszenia w Dz. Urz. UE pod numerem 167/2024 z dnia 28/08/2024.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 128 ust. 1 i 4 pzp poprzez błędne uznanie, iż złożone przez Odwołującego wyjaśnienia są niewystarczające i nazbyt lakoniczne, zaś przedłożone podmiotowe środki dowodowe nie uzasadniają przyjęcia, że Odwołujący spełnia warunków udziału w postępowaniu oraz poprzez żądanie przedstawienia informacji irrelevantnych dla przedmiotowego postępowania w świetle wymogów określonych przez SWZ;
2. art. 57 pzp w zw. z 118 pzp w zw. z art. 119 pzp poprzez błędne uznanie, iż Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu;
3. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b w zw. z art. 16 pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego pomimo, iż Odwołujący wykazał wszystkie warunki udziału w postępowaniu, w tym w szczególności warunek określony w pkt. 8.1 lit. d) SWZ (dla części I) i tym samym prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Wobec powyższych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. uwzględnienie odwołania w całości;
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty co do części I postępowania;

- 3.nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego co do części I postępowania;
- 4.nakazanie Zamawiającemu powrotu do ponownego badania i oceny ofert i wybór jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego do części I postępowania.

Wykonawca podał: (...) *Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania. Odwołujący jest przedsiębiorcą prowadzącym działalność w zakresie objętym przedmiotem zamówienia. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww przepisów ustawy, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, bowiem Zamawiający dokonał niewłaściwej oceny oferty Odwołującego i odrzucił ją dokonując jednocześnie wyboru oferty firmy W.S. Zakład Usług Leśnych. W wyniku działań i zaniechań Zamawiającego, Odwołujący może ponieść szkodę — polegającą na uniemożliwieniu Odwołującemu uzyskania zamówienia*".

W uzasadnieniu stanowiska wskazał na następujące okoliczności:

Stan faktyczny

1. Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pt. „Wykonywanie usług w zakresie utrzymania komunalnego systemu odwodnienia Miasta Krakowa w latach 2025-2027" o wartości przekraczającej progę unijne wskazane w art. 3 ust. 1 ustawy pzp.
2. Otwarcie ofert nastąpiło w dniu 21 października 2024 r. Zamawiający w dniu 19 listopada 2024 r. wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w sprawie dysponowania potencjałem podmiotu udostępniającego, jednocześnie wzywając na podstawie art. 126 ust. 2 ustawy pzp do złożenia podmiotowych środków dowodowych - m.in. wykazu doświadczenia wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte ich wykonanie. Pismem z dnia 30 listopada 2024 r. Odwołujący złożył wyjaśnienia w żądanym przez Zamawiającego zakresie przedkładając do nich m.in. referencje uzyskane przez podmiot udostępniający.
3. Następnie pismem z dnia 11 listopada 2024 r. Zamawiający, działając na podstawie przepisu art. 223 ust. 1 pzp wezwał Odwołującego do ponownych wyjaśnień oraz na podstawie przepisu art. 128 ust. 1 4 ustawy pzp wezwał Go do złożenia wyjaśnień i uzupełnień w zakresie podmiotowych środków dowodowych.
4. Pismem z dnia 12 grudnia 2024 r. Odwołujący złożył wyjaśnienia w żądanym przez Zamawiającego zakresie oraz załączył do nich dokumenty wskazane w treści wezwania.
5. W dniu 23 grudnia 2024 r. Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty i odrzucił ofertę Odwołującego wskazując jako podstawę przepis art. 226 ust 1 pkt 2 lit b) pzp oraz wyjaśniając, że w ocenie Zamawiającego Odwołujący w złożonych przez siebie wyjaśnieniach nie wykazał, by spełniał warunki udziału w postępowaniu określone w pkt. 8.1 lit. d) SWZ (dla części I).

II. Zarzuty odwołania

Zarzut naruszenia przepisu art. 128 ust. 1 14 pzp oraz przepisu art. 57 pzp w zw. z 118 pzp w zw. z art. 119

1.Zgodnie z treścią przepisu art. 57 pkt 2 pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego. Jednocześnie w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. W okolicznościach niniejszej sprawy Odwołujący zadeklarował, że będzie korzystał z zasobów podmiotu trzeciego określając zakres jego uczestnika oraz wskazując na spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

2. Rozporządzenie 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 w S9 mówi o dowodach określających, czy dana dostawa lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym jednocześnie zaznacza, że dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi 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.

3. Zamawiający ww. zakresie dwukrotnie wzywał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu oczekując, iż Odwołujący przedstawi:

(...) dowodów określających czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów — oświadczenie wykonawcy. Wzór wykazu stanowi załącznik nr 5 do "

oraz

(...) nazwy zadania/ zlecenia w jakim wykonywano czyszczenie odwodnienia liniowego,

-dokładnej lokalizacji wykonywanej czynności,

-podania zleceniodawcy/ podmiotu zlecającego usługę, w jakiej roli występował UNIFOR sp. z o.o. (główny wykonawca/

podwykonawca) a jeżeli UNIFOR sp. z o.o. nie był głównym wykonawcą - o podanie jego nazwy i danych adresowych; -przedłożenia zlecenia zawartego pomiędzy UNIFOR Sp. z o.o. a podmiotem udostępniającym zasoby, w tym potwierdzenia zapłaty za wykonaną usługę”

4.Odwołujący udzielając odpowiedzi na wezwania przedłożył m.in. referencje udzielone podmiotowi udostępniającemu zasoby m.in. przez spółkę UNIFOR Sp. z o.o., zlecenie jakie zostało przekazane przez tę spółkę, protokół odbioru robót oraz wyjaśnienia co do zakresu zadania oraz jego lokalizacji. Z treści tak referencji, jak i protokołu wynika, iż podmiot udostępniający należycie wykonał powierzone mu zadanie i, że zostało ono wykonane terminowo. Także jego zakres odpowiadał wymogom wskazanym w SWZ opublikowanym przez Zamawiającego.

5.Jak zaś wskazuje KIO w treści swoich orzeczeń rolą referencji jest potwierdzenie należytego wykonania umowy, co wynika wprost z § 9 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy. Treść referencji nie musi w całości potwierdzać spełniania warunku udziału w postępowaniu, albowiem nie taka jest rola tego dokumentu. Referencje mają za zadanie potwierdzać należyte wykonanie konkretnego zamówienia, a wykonawcy nie mają wpływu na ich treść, gdyż referencje wystawiane są przez podmiot od nich niezależny. Wiedzę na temat wykonanych usług może posiadać jedynie sam wykonawca oraz podmiot zlecający prace. Istotny jest zatem zakres wykonanych prac, a nie sposób w jaki zostały one opisane, czy też nazwane w referencjach (tak m.in. w: wyrok KIO 558/22, KIO 1322/22).

6.Odwołujący w okolicznościach przedmiotowej sprawy przedstawił niezbędne referencje potwierdzające, iż zadanie, które przytoczył Odwołujący zostało wykonane „(...) prawidłowo, zgodnie ze zleceniem oraz terminowo. Odbioru dokonano bez uwag.” Nie jest natomiast wiadomym i jasnym w jakim zakresie Zamawiający uznał ww. referencje za nazbyt lakoniczne nie pozwalające na uznanie spełnienia spornego warunku.

7.Podobnie za nieuzasadnione należy uznać zarzuty Zamawiającego względem przedłożonego zlecenia (którego Zamawiający żądał) oraz protokołu odbioru — oba dokumenty precyzowały informacje, o których przedstawienie wzywał Zamawiający. W odniesieniu zaś do treści protokołu odbioru — podobnie jak w przypadku referencji potwierdzał on prawidłowość i terminowość wykonanych usług.

8.Podkreślić przy tym należy, że zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej, że protokół odbioru robót stanowi inny dokument, który potwierdza spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Co więcej w wyroku sygn. KIO 3034/23 Krajowa Izba Odwoławcza uznała za wystarczający do potwierdzenia należytego wykonania zamówienia także protokół odbioru końcowego z uwagami. KIO wskazało, że treść protokołu odbioru nie pozostawia wątpliwości co do należytej realizacji inwestycji wskazanej w wykazie robót. Po pierwsze, w protokole stwierdzono wyłącznie wady nieistotne, co stanowi potwierdzenie, że cel zamówienia został osiągnięty — nie wskazano bowiem na żadne wady istotne. Po drugie, pomimo wielu adnotacji w protokole brak jest jakichkolwiek treści, które wskazywałyby na nienależytą realizację robót w jakimś zakresie np. nie stwierdzono opóźnienia w wykonaniu prac. Niewątpliwie uwagi takie, w przypadku ich wystąpienia powinny znaleźć odzwierciedlenie w protokole, gdyż następnie stanowią podstawę dla zamawiającego do wystawienia not obciążeniowych z tytułu naliczonych kar umownych. Po trzecie, w protokole znajduje się informacja o wystawieniu faktury końcowej po usunięciu usterek i wad nieistotnych i nie wskazano w tym zakresie na żadne planowane potrącenia np. kar umownych z wynagrodzenia Wykonawcy.

