

WYROK

Warszawa, dnia 12 sierpnia 2026 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: M.J.

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 sierpnia 2026 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 lipca 2026 roku przez MATPARK SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚĆ z siedzibą w Gródku nad Dunajcem w postępowaniu prowadzonym przez Zarząd Cmentarzy Komunalnych w Krakowie przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego ZAKŁAD PROJEKTOWO - USŁUGOWY RADIX SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Krakowie

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie w części, tj. w zakresie zarzutu podniesionego w punkcie 1 *petitum* odwołania i nakazuje Zarządowi Cmentarzy Komunalnych w Krakowie unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności wykluczenia wykonawcy MATPARK SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚĆ z siedzibą w Gródku nad Dunajcem oraz odrzucenia jego oferty, powtórzenie czynności badania i oceny ofert.
2. Zarzut ewentualny podniesiony w punkcie 2 *petitum* odwołania pozostawia bez rozpoznania.
3. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.
4. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża MATPARK SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚĆ z siedzibą w Gródku nad Dunajcem w części 1/2 oraz Zarząd Cmentarzy Komunalnych w Krakowie w części 1/2 i:
 - 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) oraz 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez MATPARK SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Gródku nad Dunajcem tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika;
 - 4.2. zasądza od Zarządu Cmentarzy Komunalnych w Krakowie na rzecz MATPARK SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Gródku nad Dunajcem kwotę 9 300 zł 00 gr (dziewięć tysięcy trzys złotych zero groszy) stanowiącą 1/2 sumy kosztów poniesionych przez MATPARK SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Gródku nad Dunajcem tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

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.

Przewodnicząca:

Sygn. akt KIO 3552/26

UZASADNIENIE:

Zamawiający Zarząd Cmentarzy Komunalnych w Krakowie w trybie przetargu nieograniczonego prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Prace porządkowe na cmentarzach komunalnych w Krakowie, a także utrzymanie czystości na cmentarzach, kwaterach i mogiłach grobownictwa wojennego na terenie Gminy Miejskiej Kraków – w podziale na sześć części”, wewnętrzny identyfikator: P-2/PN/2026.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, dalej: „ustawa Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 23 marca 2026 r. pod numerem: 198331-2026.

W postępowaniu tym wykonawca MATPARK SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Gródku nad Dunajcem (dalej: „Odwołujący”) w dniu 20 lipca 2026 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności i zaniechań Zamawiającego w zakresie części 3 – Prace porządkowe na terenie Cmentarza Prądnik Czerwony, a mianowicie:

- a) czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania w zakresie Części 3;
- b) czynności odrzucenia oferty Odwołującego złożonej w zakresie Części 3;
- c) czynności badania i oceny ofert oraz wyboru jako najkorzystniejszej w Części 3 oferty wykonawcy Zakład Projektowo-Usługowy „Radix” Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (dalej: „Radix”);
- d) zaniechania wykluczenia Radix z postępowania oraz zaniechania odrzucenia oferty Radix w Części 3, mimo że wykonawca ten w wykazie usług przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd co do spełniania warunku udziału w postępowaniu, a warunku tego nie spełnia;
- e) zaniechania zwrócenia się do Odwołującego o złożenie wyjaśnień lub uzupełnienie dowodów dotyczących zastosowanej procedury samooczyszczenia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 109 ust. 1 pkt 7 pzp w zw. z art. 109 ust. 3 pzp oraz art. 16 pkt 1 i 3 pzp art. 110 ust. 3 w zw. z ust. 2 pzp poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania w zakresie Części 3, mimo że nie ziszczyły się kumulatywne przesłanki tej podstawy wykluczenia, w szczególności: (i) Zamawiający nie wykazał, aby do nienależytego wykonania wcześniejszych umów doszło z przyczyn leżących po stronie Odwołującego, (ii) nie wykazał, aby dotyczyło ono istotnego zobowiązania umownego oraz nastąpiło w znacznym stopniu lub zakresie, a więc aby zdarzenia te w ogóle przekroczyły ustawowy próg kwalifikowanej wagi naruszenia, poniżej którego samooczyszczenie jest bezprzedmiotowe, (iii) oparł ustalenia wyłącznie na jednostronnych oświadczeniach PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., których rzetelność została w sposób skonkretyzowany zakwestionowana i których rozbieżności z zakresem umownym Zamawiający nie zbadał, a nadto (iv) w ogóle nie rozważył oczywistej nieproporcjonalności wykluczenia dokonanego u schyłku okresu z art. 111 pkt 4 pzp, wobec wykonawcy legitymującego się nienaganną realizacją dwudziestu sześciu zamówień publicznych o łącznej wartości ponad 82 mln zł, uzyskanych już po zdarzeniach objętych ewentualną podstawą wykluczenia; (v) dokonał błędnej i nieproporcjonalnej do wagi zarzucanego czynu oceny przeprowadzonej przez Odwołującego procedury samooczyszczenia, w tym poprzez uzależnienie jej skuteczności od spełnienia wymogów nieznanych ustawie (wykazania „dat wdrożenia” środków zaradczych, przedstawienia dokumentacji szkoleń i umowy z kancelarią prawną) oraz poprzez uznanie, że naprawienie szkody nie nastąpiło, mimo że wszystkie roszczenia PKP zostały w całości zaspokojone, a podobne problemy w realizacji umów już się nie powtórzyły;
- 2) ewentualnie do zarzutu 1) naruszenie art. 128 ust. 4 i 5 pzp w zw. z art. 110 ust. 2 pzp oraz art. 16 pkt 1 i 3 pzp poprzez zaniechanie zwrócenia się do Odwołującego o wyjaśnienie lub uzupełnienie dokumentów dotyczących samooczyszczenia w zakresie wątpliwości, które Zamawiający zidentyfikował i opisał dopiero w informacji o wykluczeniu, mimo że braki te miały charakter usuwalny, a Odwołujący wprost zadeklarował gotowość ich usunięcia;
- 3) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 pzp, ewentualnie w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia Radix z postępowania i odrzucenia jego oferty, mimo że wykonawca ten w wyniku co najmniej rażącego niedbalstwa (ewentualnie lekkomyślności lub niedbalstwa) przedstawił w wykazie usług informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd co do spełniania warunku udziału określonego w pkt 5.5.1.3 SWZ przypisując temu warunkowi usługi, które w sposób oczywisty mu nie odpowiadają, co miało istotny wpływ na decyzje Zamawiającego, skutkując wyborem oferty Radix;
- 4) ewentualnie do zarzutu 3) naruszenie art. 128 ust. 1 pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 pzp poprzez zaniechanie wezwania Radix do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego potwierdzającego spełnianie warunku udziału określonego w pkt 5.5.1.3 SWZ, mimo że złożony przez tego wykonawcę wykaz usług warunku tego nie potwierdza (żadna z ujętych w nim usług nie spełnia samodzielnie wszystkich wymogów warunku, a sumowanie odrębnych umów jest niedopuszczalne), oraz dokonanie wyboru oferty Radix z pominięciem tej obligatoryjnej procedury;
- 5) art. 239 ust. 1 i 2 pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej w Części 3 oferty Radix, czyli oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu, a przy tym droższej od oferty Odwołującego, która w świetle kryteriów oceny ofert określonych w SWZ jest ofertą najkorzystniejszą.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania w zakresie Części 3 oraz czynności odrzucenia jego oferty;
- 2) unieważnienia czynności wyboru oferty Radix jako najkorzystniejszej w Części 3;
- 3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert w Części 3, w tym wykluczenia Radix z postępowania i odrzucenia jego oferty, oraz dokonania czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty Odwołującego;
- 4) ewentualnie zwrócenia się do Odwołującego w trybie art. 128 ust. 4 i 5 pzp o wyjaśnienie lub uzupełnienie dokumentów dotyczących procedury samooczyszczenia;
- 5) ewentualnie, na wypadek nieuwzględnienia zarzutu nr 3 przy uwzględnieniu zarzutu nr 4, wezwania Radix w trybie art. 128 ust. 1 pzp do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunku z pkt 5.5.1.3 SWZ;
- 6) ewentualnie, na wypadek nieuwzględnienia zarzutów nr 1 i 2 przy jednoczesnym uwzględnieniu zarzutu nr 3, unieważnienia postępowania w zakresie Części 3 na podstawie art. 255 pkt 2 pzp, wobec braku ofert niepodlegających odrzuceniu;