9.Jak zatem wynika z powyższego, dokumenty przedstawione przez Odwołującego w sposób dostateczny wykazywały spełnienie warunku opisanego w pkt. 8.1 lit. d) SWZ (dla części I).

10. Jednocześnie, za nazbyt daleko idące należy uznać twierdzenia Zamawiającego zawarte w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego o braku możliwości zweryfikowania informacji przekazanych przez Odwołującego —w szczególności w zakresie roli jaką pełnił UNIFOR Sp. z o.o.

11.Po pierwsze podkreślenia wymaga, iż bez znaczenia pozostaje fakt tego jaki status miała wskazana spółka — tj. czy była generalnym wykonawcą zadania publicznego, podwykonawcą czy podmiotem prywatnym, na którego zlecenie działał podmiot udostępniający zasoby. Zamawiający w treści SWZ oraz w załączniku nr 5 do SWZ jasno określił, że oczekuje jedynie podmiotu na rzecz, które wskazane zadanie zostało wykonane. Zamawiający w żadnym miejscu SWZ nie oczekiwał wyjaśnienia roli tego podmiotu. Nie jest zatem zrozumiałym żądanie takiego wyjaśnienia od Odwołującego, tym bardziej, iż takiego obowiązku nie wymagają przepisy tak pzp, jak i powołanego powyżej Rozporządzenia.

12.Po drugie, jeśli Zamawiający w dalszym ciągu miał wątpliwości co do kwestii złożonych wyjaśnień oraz załączonych do nich dokumentów, był władny do skorzystania z treści przepisu art. 128 ust. 5 pzp, z którego jednoznacznie wynika, że jeżeli złożone przez wykonawcę oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 pzp, lub podmiotowe środki dowodowe budzą wątpliwości zamawiającego, może on zwrócić się bezpośrednio do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w tym zakresie dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji lub braku podstaw wykluczenia, o przedstawienie takich informacji lub dokumentów.

13.Zamawiający był władny do skorzystania z opisanego powyżej środka i mógł samodzielnie dokonać weryfikacji ww.

informacji, bowiem w dokumencie referencji przedstawionym przez Odwołującego znajdował się numer telefonu oraz adres e-mail, które pozwalały Zamawiającemu na bezpośredni kontakt z wystawcą referencji.

14. Wobec powyższego, w ocenie Odwołującego Zamawiający dokonał błędnej oceny złożonych przez niego wyjaśnień oraz dokumentów, a ponadto oczekiwał złożenia wyjaśnień w zakresie nieproporcjonalnym do wymogów określonych w treści SWZ oraz w przepisach obowiązującego prawa.

Zarzut naruszenia przepisu art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b) w zw. z art. 16 pzp

1. Konsekwencją nieprawidłowego działania Zamawiającego było niezasadne odrzucenie oferty Odwołującego. Zamawiający jest władny do odrzucenia oferty dopiero w sytuacji przeprowadzenia rzetelnego badania złożonej oferty i ustalenia, że badana oferta nie spełnia warunków udziału w postępowaniu.

2. Jak wskazało KIO w jednym ze swoich orzeczeń czynność odrzucenia oferty z postępowania o udzielenie zamówienia ma charakter sankcyjny, pozbawia wykonawcę szans na uzyskanie zadania publicznego. Nie jest zatem prawidłowe dokonywanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie przypuszczeń zamawiającego, czy też z góry przyjętych założeń, zwłaszcza wówczas, gdy złożone dokumenty podmiotowe i treść oferty wykonawcy wydają się niespójne. Zamawiający nie może również weryfikować treści oferty wykonawcy i środków podmiotowych w oderwaniu od wymagań postawionych w specyfikacji warunków zamówienia. (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 maja 2022 r., KIO 1065/22). Taka sytuacja miała zaś miejsce w niniejszej sprawie — w pierwszej kolejności Zamawiający bowiem błędnie ocenił złożone w ramach wezwań wyjaśnienia, oczekiwał wyjaśnień, które nie pozostawały w związku z treścią SWZ oraz przepisów prawa, a następnie w sposób bardzo ogólny opisał podstawy odrzucenia oferty Odwołującego.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpienie zgłosił wykonawca: W.S. Zakład Usług Leśnych z/s w Charsznicy wnosząc o oddalenie odwołania. W piśmie procesowym z dnia 3/02/2025 podał: (...) W pkt. 8.1 lit. d) SWZ (dla części I) Zamawiający wymagał, aby w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie wykonał m.in. usługę czyszczenia odwodnienia liniowego o łącznej długości co najmniej 32 km wraz z odwozem namułu. Wykonawca R.K., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: T.R., w celu wykazania spełnienia ww. warunku udziału polegał na potencjale podmiotu udostępniającego zasoby o którym mowa w art. 118 Pzp - Firma Budowlano Melioracyjna D.C., ul. Czerniny 14, 41-403 Chełm Śląski. Zgodnie z art. 119 Pzp Zamawiający ocenia m.in., czy udostępniane wykonawcy przez podmioty udostępniające zasoby - zdolności techniczne lub zawodowe pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Badanie wykonawcy korzystającego z zasobów podmiotów trzecich odbywa się więc m.in. w kontekście spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych dla tego konkretnego zamówienia, tj. czy zdolność zawodowa w postaci doświadczenia, jakie zostało zamawiającemu wykazane poprzez skorzystanie z zasobów podmiotu trzeciego, jest odpowiednie pod kątem ustalonego warunku udziału w postępowaniu. W przedmiotowym zamówieniu Wykonawca nie wykazał spełnienia stawianego warunku udziału w postępowaniu. Przedstawił co prawda wykaz zrealizowanych usług oraz referencje, jednak ich treść pozostaje na tyle enigmatyczna, że trudno określić na jakie doświadczenie powołuje się podmiot udostępniający zasoby. Wykonawca, mimo wezwania ze strony Zamawiającego, nie jest w stanie określić, gdzie dokładnie wykonywane było zamówienie dotyczące usługi polegającej na czyszczeniu odwodnienia liniowego o łącznej długości 32,1 km w ramach robót budowlanych na terenie miasta Tychy, oraz jaki był status podmiotu wystawiającego referencje - UNIFOR Sp. z o.o. Ul. Lipowa 7a, 41-407 Imielin. Powyższe ustalenia są kluczowe ze względu na zakres zamówienia, który normalnie nie jest realizowany przez inwestora prywatnego, zwłaszcza że Zamawiający wymagał wykazaniem się doświadczeniem w zakresie czyszczenia odwodnienia liniowego na długości aż 32 km. Zamówienia tego typu są realizowane przez spółki miejskie, lub jednostki budżetowe odpowiadające m.in. za utrzymanie kanalizacji deszczowej oraz wpustów ulicznych. Na terenie miasta Tychy, za powyższe odpowiada Miejski Zarząd Ulic i Mostów w Tychach (załącznik Nr 1). Wskazana powyżej jednostka budżetowa, podlegająca Prezydentowi Miasta Tychy, udzieliła zamówienia obejmującego czyszczenie odwodnienia liniowego w 2024 r. jednak w jego zakres wchodziło czyszczenie odwodnienia liniowego typu Aco Drain na odcinku jedynie 200,0 metrów (załącznik Nr 2). Zasadne pozostają zatem wątpliwości Zamawiającego co do zakresu zamówienia wskazanego w wykazie usług Wykonawcy T.R.. W jaki sposób UNIFOR Sp. z o.o. Ul. Lipowa 7a, 41-407 Imielin mógł zlecić wykonanie czyszczenia odwodnienia liniowego na odcinku 32 km w mieście Tychy, skoro jednostka budżetowa miasta, która jest odpowiedzialna za tego typu zamówienia określiła, że na terenie miasta jest do zrealizowania jedynie 200,0 metrów tego typu usług? Wykonawca nie był w stanie udzielić odpowiedzi na powyższe wątpliwości. Warto też podkreślić, że zlecający usługi tj. UNIFOR Sp. z o.o. w ogóle nie posiada doświadczenia w tym zakresie. Spółka została powołana w dniu 1 marca 2023 r (załącznik Nr 3). zaś na potrzeby wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu realizowanym przez Miejski Zarząd Ulic i Mostów w Tychach pn. Bieżące utrzymanie, remont oraz budowa studzienek ściekowych i przykanalików w ciągu dróg i ulic na terenie miasta Tychy w 2024 r. wykazała spełnienie warunków udziału (co najmniej jedną usługę trwającą nieprzerwanie co najmniej 6 miesięcy, polegającą na bieżącym