W złożonej pismem z dnia 3 sierpnia 2026 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Wykonawca ZAKŁAD PROJEKTOWO - USŁUGOWY RADIX SPÓŁKA Z OGRANICZODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Krakowie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym ww. wykonawcę. Wszystkie warunki formalne związane ze zgłoszonym przystąpieniem zostały spełnione. Co za tym idzie wykonawca skutecznie zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego, stając się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron oraz uczestnika postępowania uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron wyrażone odpowiednio w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, przystąpieniu a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego dowody niestanowiące części dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedłożone przez:

1.Odwołującego wraz z odwołaniem, tj.: wykaz zamówień publicznych uzyskanych przez Odwołującego w latach 2024–2026 *na fakt*: rzetelności Odwołującego oraz nieproporcjonalności wykluczenia w rozumieniu art. 109 ust. 3 ustawy Pzp;

2.Zamawiającego wraz z odpowiedzią na odwołanie, tj.:

- a)Umowa zawarta pomiędzy Gminą Miejską Kraków – Zarząd Cmentarzy Komunalnych a Zakładem Projektowo-Usługowym Radix sp. z o.o. z dnia 14 czerwca 2023 r. o nr I.D.Z.3.2023. wraz z załącznikiem*na fakt*: tożsamości czasowej podmiotowej i przedmiotowej wykonywania usług w zakresie utrzymaniu czystości na Rejonie Rakowice (cmentarz Rakowice, cmentarz Bronowice, cmentarz Mydlniki); zakresu świadczonej usługi.
- b)Umowa zawarta pomiędzy Gminą Miejską Kraków – Zarząd Cmentarzy Komunalnych a Zakładem Projektowo-Usługowym Radix sp. z o.o. z dnia 14 czerwca 2023 r. o nr I.D.Z.5.2023. wraz z załącznikiem*na fakt*: tożsamości czasowej podmiotowej i przedmiotowej wykonywania usług w zakresie utrzymaniu czystości na Cmentarzu Prądnik Czerwony; zakresu świadczonej usługi.
- c)Umowa zawarta pomiędzy Gminą Miejską Kraków – Zarząd Cmentarzy Komunalnych a Zakładem Projektowo-Usługowym Radix sp. z o.o. z dnia 14 czerwca 2023 r. o nr I.D.Z.7.2023. wraz załącznikiem*na fakt*: tożsamości czasowej podmiotowej i przedmiotowej wykonywania usług w zakresie utrzymaniu czystości na terenie cmentarzy i kwater grobownictwa wojennego; zakresu świadczonej usługi.
- d)Specyfikacja Warunków Zamówienia (SWZ) „Modernizacja nawierzchni na alei głównej (na odcinku między pasem 53 i 36) i na alejkach po wykonanej kanalizacji (odc. L50istn. - L65, L60 - L67), kontynuacja robót związanych z budową oświetlenia i światłowodu wzdłuż alei głównej oraz kontynuacja modernizacji alejek i renowacja mogił zbiorowych żołnierzy na Kwaterze Poległych z I wojny światowej - na Cmentarzu Rakowickim w Krakowie”, pkt. 5.5.1. SWZ –*na fakt*: świadomego różnicowania w sposobie formułowania warunków udziału w postępowaniu, odrębnie określając przypadki, w których wymaga wykazania wykonania jednej usługi, od sytuacji, w których wymaga wykazania realizacji jednej umowy obejmującej określony zakres świadczeń.

Izba pomięła dowody niestanowiące części dokumentacji postępowania, przedłożone przez:

1.Odwołującego wraz z pismem z dnia 7 sierpnia 2026 roku, tj.:

- a)pisma Urzędu Miasta Zakopane z dnia 29 lipca 2026 r. znak WOŚ.7021.1.54.2026; protokołów Urzędu Miasta Zakopane: protokołu odbioru z dnia 1 sierpnia 2024 r. (umowa WOŚ/14/2024) oraz protokołu przeglądu z dnia 8 czerwca 2026 r. (umowa WOŚ/10/2026) - kary umowne naliczone w związku z realizacją umów na rzecz Gminy Miasto Zakopane nie zostały uwzględnione w zawiadomieniu o wykluczeniu Odwołującego z postępowania;
- b)dokumentów z Części 4 postępowania: wezwania Zamawiającego z dnia 6 lipca 2026 r., wyjaśnień wykonawcy FLORA z dnia 10 lipca 2026 r. oraz informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 31 lipca 2026 r. - przedłożone przez Odwołującego dowody dotyczą okoliczności wykraczających poza zakres odwołania.
- c)Zamawiającego wraz z odpowiedzią na odwołanie, tj.: pismo z Urzędu Miasta Zakopane z dnia 29 lipca 2026 r. o nr Znak: WOŚ.7021.1.54.2026 o naliczeniu kar umownych - kary umowne naliczone w związku z realizacją umów na rzecz Gminy Miasto Zakopane nie zostały uwzględnione w zawiadomieniu o wykluczeniu Odwołującego z postępowania.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny istotny dla rozstrzygnięcia sprawy:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem są prace

porządkowe na cmentarzach komunalnych w Krakowie, a także utrzymanie czystości na cmentarzach, kwaterach i mogiłach grobownictwa wojennego na terenie Gminy Miejskiej Kraków oraz okresowe prowadzenie prac porządkowych i pielęgnacyjnych zieleni niskiej i wysokiej na terenie Cm. Prądnik Czerwony w Krakowie.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawarty jest w: 3.2.1. opisie przedmiotu zamówienia – zakres rzeczowy (załącznik nr 1 – 6 do SWZ), 3.2.2. przedmiarach (załącznik nr 7 – 12 do SWZ), 3.2.3. projektowanych postanowieniach umowy (załącznik nr 13a, 13b do SWZ).

Zamawiający przewidział składanie ofert częściowych:

Część 1 – Prace porządkowe na terenie Rejonu Rakowice, który obejmuje cmentarze: Rakowice, Bronowice, Mydlniki.

Część 2 – Prace porządkowe na terenie Rejonu Podgórze, który obejmuje cmentarze: Podgórze, Stary Cmentarz Podgórski, Prokocim, Wola Duchacka, Pychowice, Kobierzyn – Lubostroń, Maki Czerwone.

Część 3 – Prace porządkowane na terenie Cmentarza: Prądnik Czerwony.

Część 4 – Prace porządkowe na terenie Cmentarza: Grębałów.

Część 5 – Prace porządkowe na terenie cmentarzy, kwater i mogił grobownictwa wojennego: Kwatery, mogiły pojedyncze i zbiorowe na terenie Cmentarza Komunalnego Rakowice w Krakowie (w tym część od ulicy Prandoty), Pomnik i kwatera oraz mogiły na terenie Cmentarza Komunalnego Podgórze w Krakowie przy ul. Wapiennej, Cmentarz Jeńców w Skotnikach, Kwatera wojenna na Cmentarzu Parafialnym w Borku Fałęckim, Cmentarz Wojenny Nr 384 przy ul. Siostry Faustyny, Zespół Cmentarno – Pomnikowy Wzgórza Krzesławickie, Dwie mogiły zbiorowe w Lesie Tynieckim, Pomnik na mogiłach na Cmentarzu Komunalnym Maki Czerwone, Pozostałe obiekty grobownictwa wojennego w tym mogiły pojedyncze i zbiorowe na Cmentarzach Rejonu II Podgórze.

Część 6 – Okresowe prowadzenie prac porządkowych i pielęgnacyjnych zieleni niskiej i wysokiej na terenie Cmentarza Prądnik Czerwony w Krakowie.

Zarzut nr 1, 2 dotyczący wykluczenia odwołującego

Zamawiający w specyfikacji warunków zamówienia wskazał, że *O udzielenie zamówienia, zgodnie z art. 57 ustawy, mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy: 5.1.1. nie podlegają wykluczeniu na podstawie art. 108 ust. 1 ustawy oraz nie podlegają wykluczeniu na podstawie 109 ust. 1 pkt. 1, 4, 5, 7, 8, 10 ustawy.*

Stan faktyczny nie był sporny. Poza sporem było to, że Odwołujący w Jednolitym Europejskim Dokumencie Zamówienia w punkcie C w części III (Podstawy wykluczenia) oświadczył, że znajduje się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową. Odwołujący wraz z ofertą przedłożył wyjaśnienia dotyczące braku podstaw do wykluczenia z postępowania oraz procedurę samooczyszczenia. W wyjaśnieniach Odwołujący oświadczył, że w jego ocenie przedstawione okoliczności nie stanowią o ziszczeniu się przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 5 lub 7 ustawy Pzp. Odwołujący przedstawił szczegółowe wyjaśnienia w zakresie umów w sprawie zamówienia publicznego, które zostały rozwiązane przed czasem, lub w których nałożone zostały odszkodowania bądź inne porównywalne sankcje.