utrzymaniu odwodnienia dróg publicznych o wartości co najmniej 200.000 zł brutto) za pośrednictwem podmiotu udostępniającego zasoby tj. FHU TRANSBUD Sp. z o.o., 41-407 Imielin, ul. A. Kordeckiego 40, który zgodnie z Ogłoszeniem o wyniku postępowania Nr 2024/BZP 00320553/01 z dnia 2024-05-13, realizował przedmiotowe usługi jako podwykonawca (załącznik Nr 4). Co istotnie zgodnie z informacjami pozyskanymi z Miejskiego Zarządu Ulic i Mostów w Tychach w realizacji tego zamówienia w żaden sposób nie był zaangażowany podmiot udostępniający swoje zasoby Odwołującemu tj. Firma Budowlano Melioracyjna D.C. (załącznik Nr 13) Wobec wątpliwości Zamawiającego co do zakresu realizacji zamówienia przez podmiot udostępniający zasoby, Wykonawca T.R. przedłożył m.in. fakturę nr 2/10/2024 r. z dnia 15 października 2024 r. wystawioną z tytułu czyszczenia odwodnienia liniowego na terenie miasta Tychy w ilości 32100 mb. Z treści dokumentu wynika, że za ww. usługę zapłacono kwotę w wysokości 64 200,00 zł netto (załącznik Nr 5). W pierwszej kolejności należy stwierdzić, że zgodnie z informacją Zamawiającego przedłożona faktura ma termin płatności określony na dzień 14.12.2024 r. tj. dzień po dacie wyznaczonej przez Zamawiającego na złożenie wyjaśnień przez Wykonawcę. Po drugie wysoce wątpliwa pozostaje cena za realizację zamówienia, stawka 2,00 zł za 1 mb czyszczenia odwodnienia liniowego, która w żaden sposób nie przystaje do cen rynkowych. W przedmiotowym zamówieniu, Wykonawca T.R. wycenił taką samą usługę za cenę 27,10 zł netto za 1 mb (załącznik Nr 6), natomiast przystępujący do Odwołania W.S. Zakład Usług Leśnych wycenił czyszczenie odwodnienia za cenę 30,00 zł netto za 1 mb (załącznik Nr 7).

Niezależnie od powyższych argumentów jasno wskazujących, że dokumenty złożone przez Wykonawcę nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu, należy wskazać, że warunek udziału w postępowaniu określony przez Zamawiającego w pkt. 8.1 lit. d) SWZ (dla części I) wskazywał, że Wykonawca musi wykazać, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie wykonał m.in. Usługę czyszczenia odwodnienia liniowego o łącznej długości co najmniej 32 km wraz z odwozem namułu (załącznik Nr 8). Z treści wykazu usług, złożonego przez Wykonawcę wynika, że podmiot udostępniający zasoby zrealizował jedynie usługę polegającą na czyszczeniu odwodnienia liniowego o łącznej długości 32,1 km w ramach robót budowlanych na terenie miasta Tychy. Wykaz nie potwierdza natomiast, że Wykonawca wykonał część dotyczącą odwozu namułu (załącznik Nr 9). Nie potwierdzają tego również referencje (załącznik Nr 10), ani żaden z dokumentów składanych przez Wykonawcę w ramach wyjaśnień (załącznik 11). Treść warunku udziału jasno wskazuje, że Zamawiający oczekiwał spełnienia warunku udziału w pełnym zakresie łącznie z odwozem namułu, czego Wykonawca ewidentnie nie wykazał w niniejszym postępowaniu. W tym miejscu należy przywołać orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 lutego 2024 r. (KIO 438/24) Ocena spełnienia warunku winna zostać dokonana w oparciu o literalne brzmienie ukształtowanych przez Zamawiającego wymagań, co zapobiega jakiegokolwiek uznaniowości Zamawiającego na etapie oceny wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Nie jest więc dopuszczalna rozszerzająca, niewyartykułowana interpretacja warunku udziału w postępowaniu oraz dokonana w oparciu o nią ocena spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Należy odrzucić interpretacje oparte na intencjach, które nie znalazły wyrazu w formie pisemnej, niezależnie od tego czy dany opis warunku udziału w postępowaniu należałoby uznać za bardziej adekwatny do przedmiotu zamówienia.

Wobec powyższego należy wskazać, że twierdzenie Odwołującego, iż (...) dokumenty przedstawione przez Odwołującego w sposób dostateczny wykazywały spełnienie warunku opisanego w pkt. 8.1 lit. d) SWZ (dla części I) jest całkowicie nietrafione. Wykonawca przedstawił dokumenty które:

- 1) Nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w pełnym zakresie określonym przez Zamawiającego – brak wykazania odwozu namułu, który stanowił element warunku udziału w postępowaniu;
- 2) Nie potwierdzają, że zamówienie zostało faktycznie zrealizowane. Jak wykazano w powyższej argumentacji, wbrew twierdzeniu Odwołującego, Zamawiający w żaden sposób nie miał możliwości zweryfikowania informacji przekazanych przez Odwołującego – w szczególności w zakresie roli jaką pełnił UNIFOR Sp. z o.o. Wykonawca uchylił się od przekazania tych informacji, twierdząc w złożonych wyjaśnieniach, że cyt. „nie posiada wiedzy czy firma UNIFOR Sp. z o.o. była głównym wykonawcą czy też podwykonawcą”. Jest to o tyle zaskakujące, że na etapie wyjaśnień uzyskał od podmiotu udostępniającego zasoby dodatkowe dokumenty (protokół odbioru oraz fakturę), a nie otrzymał stosownej informacji, o którą wnioskował Zamawiający. Ponadto, należy podkreślić, że Wykonawca T.R. jest w stałym kontakcie z prezesem zarządu UNIFOR Sp. z o.o. p. Michałem Kozera, bowiem to właśnie Pan Kozera, prowadzący jednocześnie działalność gospodarczą pn. Firma Handlowo Usługowa KOZERA M.K. ul. Lipowa 7a, 41407 Imielin jest udostępniającym zasoby Wykonawcy w zakresie części IV zamówienia w niniejszym postępowaniu (załącznik Nr 12). Pomimo tego Wykonawca nie wyjaśnił Zamawiającemu jaki był status UNIFOR, ani gdzie dokładnie prowadzone były przedmiotowe usługi. Powyższe jasno wskazuje, że Wykonawca celowo nie przekazał informacji o jaką wnioskował Zamawiający aby utrudnić weryfikację złożonych informacji. Wobec tego argumentacja Wykonawcy co do możliwości skorzystania z treści przepisu art. 128 ust. 5 Pzp i zwrócenia się do UNIFOR Sp. z o.o. wyjaśnienia wydaje się bezcelowa. To Wykonawca bowiem jest zobligowany do wykazania, że spełnia warunek udziału w postępowaniu. Gospodarz postępowania

uprawniony jest zweryfikować prawdziwość informacji podanych przez wykonawcę celem wykazania warunku udziału w postępowaniu. Jednak nie jest zadaniem Zamawiającego wyręczanie wykonawcy w wykazaniu warunku udziału w postępowaniu i poszukiwanie brakujących informacji niezbędnych do pozytywnej jego oceny, w sytuacji gdy złożone podmiotowe środki dowodowe są niekompletne czy wadliwe. -Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 lutego 2024 r. (KIO 438/24). Treść złożonych oświadczeń i dokumentów nie odzwierciedla stanu rzeczywistego i wskazuje, że Wykonawca wprowadza w błąd Zamawiającego co do faktycznego wykonania zamówienia wskazanego w wykazie usług.

Biorąc za podstawę powyższe argumenty należy podnieść, że Wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a jego oferta słusznie została odrzucona przez Zamawiającego. Przystępujący wnosi zatem o oddalenie Odwołania. Jednocześnie wnoszę o również o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów wskazanych w załączniku do niniejszego pisma.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 29/01/2025) podał, że (...) wnosi o oddalenie odwołania w całości jako niezastępującego na uwzględnienie oraz o zasądzenie na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych, przedstawiając poniżej odpowiedź na zawarte w nim zarzuty". Ponadto, wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z następujących dokumentów:

- 1)zawiadomienie o naruszeniu przepisów w postępowaniu z dn. 09.01.2025 r.,
- 2)SWZ dla postępowania na „Bieżące utrzymanie, remont oraz budowa studzienek ściekowych i przykanalików w ciągu dróg i ulic na terenie miasta Tychy w 2024 r.” znak sprawy 4/DZP/24,
- 3)Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej do postępowania nr 4/DZP/24,
- 4)Ogłoszenie o wyniku postępowania z dnia 13 maja 2024 r. do postępowania nr 4/DZP/24

– na okoliczność (fakt podlegający stwierdzeniu) zawiadomienia o naruszeniu przepisów w postępowaniu - podejrzenia, iż dokumentacja złożona do oferty przez Odwołującego w zakresie Części I postępowania w zakresie warunku doświadczenia nie odzwierciedla stanu rzeczywistego, zakresu przedmiotowego zamówienia pn. Bieżące utrzymanie, remont oraz budowa studzienek. ściekowych i przykanalików w ciągu dróg i ulic na terenie miasta Tychy w 2024, braku spełnienia przez Odwołującego wymogu udziału w postępowaniu w zakresie warunku z pkt. 8.1 lit. d) SWZ dla części I. Przedmiotowe postępowanie i dokumenty znajdują się pod linkiem: (...)