W dalszej treści wyjaśnień Odwołujący wskazał: *Niemniej jednak, gdyby Zamawiający uznał, iż przedstawione powyżej okoliczności jego zdaniem spełniają przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 5 lub 7 ustawy Pzp, to Wykonawca informuje, iż niezależnie od przewidywanego sporu dotyczącego prawidłowości wykonywania ww. Umów, podjął on odpowiednie środki zaradcze, aby podobne sytuacje nie wystąpiły w przyszłości. Każde wcześniejsze rozwiązanie umowy wiąże się z wymierną stratą dla Wykonawcy, a więc Wykonawca podjął te działania głównie we własnym interesie, natomiast spełniając one również wymogi dotyczące skutecznego samooczyszczenia, określone w art. 110 ust. 2 ustawy Pzp.*

Pismem z dnia 8 lipca 2026 roku Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o wykluczeniu Odwołującego z postępowania i odrzuceniu jego oferty.

Zamawiający stwierdził, że względem Odwołującego zaistniała przesłanka wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp. Zdaniem Zamawiającego Odwołujący nie obalił skutecznie domniemania, że nienależyte wykonanie nastąpiło z przyczyn leżących po jego stronie. Oceniając samooczyszczenie Zamawiający stwierdził, że Odwołujący nie udowodnił skutecznego spełnienia żadnego z trzech warunków określonych w art. 110 ust. 2 Pzp w sposób wystarczający do uznania samooczyszczenia za skuteczne.

Treść zawiadomienia nie była sporna. Pismo znajduje się w aktach sprawy. Powtarzanie jego treści, z uwagi na obszerność, Izba uznała za zbędne.

Oś sporu koncentrowała się wokół wykazania przez Zamawiającego zaistnienia przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp oraz skuteczności samooczyszczenia.

Zarzut nr 3, 4 i 5 dotyczący oferty Uczestnika postępowania

W odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, Zamawiający wymagał, aby wykonawca spełniał minimalne warunki umożliwiające realizację zamówienia, na

odpowiednim poziomie jakości, dotyczące: Doświadczenia, tj.: *Wykonawca w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał:*

Dla części 3: co najmniej jedną usługę polegającą na utrzymaniu czystości terenu cmentarza lub terenu parku na łącznym obszarze nie mniejszym niż 30,00 ha, obejmującą zakres prac odpowiadający pod względem zakresu rzeczowego charakterowi zamówienia, np. opróżnianie koszy na odpady na terenie cmentarza lub na terenach parków wraz z przewozem odpadów na miejsce wskazane przez Zamawiającego, prace porządkowe, pielęgnacja zieleni niskiej w zakresie np. koszenia trawy, przycinania krzewów, przycinania samosiewów, wywóz odpadów zielonych, odśnieżanie wraz z wywozem śniegu, o łącznej wartości nie mniejszej niż 4 200 000,00 zł (brutto).

Poza sporem było to, że Uczestnik postępowania na potwierdzenie spełniania ww. warunku, złożył wykaz usług, w którym jako „usługi określone w pkt 5.5.1.3 SWZ” wskazał:

- utrzymanie czystości cmentarza Rejonu Rakowice (umowa nr I.DZ.3.2023 z 14.06.2023 r., okres wykazany 01.01.2024–31.03.2026): wartość 2 776 994,28 zł, obszar 45,88 ha;
- utrzymanie czystości Cmentarza Prądnik Czerwony Fragment I i II (umowa nr I.DZ.5.2023 z 14.06.2023 r., okres wykazany 01.01.2024–31.03.2026): wartość 2 478 016,80 zł, obszar 51,70 ha;
- utrzymanie czystości terenów cmentarza i kwater grobownictwa wojennego (umowa nr I.DZ.7.2023, okres 01.01.2024–31.12.2026): wartość 418 854,24 zł, obszar 4,12 ha; oraz analogiczna usługa za lata 2021–2023 (umowa nr U/59/2020): wartość 435 728,16 zł, obszar 4,11 ha;
- utrzymanie i zagospodarowanie terenów zielonych Akademii Wychowania Fizycznego w Krakowie (umowa nr K-2.381/19/2022, okres 01.11.2022–31.10.2024): wartość 683 100,00 zł, obszar 7,68 ha;
- „Ręczne i mechaniczne oczyszczanie Miasta Krakowa na terenie Rejonu nr 4” na rzecz Miejskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania Sp. z o.o. w Krakowie, dwie następujące po sobie umowy: za 2024 r. o wartości 4 361 980,69 zł („powierzchnia 3 813,609 ha”) i za 2025 r. o wartości 4 694 950,75 zł („powierzchnia 4 531,1671 ha”).

Oś sporu koncentrowała się wokół wykładni warunku udziału w postępowaniu. Zdaniem Odwołującego warunek wymagał „co najmniej jednej usługi” rozumianej jako świadczenie z jednego stosunku umownego.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie w części, tj. w zakresie zarzutu podniesionego w punkcie 1 *petitum* odwołania.

Zgodnie z wymaganiami art. 559 ust. 2 ustawy Pzp, przepisy stanowiące podstawą prawną zapadłego rozstrzygnięcia: art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp (zarzut nr 1); art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp, art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp (zarzut nr 3); art. 128 ust. 1 ustawy Pzp (zarzut nr 4); art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp (zarzut nr 5).

Zarzut nr 1

W ocenie Izby, biorąc pod uwagę argumentację wyrażoną w zawiadomieniu o wykluczeniu Odwołującego, Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Zamawiający oceniając wyjaśnienia Odwołującego wskazał, że treść pism PKP o odstąpieniu od umowy wskazuje „winę wykonawcy” jako podstawę odstąpienia. Naturalną konsekwencją odstąpienia od umowy przez zamawiającego jest przypisanie winy wykonawcy. Powyższa okoliczność nie może jednak automatycznie przesądzać o winie Odwołującego.

Zamawiający wskazuje, że odstąpienie od Umowy PKP 1 obejmuje m.in. linię 274, co do której wykonawca sam przyznał, że nie otrzymał wezwania do należytego wykonania prac i nie rozumie podstaw odstąpienia. Zdaniem Zamawiającego powyższe oznacza, że wykonawca nie był w stanie wyjaśnić wszystkich okoliczności. Skoro Odwołujący nie otrzymał wezwania do należytego wykonania prac, a samo odstąpienie jest niejasne, to nie sposób od niego wymagać, aby poszukiwał za zamawiającego argumentów uzasadniających odstąpienie od umowy.

Dalej, Zamawiający przyznaje, że terminy odbiorowe były stosunkowo późne, jednak uważa, że teza o całkowitej bierności PKP była niezasadna. Jednym z obowiązków zamawiającego jest dokonanie, w odpowiednim terminie, odbioru wykonanych prac. Stosunkowo późne odbiory mogły negatywnie wpłynąć na prawidłową realizację umowy.

Zamawiający wskazał również, iż *nie można uznać, że Wykonawca dobrowolnie zapłacił naliczone kary umowne. Ich zaspokojenie nastąpiło wyłącznie wskutek jednostronnego potrącenia dokonanego przez Zamawiającego z wynagrodzenia należnego Wykonawcy, pomimo kwestionowania przez niego zasadności naliczenia tych kar.* Jednak Zamawiające przeoczył, że art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp nie referuje do konieczności dobrowolnego zapłacenia naliczonej kary umownej. Zwyczajowo kary umowne potrąca się bezpośrednio z wynagrodzenia przysługującego wykonawcy.

Zamawiający w punkcie 6 zawiadomienia o wykluczeniu podnosił, że nienależyte wykonanie na wskazanych odcinkach było *prawdopodobnie wynikiem nienależytym wykonaniem prac przed ich zgłoszeniem.* Zamawiający nie wziął pod uwagę, że przesłanek wykluczenia z postępowania nie można interpretować rozszerzająco ani tym bardziej domniemywać, ponieważ skutkują one dotkliwą sankcją w postaci wykluczenia wykonawcy z postępowania i odrzucenia

jego oferty.