W uzasadnieniu stanowiska podał: (...)

W pierwszej kolejności wyjaśniając zmianę nazwy jednostki Zamawiającego odpowiedzialnej za przeprowadzenie postępowania, Zamawiający informuje, że na mocy uchwały Rady Miasta Krakowa nr XVII/395/24 z dnia 18 grudnia 2024 roku w sprawie reorganizacji jednostki budżetowej „Klimat-Energia-Gospodarka Wodna”, zmiany jej nazwy i nadania statutu oraz upoważnienia Dyrektora Zarządu Infrastruktury Wodnej do załatwiania indywidualnych spraw z zakresu administracji publicznej z dniem 7 stycznia 2025 r. doszło do reorganizacji jednostki budżetowej „Klimat - Energia-Gospodarka Wodna”, która otrzymała nazwę „Zarząd Infrastruktury Wodnej”. W załączeniu treść przedmiotowej uchwały. (...)

W dniu 23 grudnia 2024 r. Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty dla części I zamówienia i odrzucił ofertę Odwołującego, wskazując jako podstawę przepis art. 226 ust 1 pkt 2 lit b) pzp oraz wyjaśniając, że w ocenie Zamawiającego Odwołujący w złożonych przez siebie wyjaśnieniach nie wykazał, by spełniał warunki udziału w postępowaniu określone w pkt 8.1 lit. d) SWZ (dla części I).Zgodnie z treścią warunku udziału w postępowaniu określonym w pkt. 8.1 lit. d) SWZ dla części I (ustalonej ostatecznie modyfikacją SWZ z dnia 04.10.2024 r. – znak pisma ZP.261.5.VII.24.AJ.03) wymagano wobec wykonawcy: „1.Posiadania wiedzy i doświadczenia tj..Wykonawca musi wykazać spełnienie warunku udziału w postępowaniu w następującym zakresie:

W okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie wykonał minimum łącznie następujące usługi:

sługę czyszczenia odwodnienia liniowego o łącznej długości co najmniej 30 km wraz z odwozem namułu,

sługę udroźnienia łącznie co najmniej 1200 szt. wpustów ulicznych (przy użyciu urządzenia ciśnieniowego wraz z odwozem namułu)

sługę koszenia trawy w rowie na łącznej długości co najmniej 8 km

Przez usługę należy rozumieć jedną umowę odpłatną (lub sumę umów odpłatnych), która będzie/ które będą, wykazywać spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

W sytuacji, gdy Wykonawca wykaże świadczenia powtarzające się lub ciągle, które są wykonywane, muszą one na dzień składania ofert spełniać powyższe wymaganie.”

Odwołujący wraz z ofertą wskazał, że polega na potencjale podmiotu udostępniającego zasoby, o którym mowa w art. 118 ustawy pzp (W.M.), przedkładając zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby (W.M.), o treści:

„Oświadczam, że:

a)udostępniam Wykonawcy następujący zakres zasobów: doświadczenie zawodowe i techniczne

- b) sposób wykorzystania udostępnionych przeze mnie zasobów będzie następujący: nadzór i realizacja zadania
- c) zakres mojego udziału przy wykonaniu zamówienia będzie następujący: usługa: czyszczenia odwodnienia liniowego, udrożnienia wpustów ulicznych przy użyciu urządzenia ciśnieniowego, koszenia trawy
- d) okres mojego udziału przy wykonywaniu zamówienia będzie wynosił: cały okres wykonywania zamówienia
- e) stosunek łączący mnie z Wykonawcą gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów”

Z uwagi na lakoniczną treść przedmiotowego oświadczenia w dniu 19 listopada 2024 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w sprawie dysponowania potencjałem podmiotu udostępniającego poprzez wskazanie:

-zakresu rzeczowego i procentowego wykonywania przedmiotu zamówienia przez Wykonawcę (odpowiednio dla części w jakich została złożona oferta),

-zakresu rzeczowego i procentowego wykonywania przedmiotu zamówienia przez podmiot udostępniający zasoby (odpowiednio dla części w jakich została złożona oferta i podmiot udostępnia zasoby),

-określenia stosunku jaki będzie łączył Wykonawcę z podmiotem udostępniającym zasoby

-wyjaśnienia co należy rozumieć pod pojęciem „nadzór i realizacja zadania” co wpisano w pozycji „Sposób wykorzystania udostępnionych przeze mnie zasobów”, jednocześnie wzywając na podstawie art. 126 ust. 2 ustawy pzp do złożenia podmiotowych środków dowodowych - m.in. wykazu doświadczenia wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte ich wykonanie.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, Odwołujący pismem z dn. 30.11.2024 r. dokonał zmiany podmiotu trzeciego, na zasoby którego się powołuje wskazując, iż:

„Z przyczyn niezależnych od wykonawcy firma W.M., ul. Zagroda 22, 34-115 Łączany, NIP: 551-105-54-24, nie będzie mogła udzielić nam zasobów w formie doświadczenia zawodowego w trakcie realizacji zamówienia. W celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, wykonawca jako nowe podmioty udostępniające zasoby wskazuje firmy:

1. Firma Handlowo Usługowa KOZERA M.K., ul. Lipowa 7a, 41-407 Imielin, NIP 6462881334,

2. Firma Budowlano Melioracyjna D.C., ul. Czerniny 14, 41-403 Chełm Śląski NIP: 6462973013

Firma z punktu 1. udostępni wykonawcy swoje zasoby w formie doświadczenia zawodowego do wykonania części IV zamówienia (obszar Nowa Huta), natomiast firma z punktu 2. Udostępni wykonawcy swoje zasoby w formie doświadczenia zawodowego do wykonania części I zamówienia (obszar Śródmieście). Obie firmy będą realizowały zadania w oparciu o umowę o podwykonawstwo. (...)

Ponadto, Odwołujący, na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, w wykazie doświadczenia (załącznik nr 5 do SWZ) w poz. 21 wskazał: „Usługa polegająca na czyszczeniu odwodnienia liniowego o łącznej długości 32,1 km w ramach robót budowlanych na terenie miasta Tychy”, wykonana w okresie: 30.04.2024 r. – 30.09.2024 r.; na rzecz UNIFOR Sp. z o.o. Ul. Lipowa 7a, 41-407 Imielin.

Treść przedstawionych na wezwanie dokumentów - referencji oraz wykazu stanowiącego załącznik nr 5 do SWZ (wykaz doświadczenia) w ocenie Zamawiającego pozostawała lakoniczna i nie wynikało z nich jaką rolę w wykonaniu robót budowlanych pełniła firma UNIFOR Sp. z o.o. Specyfika działalności tej firmy w połączeniu z wiedzą powszechnie dostępną poddawała w wątpliwość, aby UNIFOR Sp. z o.o. pozostawała inwestorem w zakresie usługi czyszczenia odwodnienia liniowego.

W związku z powyższym Zamawiający wezwał Odwołującego pismem z dnia 11.12.2024 r. (znak pisma: ZP.261.5.VII.24.AJ.19 – wysłane przez platformę w-zamówienia 11.12.2024 r.) do złożenia wyjaśnień poprzez podanie:

1) nazwy zadania/ zlecenia w jakim wykonywano czyszczenie odwodnienia liniowego,

2) dokładnej lokalizacji wykonywanej czynności,

3) podania zleceniodawcy/ podmiotu zlecającego usługę,

4) w jakiej roli występował UNIFOR sp. z o.o. (główny wykonawca/ podwykonawca) a jeżeli UNIFOR sp. z o.o. nie był głównym wykonawcą - o podanie jego nazwy i danych adresowych.

5) przedłożenia zlecenia zawartego pomiędzy UNIFOR Sp. z o.o. a podmiotem udostępniającym zasoby, w tym potwierdzenia zapłaty za wykonaną usługę.

Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie wskazał:

„1. Nazwa zadania/ zlecenia które wykonał podwykonawca to: „Czyszczenie odwodnienia liniowego na terenie miasta Tychy.”

2. Czynności były wykonywane na terenie miasta Tychy w pobliżu drogi S81/DK1.

3. Zlecenie wykonania usługi wydała firma UNIFOR Sp. z o.o., ul. Lipowa 7a, 41-407 Imielin

4. Wykonawca nie posiada wiedzy czy firma UNIFOR Sp. z o.o. była głównym wykonawcą czy też podwykonawcą.

Do wyjaśnień załączam protokół odbioru robót, zlecenie wykonania usługi oraz fakturę.”

Do wyjaśnień Odwołujący załączył protokół odbioru robót z dnia 1 października 2024 r., dokument zlecenia wykonania

usługi z dnia 15 kwietnia 2024 r. wystawiony przez firmę UNIFOR Sp. z o.o. na rzecz Firmy Budowlano – Melioracyjnej D.C. ul. Czerniny 14, 41 – 403 Chełm Śląski oraz fakturę nr 2/10/2024 r. z dnia 15 października 2024 r. wystawioną z tytułu czyszczenia odwodnienia liniowego na terenie miasta Tychy w ilości 32100 mb.

W ocenie Zamawiającego z treści powyższych wyjaśnień i dokumentów nadal nie wynikało jednak:

• jaka rolę w wykonaniu usługi/ roboty budowlanej pełniła firma UNIFOR Sp. z o.o., ul. Lipowa 7a, 41-407 Imielin,
• jaka była dokładna lokalizacja wykonania przedmiotu usługi/ roboty budowlanej, a czego wymagał Zamawiający w wezwaniu do wyjaśnień.

Wątpliwości co do rzeczywistego wykonania zakresu usługi/ roboty budowlanej oraz jej lokalizacji w dalszym ciągu nie zostały usunięte. Nie można uznać jako należytego wykonania usługi/ roboty budowlanej w sytuacji, gdy Zamawiający jest pozbawiony możliwości własnej weryfikacji rzeczywistego wykonania prac wskazanych w wykazie doświadczenia oraz dokumentach podmiotowych. Z przedłożonych na wezwanie dokumentów tj. protokołu odbioru wystawionego przez dwa współpracujące ze sobą przedsiębiorstwa nie wynikała żadna okoliczność umożliwiająca zweryfikowanie wykonania przedmiotu usługi/ robót budowlanych. Z kolei przedłożona faktura ma termin płatności określony na dzień 14.12.2024 r. tj. dzień po dacie wyznaczonej przez Zamawiającego na złożenie wyjaśnień przez Odwołującego, zatem również nie potwierdza należytego jej wykonania (termin na złożenie wyjaśnień wyznaczono na dzień 13.12.2024 r. godz. 13:00). Zamawiający został pozbawiony możliwości własnej weryfikacji wykazanego doświadczenia przez wykonawcę / podmiot udostępniający zasoby. W niniejszym przypadku, w sytuacji, gdy Odwołujący nie podał elementarnych danych/ informacji jakie powinien znać każdy podmiot realizujący przedmiot usługi/roboty budowlanej tj. lokalizacja/jaka rolę w inwestycji pełni podmiot na rzecz, którego wykonano usługę/roboty budowlane, niemożliwa była zarówno weryfikacja prawdziwości i treści złożonych dokumentów, jak i kolejno uznanie, że Odwołujący za pomocą podmiotu udostępniającego zasoby wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Tego rodzaju stan faktyczny uzasadniał odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust 1 pkt 2 lit b) pzp jako że Odwołujący nie wykazał, by spełniał warunki udziału w postępowaniu określone w pkt. 8.1 lit. d) SWZ (dla części I). Zamawiający wskazuje, iż z wiedzy powszechnie dostępnej wynika, iż na terenie miasta Tychy w 2024 było realizowane zamówienie obejmujące czyszczenie odwodnienia liniowego w ramach zamówienia pn. „Bieżące utrzymanie, remont oraz budowa studzienek ściekowych i przykanalików w ciągu dróg i ulic na terenie miasta Tychy w 2024 r.” znak sprawy 4/DZP/24, gdzie wykonawcą wybranym do jego realizacji został UNIFOR Sp. z o.o., niemniej w zakres przedmiotowy zamówienia zgodnie z SWZ wchodziło czyszczenie odwodnienia liniowego na odcinku jedynie 200,0 metrów, a nie jak wskazano w dokumencie zlecenia wykonania usługi z dnia 15 kwietnia 2024 r. wystawionego przez firmę UNIFOR Sp. z o.o. na rzecz Firmy Budowlano – Melioracyjnej D.C. - 32,1 km:

„V. Opis przedmiotu zamówienia 1. Czyszczenie wpustów i przykanalików: • wpustów – 3.700 szt. • krat studzienek – 400 szt. • przykanalików – 2.550 szt. • odwodnienia liniowego typu Aco Drain – 200,0 m” (tak: str. 2, pkt. V ppkt.1 SWZ w postępowaniu na: „Bieżące utrzymanie, remont oraz budowa studzienek ściekowych i przykanalików w ciągu dróg i ulic na terenie miasta Tychy w 2024 r.”)

Fakt, iż Odwołujący uchylił się od pełnej odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dn. 11.12.2024 r. spowodował, iż Zamawiający nie miał możliwości własnego zweryfikowania prawdziwości wykazanego doświadczenia bezpośrednio u podmiotu, na rzecz którego świadczona była faktycznie usługa, skoro podmiot ten nie został przez Odwołującego wskazany (UNIFOR Sp. z o.o. pozostawał jedynie wykonawcą zadania, o ile powołane doświadczenie pozostaje tożsame z zamówieniem na: „Bieżące utrzymanie, remont oraz budowa studzienek ściekowych i przykanalików w ciągu dróg i ulic na terenie miasta Tychy w 2024 r.”). Jak podnosi się w orzecznictwie KIO: „Oprócz wynikających z przepisów p.z.p. uprawnień Zamawiający ma też pełne prawo do weryfikacji przekazywanych mu przez wykonawców informacji w oparciu o powszechnie dostępne źródła informacji - np. rejestry publiczne czy też skorzystanie z informacji internetowych. Jest to normalną praktyką służącą choćby w przypadku sprawdzania, czy wykonawcy nie przedstawili zamawiającemu nieprawdziwych informacji. Ustawodawca nie zabronił zamawiającym korzystania z łatwo dostępnych źródeł informacji. Tym samym Zamawiający mógł zweryfikować prawdziwość informacji dotyczących zadania nr (...) z wykazu usług przez wpisanie charakterystycznej nazwy obiektu do wyszukiwarki internetowej - nie jest tajemnicą, że tego rodzaju sprawdzanie rzetelności przedstawianych zamawiającym informacji jest powszechną praktyką. Nie ma podstaw by uznać ją przy tym za "wyręczenie" wykonawcy w zakresie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu - jest to zwykłe sprawdzenie prawdziwości treści oświadczeń czy dokumentów i w żadnym wypadku nie służy (i nie może służyć) uzupełnianiu informacji przekazywanych przez wykonawców.” tak: wyrok KIO z 14.03.2022 r., KIO 508/22. Takiego wstępnego sprawdzenia podjął się Zamawiający, jednakże jego wynik poddawał w wątpliwość prawdziwość treści złożonych przez Odwołującego oświadczeń i dokumentów, której to wątpliwości Odwołujący, pomimo jednoznacznej treści wezwania, nie usunął.

W kontekście powyższego, Zamawiający informuje, że w dn. 09.01.2025 r. wpłynęło do niego zawiadomienie o naruszeniu przepisów w postępowaniu, gdzie wykonawca – konsorcjum firm: 1/ Lider Konsorcjum - P.P.H.U.

"MDTRANS" M.D., Poradów 44, 32-200 Miechów, 2/ Członek Konsorcjum - Małopolkom Usługi Komunalno-Zieleniarski s.c. R.K., I.F., ul. Jeżynowa 9, 31-979 Kraków, 3/ Członek Konsorcjum - D.D. F.H.U. OMEGA ul. Snycerska 16, 30-817 Kraków

zgłosiło podejrzenie, iż dokumentacja złożona do oferty w zakresie Części I postępowania przez Odwołującego TRANSHURDET R.K. nie odzwierciedla stanu rzeczywistego, bowiem poświadczają zlecenie przez firmę UNIFOR Sp. o.o., a następnie wykonanie przez Firmę Budowlano – Melioracyjną D.C. usługi czyszczenia odwodnienia liniowego o długości 32100 mb, co zgodnie z dokumentacją przetargową Gminy Tychy nie mogło mieć miejsca. Konsorcjum wskazało, iż:

„(...) z informacji powszechnie dostępnych (na stronie internetowej Gminy Tychy) wynika, iż w rzeczywistości usługa taka nie miała miejsca. Mianowicie, w przedmiotowym okresie czasu, tj. pomiędzy majem a grudniem 2024 r. na terenie miasta Tychy realizowany był przetarg na „Bieżące utrzymanie, remont oraz budowa studzienek. ściekowych i przykanalików w ciągu dróg i ulic na terenie miasta Tychy w 2024 r.” znak sprawy 4/DZP/24.

Zgodnie z zapisami pkt V.1 SWZ tego postępowania w zakres przedmiotowy zamówienia wchodziło czyszczenie odwodnienia liniowego typu Aco Drain na odcinku jedynie 200,0 metrów, a nie 32,1 km jak wskazano w ofercie Wykonawcy TRANSHURDET R.K.. W postępowaniu tym jako najkorzystniejszą wyłoniono ofertę firmy UNIFOR Sp. o.o. Dodatkowo, w informacji zamieszczonej przez Gminę Tychy w ogłoszeniu o wyniku postępowania z dnia 13 maja 2024 r. w pkt. 7.4.1.) wskazano, iż wyłoniony wykonawca, tj. firma UNIFOR Sp. z o.o. zamierza powierzyć wykonanie prac podwykonawcy o nazwie FHU TRANSBUD Sp. z o.o., 41-407 Imielin, ul. A. Kordeckiego 40, a zakres prac jak zostanie podwykonawcy powierzony obejmie usługi czyszczenia elementów odwodnienia ulicznego oraz wykonanie robót budowlanych związanych z ich naprawą oraz budową.”

Dowód: zawiadomienie o naruszeniu przepisów w postępowaniu z dn. 09.01.2025 r., SWZ postępowania na „Bieżące utrzymanie, remont oraz budowa studzienek ściekowych i przykanalików w ciągu dróg i ulic na terenie miasta Tychy w 2024 r.” znak sprawy 4/DZP/24, Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej do postępowania nr 4/DZP/24, Ogłoszenie o wyniku postępowania z dnia 13 maja 2024 r. do postępowania nr 4/DZP/24 – na okoliczność (fakt podlegający stwierdzeniu) zawiadomienia o naruszeniu przepisów w postępowaniu - podejrzenia, iż dokumentacja złożona do oferty przez Odwołującego w zakresie Części I postępowania w zakresie warunku doświadczenia nie odzwierciedla stanu rzeczywistego, zakresu przedmiotowego zamówienia pn. Bieżące utrzymanie, remont oraz budowa studzienek. ściekowych i przykanalików w ciągu dróg i ulic na terenie miasta Tychy w 2024, braku spełniania przez Odwołującego wymogu udziału w postępowaniu w zakresie warunku z pkt. 8.1 lit. d) SWZ dla części I.

Powyższe zgłoszenie, dodatkowo potwierdza słuszność postępowania Zamawiającego, który uznał, że spełnienie warunku udziału w postępowaniu z pkt. 8.1 lit. d) SWZ dla części I nie zostało przez Odwołującego wykazane. Warto przytoczyć w tym miejscu stanowisko KIO wyrażone w wyroku z dnia 1 lutego 2024 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 353/24: „Zamawiający, który „przyłapał” Przystępującego na oświadczeniu nieprawdy, nie powinien wzywać go do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, które nie były obciążone błędem ani nie były niekompletne. Podanie informacji, które mijają się z rzeczywistością, nie stanowi błędu, lecz jest po prostu oświadczeniem nieprawdy, z nastawieniem na wprowadzenie zamawiającego w błąd i uzyskanie zamówienia. Tym samym tzw. druga szansa, o której mówi art. 128 Prawa zamówień publicznych, nie przysługuje.”

Odnosząc się do zarzutów Odwołującego, iż Zamawiający nie wykorzystał instytucji z art. 128 ust. 5 ustawy Pzp, niezależnie od argumentów wskazanych w uzasadnieniu odrzucenia oferty oraz powyżej, z ostrożności wskazać należy, iż przedmiotowy przepis statuuje jedynie uprawnienie, nie zaś obowiązek Zamawiającego, natomiast jak wynika z utrwalonego orzecznictwa KIO: „Negatywnie w okolicznościach przedmiotowej sprawy należy również ocenić działania Zamawiającego polegające na poszukiwaniu we własnym zakresie informacji dotyczących doświadczenia Przystępującego. (...) Gospodarz postępowania uprawniony jest zweryfikować prawdziwość informacji podanych przez wykonawcę celem wykazania warunku udziału w postępowaniu. Jednak nie jest zadaniem Zamawiającego wyręczanie wykonawcy w wykazaniu warunku udziału w postępowaniu i poszukiwanie brakujących informacji niezbędnych do pozytywnej jego oceny, w sytuacji gdy złożone podmiotowe środki dowodowe są niekompletne czy wadliwe. Wykazanie warunków udziału w postępowaniu jest obowiązkiem wykonawcy, a jego realizacja niesie za sobą szereg doniosłych skutków prawnych, w tym związanych z wykluczeniem wykonawcy i odrzuceniem jego oferty.” tak: KIO w wyroku z 27.02.2024 r., KIO 438/24. To po stronie wykonawcy leży należyte udowodnienie, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Zamawiający co do zasady winien wykazać, że dołożył należytej staranności, aby rozwiązać wszelkie wątpliwości, które pojawiły się na etapie badania ofert, które wpłynęły w postępowaniu, niemniej po bezskutecznym wykorzystaniu procedury uzupełnienia dokumentów oraz składania ewentualnych wyjaśnień dotyczących ich treści, Zamawiający jest zobowiązany odrzucić ofertę, jeśli uzna to za zasadne. Tego rodzaju sytuacja miała miejsce w nn. postępowaniu. Pokreślić należy, iż jakkolwiek nie było takimi obowiązkami (zgodnie z wyrokiem KIO 3229/21: "Procedura wskazana w art. 128 ust. 4 p.z.p. dotyczy sytuacji, w której zamawiający nie jest pewien, jak rozumieć treść oświadczeń

lub dokumentów złożonych przez wykonawcę. Wezwanie do wyjaśnień, inaczej niż wezwanie o uzupełnienie, nie jest obowiązkowe. Ustawodawca posłużył się sformułowaniem "może żądać od wykonawców wyjaśnień", co jest zmianą w stosunku do art. 26 ust. 4 p.z.p. z 2004 r., w którym posłużono się słowem "wzywa", sugerującym obligatoryjność procedury wyjaśnień") Zamawiający wzywał Odwołującego do wyjaśnień, niemniej złożona odpowiedź nie rozwiązała powstałych wątpliwości co do spełniania przez Odwołującego za pośrednictwem podmiotu trzeciego warunku udziału w postępowaniu z pkt. 8.1 lit. d) SWZ, co kwalifikowało ofertę Odwołującego, wobec wyczerpania procedury wzywania do uzupełnienia, do odrzucenia.

Podsumowanie: Mając na uwadze powyższe, odwołanie nie powinno podlegać uwzględnieniu, gdyż żaden z zarzutów nie znalazł potwierdzenia w stanie faktycznym i prawnym niniejszego postępowania, co wyrażono stosownym stanowiskiem w treści odrzucenia oferty Odwołującego oraz kolejno uzasadnienia powyżej.(...)

Skład Orzekający Krajowej Izby Odwoławczej (KIO lub Izba) ustalił i zważył, co następuje:

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie: (1) art. 128 ust. 1 i 4 ustawy Pzp; (2) art. 57 ustawy Pzp w zw. art.118 ustawy Pzp w zw. z art. 119 ustawy Pzp oraz (3) art. 226 ust 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 16 ustawy Pzp. Zdaniem wykonawcy naruszenie wskazanych przepisów ustawy Pzp było skutkiem błędnego uznania, że złożone przez Odwołującego wyjaśnienia są niewystarczające i nazbyt lakoniczne, zaś przedłożone podmiotowe środki dowodowe nie uzasadniają przyjęcia, że Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu. Wskazał także na żądanie przedstawienia informacji irrelevantnych dla przedmiotowego postępowania w świetle wymogów określonych przez SWZ oraz nablędne uznanie, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu i w konsekwencji niezasadne odrzucenie oferty Odwołującego, który spełnił warunki udziału w postępowaniu.

Zamawiający w decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego w zakresie części I Postępowania (pismo z dnia 23/12/2024) podał: (...) *Zamawiający odrzuca ofertę TRANSHURDET R.K., ul. Zagroda 22, 34-115 Łączany, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy pzp, gdyż została złożona przez Wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu. Zgodnie z treścią warunku udziału w postępowaniu określonym w pkt. 8.1 lit. d) SWZ (dla części I) wymagano: „1. Posiadania wiedzy i doświadczenia tj.: Wykonawca musi wykazać spełnienie warunku udziału w postępowaniu w następującym zakresie:*

W okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie wykonał minimum łącznie następujące usługi:

Usługę czyszczenia odwodnienia liniowego o łącznej długości co najmniej 32 km wraz z odwozem namułu,

Usługę udrożnienia łącznie co najmniej 2000 szt. wpustów ulicznych (przy użyciu urządzenia ciśnieniowego wraz z odwozem namułu)

Usługę koszenia trawy w rowie na łącznej długości co najmniej 12 km

Przez usługę należy rozumieć jedną umowę odpłatną (lub sumę umów odpłatnych), która będzie/ które będą, wykazywać spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

W sytuacji, gdy Wykonawca wykaże świadczenia powtarzające się lub ciągle, które są wykonywane, muszą one na dzień składania ofert spełniać powyższe wymaganie.”

Wykonawca wraz z ofertą wskazał, że polega na potencjale podmiotu udostępniającego zasoby o którym mowa w art. 118 ustawy pzp (W.M.).

Zamawiający pismem z dnia 19.11.2024 r. (znak pisma: ZP.261.5.VII.24.AJ.12 – wysłane przez platformę e-zamówienia 19.11.2024 r.) wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień w sprawie dysponowania potencjałem podmiotu udostępniającego, jednocześnie wzywając na podstawie art. 126 ust. 2 ustawy pzp do złożenia podmiotowych środków dowodowych - m.in. wykazu doświadczenia wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte ich wykonanie.

Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wskazał: „Z przyczyn niezależnych od wykonawcy firma W.M., ul. Zagroda 22, 34-115 Łączany, NIP: 551-105-54-24, nie będzie mogła udzielić nam zasobów w formie doświadczenia zawodowego w trakcie realizacji zamówienia. W celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, wykonawca jako nowe podmioty udostępniające zasoby wskazuje firmy:

1. Firma Handlowo Usługowa KOZERA M.K., ul. Lipowa 7a, 41-407 Imielin, NIP 6462881334,

2. Firma Budowlano Melioracyjna D.C., ul. Czerniny 14, 41-403 Chełm Śląski NIP: 6462973013

Firma z punktu 1. udostępni wykonawcy swoje zasoby w formie doświadczenia zawodowego do wykonania części IV zamówienia (obszar Nowa Huta), natomiast firma z punktu 2. Udostępni wykonawcy swoje zasoby w formie doświadczenia zawodowego do wykonania części I zamówienia (obszar Śródmieście). Obie firmy będą realizowały zadania w oparciu o umowę o podwykonawstwo. (...)”

Wykonawca, na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, w wykazie doświadczenia (załącznik nr 5 do SWZ) w poz. 21 wskazał „Usługa polegająca na czyszczeniu odwodnienia liniowego o łącznej długości 32,1 km w ramach

robót budowlanych na terenie miasta Tychy”, wykonaną w okresie: 30.04.2024 r. – 30.09.2024 r.; na rzecz UNIFOR Sp. z o.o. Ul. Lipowa 7a, 41-407 Imielin.

Treść dokumentu referencji oraz treść wykazu stanowiącego załącznik nr 5 do SWZ (wykaz doświadczenia) jest lakoniczna i nie wynika z nich jaką rolę w wykonaniu robót budowlanych pełniła firma UNIFOR Sp. z o.o.

W związku z powyższym Zamawiający wezwał pismem z dnia 11.12.2024 r. (znak pisma: ZP.261.5.VII.24.AJ.19 – wysłane przez platformę w-zamówienia 11.12.2024 r.) Wykonawcę do złożenia wyjaśnień poprzez podanie:

- nazwy zadania/ zlecenia w jakim wykonywano czyszczenie odwodnienia liniowego,
- dokładnej lokalizacji wykonywanej czynności,
- podania zleceniodawcy/ podmiotu zlecającego usługę,
- w jakiej roli występował UNIFOR sp. z o.o. (główny wykonawca/ podwykonawca) a jeżeli UNIFOR sp. z o.o. nie był głównym wykonawcą - o podanie jego nazwy i danych adresowych.
- przedłożenia zlecenia zawartego pomiędzy UNIFOR Sp. z o.o. a podmiotem udostępniającym zasoby, w tym potwierdzenia zapłaty za wykonaną usługę.

Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie wskazał:

„1. Nazwa zadania/ zlecenia które wykonał podwykonawca to: „Czyszczenie odwodnienia liniowego na terenie miasta Tychy.”

2. Czynności były wykonywane na terenie miasta Tychy w pobliżu drogi S81/DK1.

3. Zlecenie wykonania usługi wydała firma UNIFOR Sp. z o.o., ul. Lipowa 7a, 41-407 Imielin

4. Wykonawca nie posiada wiedzy czy firma UNIFOR Sp. z o.o. była głównym wykonawcą czy też podwykonawcą.

Do wyjaśnień załączam protokół odbioru robót, zlecenie wykonania usługi oraz fakturę.”

Z treści powyższych wyjaśnień nadal nie wynika:

- jaką rolę w wykonaniu usługi/ roboty budowlanej pełniła firma UNIFOR Sp. z o.o., ul. Lipowa 7a, 41-407 Imielin,
 - jaka była dokładna lokalizacja wykonania przedmiotu usługi/ roboty budowlanej,
- a czego wymagał Zamawiający w wezwaniu do wyjaśnień.

Zamawiający mając wątpliwości co do rzeczywistego wykonania zakresu usługi/ roboty budowlanej oraz jej lokalizacji w dalszym ciągu nie może potwierdzić jej wykonania. Nie można uznać jako należytego wykonania usługi/ roboty budowlanej w sytuacji, gdy Zamawiający jest pozbawiony możliwości własnej weryfikacji rzeczywistego wykonania prac wskazanych w wykazie doświadczenia oraz dokumentach podmiotowych. Z przedłożonych na wezwanie dokumentów tj. protokołu odbioru wystawionego przez dwa współpracujące ze sobą przedsiębiorstwa nie wynika żadna okoliczność umożliwiająca zweryfikowanie wykonania przedmiotu usługi/ robót budowlanych. Przedłożona faktura ma termin płatności określony na dzień 14.12.2024 r. tj. dzień po dacie wyznaczonej przez Zamawiającego na złożenie wyjaśnień przez Wykonawcę, zatem również nie można potwierdzić należytego jej wykonania (termin na złożenie wyjaśnień wyznaczono na dzień 13.12.2024 r. godz. 13:00). Zamawiający nie może być pozbawiony własnej weryfikacji wykazanego doświadczenia przez Wykonawcę/podmiot udostępniający zasoby gdyż przeczyłoby to czynnościom weryfikacyjnym i celowi badania i oceny ofert. Zamawiający nie może bazować tylko na oświadczeniu własnym Wykonawcy i zawsze musi zweryfikować prawdziwość i treść złożonych dokumentów. W niniejszym przypadku, w sytuacji gdy Wykonawca nie podaje elementarnych danych/ informacji jakie powinien znać każdy podmiot realizujący przedmiot usługi/roboty budowlanej tj. lokalizacja/jaka rolę w inwestycji pełni podmiot na rzecz, którego wykonano usługę/roboty budowlane, nie można uznać, że Wykonawca za pomocą podmiotu udostępniającego zasoby wykazuje spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Mając na uwadze powyższe, oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu, ponieważ Wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu”.

Rozstrzygając w przedmiocie podnoszonych w odwołaniu zarzutów KIO nie uwzględniła wskazanego przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie jako dowód zawiadomienia z dnia 9 stycznia 2025 r. z jego załącznikami, które dotyczy – jak wskazano w jego treści - naruszenia przepisów ustawy Pzp w postępowaniu na „Wykonywanie usług w zakresie utrzymania komunalnego systemu odwodnienia Miasta Krakowa w latach 2025-2027 w zakresie części I obszar Śródmieścia oraz części IV obszar Nowa Huta”. W decyzji z dnia 23.12.2024 r., która stanowiła podstawę odrzucenia oferty Odwołującego wyspecyfikowano okoliczności faktyczne i prawne stanowiące podstawę odrzucenia oferty wykonawcy w części I. W tej decyzji Zamawiający nie powołuje się na weryfikację okoliczności wskazanych w tym zawiadomieniu. Treść uzasadnienia podstaw odrzucenia oferty – jak słusznie podnosił Odwołujący - jednoznacznie wskazuje, że w tym względzie Zamawiający bazował wyłącznie na dokumentach przedstawionych przez Odwołującego, a nie na innych informacjach, w tym także tych na których wskazano w zawiadomieniu z dnia 9.01.2025 r.

Zamawiający w wezwaniu z dnia 11.12.2024 r. (znak pisma: ZP.261.5.VII.24.AJ.19 co do części I w zakresie spornym - wskazał: (...)

2.Zamawiający działając w oparciu o art. 128 ust. 1 i 4 ustawy pzp wzywa do złożenia wyjaśnień i uzupełnień w

następującym zakresie:

2.1. Wykonawca w wyniku wezwania do złożenia podmiotowych środków dowodowych przesłał referencje przedstawione przez firmę Budowlano Melioracyjną D.C. na usługi polegające na czyszczeniu odwodnienia liniowego o łącznej dł. 32,1 km w ramach robót budowlanych na terenie miasta Tychy. Treść dokumentu referencji oraz z wykazu stanowiącego załącznik nr 5 do SWZ (wykaz doświadczenia) jest lakoniczna i nie wynika z nich jaką rolę w wykonaniu robót budowlanych pełniła firma UNIFOR Sp. z o.o.

W związku z powyższym Zamawiający wzywa do złożenia wyjaśnień poprzez podanie:

- nazwy zadania/ zlecenia w jakim wykonywano czyszczenie odwodnienia liniowego,
- dokładnej lokalizacji wykonywanej czynności,
- podania zleceniodawcy/ podmiotu zlecającego usługę,
- w jakiej roli występował UNIFOR sp. z o.o. (główny wykonawca/ podwykonawca) a jeżeli UNIFOR sp. z o.o. nie był głównym wykonawcą - o podanie jego nazwy i danych adresowych.
- przedłożenia zlecenia zawartego pomiędzy UNIFOR Sp. z o.o. a podmiotem udostępniającym zasoby, w tym potwierdzenia zapłaty za wykonaną usługę”.

Odwołujący w odpowiedzi (pismo z dnia 12/12/2024) (Dotyczy części I – referencje) podał: (...) „Odnosząc się do punktu 2.1. wezwania składam następujące wyjaśnienia:

1. Nazwa zadania/ zlecenia które wykonał podwykonawca to: „Czyszczenie odwodnienia liniowego na terenie miasta Tychy.”
 2. Czynności były wykonywane na terenie miasta Tychy w pobliżu drogi S81/DK1.
 3. Zlecenie wykonania usługi wydała firma UNIFOR Sp. z o.o., ul. Lipowa 7a, 41-407 Imielin
 4. Wykonawca nie posiada wiedzy czy firma UNIFOR Sp. z o.o. była głównym wykonawcą czy też podwykonawcą.
- Do wyjaśnień załączam protokół odbioru robót, zlecenie wykonania usługi oraz fakturę”.

Wykonawca zatem przedstawił informacje w żądanym zakresie a na ich potwierdzenie załączył dokumenty. Te dokumenty dotyczą informacji podanych w pozycji 21 Wykazu, w której podano: „Usługa polegająca na czyszczeniu odwodnienia liniowego o łącznej długości 32,1 km w ramach robót budowlanych na terenie miasta Tychy”, wykonaną w okresie: 30.04.2024 r. – 30.09.2024 r.; na rzecz UNIFOR Sp. z o.o. Ul. Lipowa 7a, 41-407 Imielin”.

Izba zwraca uwagę na przedłożony do wyjaśnień Protokół technicznego odbioru robót z dnia 1.10. 2024 r. w którym w punkcie 3. „Opis zamówienia wykonanych robót” podano: „Czyszczenie odwodnienia liniowego na terenie miasta Tychy. Na podstawie pomiaru powykonawczego stwierdzono wykonanie 32100,00 metrów bieżących”. Ta okoliczność jak wynika z treści decyzji jest tylko pośrednio poddawana w wątpliwość w kontekście, zdaniem Zamawiającego, ogólnikowości podanej informacji co do lokalizacji wykonywanych czynności. Tym samym, o ile Zamawiający uznał, że wskazana w punkcie 2 odpowiedzi informacja, (że czynności były wykonywane na terenie miasta Tychy w pobliżu drogi S81/DK1”), była zbyt ogólna, to mógł to - celem usunięcia wątpliwości co do rzeczywistego wykonania zakresu usługi/ roboty budowlanej – żądać jej doprecyzowania w kolejnym wezwaniu lub zwrócić się do wystawcy referencji z pytaniem o szczegółową lokalizację wykonywanej usługi lub ustalić z jego udziałem inwestora tego zamówienia z którym także miałyby możliwość poczynienia tych ustaleń. Na takie działanie pozwala odpowiednio zarówno wskazywany w odwołaniu art. 128 ust.4 ustawy Pzp jak również jego ust. 5, w myśl którego: „Jeżeli złożone przez wykonawcę oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowe środki dowodowe budzą wątpliwości zamawiającego, może on zwrócić się bezpośrednio do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w tym zakresie dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji lub braku podstaw wykluczenia, o przedstawienie takich informacji lub dokumentów”.

Izba ponadto nie zgodziła się z Zamawiającym, że termin płatności na fakturze (14.12.2024 r.) dzień po dacie wyznaczonej przez Zamawiającego na złożenie wyjaśnień przez Wykonawcę, nie można potwierdzić należytego jej wykonania. Kluczowy dla tej sprawy jest niewątpliwie wskazany protokół odbioru z dnia 1.10.2024 r. który potwierdza wykonanie usługi bez usterek. Ponadto zgodnie ze zleceniem z dnia 13.04. 2024 r. termin płatności ustalono na 60 dni, co nie jest sprzeczne ze wskazanym na fakturze terminie. Izba ponadto – wobec podnoszonej na rozprawie okoliczności w nawiązaniu do warunku z pkt. 8.1 lit. d) SWZ (dla części I) – zwraca też uwagę że kierowane do Odwołującego wezwanie nie było związane z brakiem w treści referencji informacji dotyczącej odwozu namułu.

Reasumując, Zamawiający w decyzji o odrzuceniu oferty wykonawcy powołuje się na jego wątpliwości co do rzeczywistego wykonania zakresu usługi/ roboty budowlanej oraz jej lokalizacji, jednocześnie nie precyzuje – tak jak w odpowiedzi na odwołanie – czego konkretnie te wątpliwości dotyczą. Izba zwraca uwagę, że powołane jako dowód zawiadomienie z dnia 9 stycznia 2025 r. w jego punkcie 3) odnosi się do przesłanek z art. 108 ust.1 pkt 6 Pzp. W tym punkcie wskazano bowiem, że (...) istnieje znaczące podejrzenie, iż w zakresie złożonej w Części I postępowania oferty Wykonawcy TRANSHURDET R.K. doszło do zakłócenia konkurencji w wyniku działających w porozumieniu podmiotów Mianowicie, Wykonawca TRANSHURDET R.K. na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, w wykazi

doświadczenia (załącznik nr 5 do SWZ) w poz. 21 wskazał „Usługa polegająca na czyszczeniu odwodnienia liniowego o łącznej długości 32,1 km w ramach robót budowlanych na terenie miasta Tychy”, wykonaną w okresie: 30.04.2024 r. – 30.09.2024 r. na rzecz UNIFOR Sp. z o.o. ul. Lipowa 7a, 41-407 Imielin. Następnie, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do wyjaśnień z dnia 11 grudnia 2024 r. Wykonawca ten złożył wyjaśnienia, do których załączył protokół odbioru robót z dnia 1 października 2024 r., dokument zlecenia wykonania usługi z dnia 15 kwietnia 2024 r. wystawiony przez firmę UNIFOR Sp. z o.o. na rzecz Firmy Budowlano – Melioracyjnej D.C. ul. Czerniny 14, 41 – 403 Chełm Śląski oraz fakturę nr 2/10/2024 r. z dnia 15 października 2024 r. wystawioną z tytułu czyszczenia odwodnienia liniowego na terenie miasta Tychy w ilości 32100 mb”. Dalej wskazano, że ta (...) dokumentacja na pierwszy rzut oka zdaje się potwierdzać, iż przedmiotem „Usługi polegającej na czyszczeniu odwodnienia liniowego o łącznej długości 32,1 km w ramach robót budowlanych na terenie miasta Tychy” było czyszczenie odwodnienia liniowego na terenie miasta Tychy o długości 32100 mb. Tymczasem, z informacji powszechnie dostępnych (na stronie internetowej Gminy Tychy) wynika, iż w rzeczywistości usługa taka nie miała miejsca. Mianowicie, w przedmiotowym okresie czasu, tj. pomiędzy majem a grudniem 2024 r. na terenie miasta Tychy realizowany był przetarg na „Bieżące utrzymanie, remont oraz budowa studzienek ściekowych i przykanalików w ciągu dróg i ulic na terenie miasta Tychy w 2024 r.” znak sprawy 4/DZP/24. Zgodnie z zapisami pkt V.1 SWZ tego postępowania w zakres przedmiotowy zamówienia wchodziło czyszczenie odwodnienia liniowego typu Aco Drain na odcinku jedynie 200,0 metrów, a nie 32,1 km jak wskazano w ofercie Wykonawcy TRANSHURDET R.K.. W postępowaniu tym jako najkorzystniejszą wyłoniono ofertę firmy UNIFOR Sp. o.o. (...). Tym samym to zawiadomienie nie może – jak wywodził Zamawiający – potwierdzać słuszności ustaleń wynikających z decyzji z dnia 23.12.2024 r., co do braku potwierdzenia spełnienia przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu z pkt. 8.1 lit. d) SWZ dla części I.

Wobec powyższych ustaleń, w szczególności mając na uwadze treść zawiadomienia o odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 23.12.2024 r., zasługują na uwzględnienie podnoszone w odwołaniu zarzuty naruszenia art. 128 ust. 1 i 4 ustawy Pzp oraz art. 57 ustawy Pzp w zw. art.118 ustawy Pzp w zw. z art. 119 ustawy Pzp i art. 226 ust 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 16 ustawy Pzp, albowiem wydając wyrok KIO była zobowiązana uwzględniać stan faktyczny sprawy z 23.12.2024 r. ustalony przez Zamawiającego w decyzji o odrzuceniu oferty i do których to okoliczności prawnych i faktycznych odnosi się odwołanie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 Ustawy Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy poz. 2437).

Mając powyższe na uwadze, Krajowa Izba Odwoławcza orzekła jak sentencji wyroku.

.....