Zamawiający stwierdził, że wykonawca *nie obalił skutecznie domniemania, że nienależyte wykonanie umowy nastąpiło z przyczyn leżących po jego stronie*. Założenie Zamawiającego było błędne, gdyż przepisy ustawy Pzp nie przewidują takiego domniemania. To na Zamawiającym spoczywa ciężar wykazania, że doszło do nienależytego wykonania umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Zdaniem Izby Zamawiający ciężarowi temu nie sprostał.

Biorąc powyższe pod rozwagę brak było podstaw do wykluczenia Odwołującego w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp. W konsekwencji samooczyszczenie staje się bezprzedmiotowe, więc Izba go nie ocenia.

Niezależnie od powyższego ubocznie należy wskazać, że w orzecznictwie wielokrotnie podkreślano i z tym należy się zgodzić, aby wykonawca mógł skorzystać z dobrodziejstwa instytucji samooczyszczenia musi przyznać, że zachodzą w stosunku do niego podstawy wykluczenia. W przedmiotowej sprawie Odwołujący kwestionował wystąpienie przesłanek wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 110 ust. 2 ustawy Pzp *Wykonawca nie podlega wykluczeniu w okolicznościach określonych w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 lub art. 109 ust. 1 pkt 2-5 i 7-10, jeżeli udowodni zamawiającemu, że spełnił łącznie następujące przesłanki (...)*. Zastosowanie przedmiotowej instytucji jest możliwe jedynie w przypadku braku kwestionowania przez wykonawcę podstaw wykluczenia, z którymi związana jest ta instytucja. Tylko bowiem w wypadku uznania wykonawcy za podlegającego wykluczeniu w oparciu o przesłanki wskazane w treści istnieje możliwość samooczyszczenia. Wynika to nie tylko z literalnej wykładni, ale również z wykładni celowościowej tego przepisu. Skład orzekający podziela pogląd, zgodnie z którym nie ma możliwości zastosowania instytucji self – cleaningu „z ostrożności”. W konsekwencji Zamawiający, mając świadomość, że Odwołujący kwestionuje podstawę wykluczenia, nie powinien przystępować do oceny samooczyszczenia.

Zarzut nr 2

Wskutek uwzględnienia przez Izbę zarzutu podniesionego w punkcie 1 *petitum* odwołania, zarzut ewentualny podniesiony w punkcie 2 nie podlega rozpoznaniu.

W pozostałym zakresie odwołanie należało oddalić.

Zarzut nr 3 i nr 5

Wbrew twierdzeniom Odwołującego warunek udziału referujący *doco najmniej jednej usługi* nie może być utożsamiany z *co najmniej jedną umową*. Po pierwsze, Zamawiający nie zdefiniował pojęcia „usługi”. Po drugie, ustawa Prawo zamówień publicznych w definicji usługi również nie odnosi się do jednej umowy. Po trzecie, bez wątpienia usługa oraz umowa to dwa zupełnie inne pojęcia. Usługa to czynność faktyczna. W przedmiotowej sprawie Zamawiający wymagał *co najmniej jednej usługi* (czynności/świadczenia), a nie *co najmniej jednej umowy* (czynności prawnej). Już choćby to świadczy o tym, że pojęć tych nie można używać zamiennie, tak jak to robi Odwołujący. Warto również zwrócić uwagę, że w przedmiotowej sprawie trzy umowy zostały zawarte w ramach jednego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, podzielonego na części. Co za tym idzie, w tym zakresie twierdzenia Odwołującego nie zasługiwały na aprobatę.

Zarzut nr 4

W związku z tym, że zarzut podniesiony w punkcie 3 *petitum* odwołania nie został przez Izbę uwzględniony, zarzut ewentualny podniesiony w punkcie 4 *petitum* odwołania podlegał rozpoznaniu i również nie zasługiwał na uwzględnienie.

W przedmiotowej sprawie Izba nie znalazła podstaw do przyjęcia, że złożony przez Uczestnika postępowania wykaz usług nie potwierdza spełnienia warunku udziału, a tym samym uzasadniałyby powstaniem obowiązku przeprowadzenia procedury z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 w zw. § 2 ust. 1 pkt 2 w zw. § 5 pkt 1 lit. a, pkt 2 lit. b 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.

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodnicząca: