

Sygn. akt: KIO 2423/19

WYROK
z dnia 13 grudnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 grudnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 grudnia 2019 r. przez wykonawcę: **BILPOL-K. Sp.k., ul. Sokoła 1, 41-500 Chorzów** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Miejski Zarząd Dróg w Opolu, ul. Firmowa 1, 45-594 Opole,**

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **BILPOL-K. Sp.k., ul. Sokoła 1, 41-500 Chorzów,** i:
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **BILPOL-K. Sp.k., ul. Sokoła 1, 41-500 Chorzów** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Opolu.**

.....

Uzasadnienie

Zamawiający, Miejski Zarząd Dróg w Opolu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Rozwój i odnowa zieleni przyulicznej Opola”. Zamówienie zostało podzielone na 7 części. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2019/S 169 - 413247 z dnia 03.09.2019 r.

Wykonawca BILPOL- K. Sp.k. z siedzibą w Chorzowie wniósł odwołanie zarzucając naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), zwanej dalej „Pzp”:

- art. 24 ust. 1 pkt. 12 w zw. z art. 24 ust. 4, poprzez niezgodne z przepisami ponowne wykluczenie Odwołującego oraz uznanie jego oferty za odrzuconą w części nr 7,
- art. 91, poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w części nr 7 oraz dokonanie wyboru oferty firmy A. S.,
- art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt. 12 w zw. z art. 24 ust. 4, poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania oraz zasady proporcjonalności, polegające na tym, że w ramach czynności powtórzonych dokonano po raz kolejny bezpodstawnego wykluczenia Odwołującego, zaś jego ofertę odrzucono mimo, że odpowiada wytycznym SIWZ oraz została złożona zgodnie z przepisami ustawy Pzp,
- art. 7 ust. 3 w związku z art. 91 ust. 1, poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego pomimo że jest ofertą najkorzystniejszą.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, czynności wykluczenia Odwołującego jako podmiotu, który nie wykazał spełnienia warunku udziału w części nr 7 w ramach czynności powtórzonych oraz odrzucenia jego oferty,
- powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- dokonania wyboru oferty Odwołującego,
- obciążenia Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

Odwołujący wyjaśnił, że Zamawiający dnia 30 października 2019 r. powiadomił Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania z powodu niespełniania warunku udziału w postępowaniu. Na tę czynność Odwołujący w dniu 8 listopada 2019r. wniósł odwołanie. W dniu 14 listopada 2019r. Zamawiający poinformował, iż uznaje zarzuty odwołania i przystępuje do powtórzenia czynności w postępowaniu polegających na badaniu i ocenie ofert złożonych w części nr 7. W dniu 20 listopada 2019r. Zamawiający poinformował

Odwołującego, iż w wyniku czynności powtórzonych podtrzymuje w całości swoje wcześniejsze stanowisko i ponownie wyklucza Odwołującego jako podmiot, który nie spełnia warunku udziału w postępowaniu. W dniu 21 listopada 2019r. Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której podtrzymał swoje stanowisko, odnosząc się do dowodów przedstawionych w odwołaniu. Odwołujący w dniu 22 listopada 2019 r. wycofał odwołanie z dnia 8 listopada 2019 r. Zamawiający dnia 29 listopada 2019r. powiadomił Odwołującego o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Zdaniem Odwołującego, podejmując decyzję o uznaniu zarzutów wniesionego odwołania i przystępując do wykonania czynności powtórzonych polegających na badaniu i ocenie ofert złożonych w części nr 7, Zamawiający nie odniósł się należycie do udowodnionych przez Odwołującego racji, zaś ponowne wykluczenie Odwołującego narusza zasadę uczciwej konkurencji, równego traktowania i proporcjonalności, określoną w art. 7 ust. 1 i 3 oraz przepisy art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp.

Odwołujący wyjaśnił, że złożył ofertę w postępowaniu, w toku oceny ofert został wezwany na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp do złożenia wymaganych dokumentów w zakresie potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący w wymaganym terminie nie tylko złożył wszystkie wymagane dokumenty, ale również jednoznacznie potwierdził spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że w treści rozdziału 9 ust. 2 pkt 3 lit b) SIWZ dla części 7 zamówienia Zamawiający wymagał wykonania (a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywania) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, co najmniej 1 (jednej) usługi, której zakres obejmował sadzenie drzew i krzewów w ilości każda minimum dla części (zadanie) nr 7 - 120 szt. drzew i 4.000 szt. krzewów oraz ich pielęgnacji w terenach zieleni miejskiej przez okres nie mniejszy niż 1,5 roku.

Zamawiający dopuścił wykazanie ww. warunków udziału w postępowaniu w częściach 1-7 w maksymalnie dwóch zadaniach z zastrzeżeniem, że podane minimalne ilości drzew i krzewów nie mogą być dzielone na mniejsze ilości nasadzeń i pielęgnacji w ramach jednego zadania, lecz winna być zachowana ich minimalna ilość wskazana w ww. warunkach udziału.

Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie przedstawił dokumenty potwierdzające należyte wykonanie zamówienia poprzez przedstawienie Wykazu usług (zgodnie z wzorem załącznika nr 4) w treści którego wskazano usługi, które potwierdziły wymagane zasoby techniczne i zawodowe:

1. Renowacja Alei Lipowej (strefa c) z gospodarką drzewostanem i szatą roślinną (strefa a i b) obejmującej sadzenie wraz z pielęgnacją (36 miesięcy) w tym min: drzew w ilości 64 szt., krzewów w ilości 5579 szt. oraz pnączy, bylin.
2. Realizacja terenów zielonych w celu zagospodarowania otoczenia jazu w Lewinie

Brzeskim oraz dla rekompensaty za wycięte drzewa i krzewy obejmująca dostawę, sadzenie i pielęgnacja roślin na terenach płaskich lub na skarpach w tym: drzewa liściaste - 637szt., krzewy liściaste - 9885 szt., drzewa iglaste -146 szt., krzewy iglaste -16 szt.

Odwołujący przedstawił także referencje za wykonane prace oraz protokoły z przeglądu po upływającym okresie pielęgnacji.

Mając na względzie wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp, a w przypadku niemożności odpowiedzi na zadane pytania uzupełnienie dokumentów mających potwierdzić spełnienie warunku udziału - pismo z dnia 25 października 2019r. - Odwołujący przedłożył w dniu 28 października 2019 r. wyjaśnienia i kompletną dokumentację potwierdzającą należyte wykonanie zamówienia.

Odwołujący wskazał, że z przepisów rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów wynika, że Zamawiający może żądać takich dokumentów jak wykaz usług określający ich rodzaj, wartość, daty, miejsca wykonania i podmioty, na rzecz których zostały wykonane, z załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane należyście. Referencje nie muszą być wystawiane na potrzeby danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i często w praktyce nie są, zatem ich treść nie musi w pełni odpowiadać treści postawionego warunku udziału w postępowaniu. Na podstawie treści złożonego wykazu zamawiający ocenia, czy wykonawca posiada wymaganą zdolność techniczną lub zawodową zaś treść referencji musi umożliwiać powiązanie tego dokumentu z daną pozycją w wykazie, a ponadto dokument ten musi potwierdzać należyte wykonanie roboty (tak wyrok z dnia 17 września 2019r. sygn. akt KIO 1701/19). Rolą wykazu jest określenie cech charakterystycznych prac, zaś rolą referencji jest poświadczenie, iż zostały one wykonane należyście. Obowiązkiem wykonawcy jest przedstawienie na dowód posiadanego doświadczenia zawodowego nie tylko wykazu ale również dokumentów potwierdzających należyte ich wykonanie.

Zamawiający oczekiwał (pkt.9.2 SIWZ) złożenia dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należyście, przy czym dowodami, o których mowa są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie Wykonawcy. (...) Zaleca się, aby przedkładane dokumenty potwierdzające, że wykonane przez Wykonawców usługi zostały wykonane należyście, zawierały co najmniej:

- wskazanie, że wykonawca składający ofertę w niniejszym postępowaniu realizował usługi, których dokumenty dotyczą,
- wskazanie podmiotu, na rzecz którego realizowane były usługi,
- opinię podmiotu wskazanego powyżej w pkt. b stwierdzającą że usługi zostały wykonane lub są wykonywane należyście (w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal

wykonywanych).

Odwołujący podniósł, że Zamawiający wielokrotnie podkreśla, „*ż z treści przywołanego poświadczenia nie wynika kiedy ukończono nastąpił okres pielęgnacji nasadzeń drzew*’, czy też „*przedłożone dokumenty (...) nie potwierdzają realizacji usług pielęgnacji, a jedynie realizację obowiązków wynikających z udzielonej gwarancji m.in. obowiązek dokonywania przeglądów gwarancyjnych.*” jednak zgodnie z utrwaloną linią orzeczniczą Krajowej Izby Odwoławczej, referencje stanowią potwierdzenie należytego wykonania dostaw, usług lub robót budowlanych, których rodzaj, przedmiot, wartość, daty i miejsce wykonania wykonawca podaje w wykazie dostaw, usług lub robót budowlanych. Ponadto, wykonawca nie ma wpływu na treść sformułowań zawartych w referencjach, z uwagi na to, iż są one wystawiane przez podmiot trzeci (por. wyrok KIO o sygnaturze KIO 2145/16 z 28 listopada 2016r., wyrok KIO o sygnaturze KIO 1216/17 z 6 lipca 2017 r., wyrok KIO z dnia 17 sierpnia 2018r. sygn. KIO1498/18, wyrok KIO z dnia 22.10.2018r. sygn. KIO 2038/18). Sam Zamawiający w treści wystawianych referencji nie dookreśla szczegółów dotyczących czasu trwania, zakończenia dokładnych informacji o pielęgnacji, czy badania udatności szaty roślinnej w ramach realizowanych zamówień. Przykładowo w treści referencji z dnia 21 stycznia 2019 r. mówi o konserwacji, stałym utrzymaniu, zaś w referencji z dnia 15 kwietnia 2019 r. o konserwacji i remontach bieżących, a w treści referencji z dnia 26 października 2018 r. o ich kompleksowych pielęgnacjach.

Pomimo złożenia szczegółowych wykazów, poświadczeń oraz oświadczenia przez Odwołującego wykonania wszystkich prac prawidłowo, odebrania ich przez podmioty na rzecz których były wykonane Zamawiający uznał, iż Odwołujący spełnienia warunku nie wykazał. Odwołujący podkreślił, że uzasadnienie podstawy wykluczenia zdecydowanie wykracza poza przedstawione dokumenty potwierdzając, że działania Zamawiającego są powierzchowne, wręcz można postawić tezę, iż Zamawiający nie dokonał analizy wszystkich przedstawionych przez Odwołującego dokumentów. W ocenie Odwołującego, oferta wraz ze złożonymi dokumentami została prawidłowo złożona, a z treści dokumentów już na etapie składania oferty wynikało, że Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu.

W myśl § 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. poz. 1126), dowodem może być oświadczenie wykonawcy, jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia. Wykazane usługi realizowane były na rzecz podmiotu który przeszedł proces restrukturyzacji (Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej we Wrocławiu), czy podmiotu prywatnego (SKANSA S.A.). Skutkiem trudności w pozyskaniu szczegółowszych niż przedstawione przez Odwołującego poświadczeń zostało złożone oświadczenie w treści wymaganego wykazu usług. W wyniku zmian organizacyjnych

struktury podmiotu (Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej we Wrocławiu) poświadczenie należytego wykonania umowy Odwołujący otrzymał dopiero w dniu 22 listopada 2019r. wystawione przez Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie po długotrwałym oczekiwaniu na jego wystawienie. Stąd też w toku postępowania przedstawione wszelkie możliwe środki dowodowe, jakie Odwołujący posiadał.

Odwołujący podniósł, że dokumentem służącym dla potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu jest oświadczenie wykonawcy, składane w formie określonej w art. 25a Pzp. Przyjmuje się, że oświadczenie składane przez wykonawcę składane jest w dobrej wierze. Oświadczenia woli, wobec braku szczegółowych w tym zakresie regulacji w przepisach ustawy Pzp, w ocenie Odwołującego interpretować należy zgodnie z postanowieniami kodeksu cywilnego, stosownie do art. 14 Pzp. Jedynie w sytuacji, w której zachodziłaby sprzeczność pomiędzy oświadczeniem wykonawcy, a środkami dowodowymi, co sugerowałoby, iż informacje zawarte w oświadczeniu nie są zgodne ze stanem faktycznym, Zamawiający mógłby je kwestionować. Ustawodawca przewidział taką sytuację w treści § 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, stanowiąc, że jeżeli wykaz, oświadczenia lub inne złożone przez wykonawcę dokumenty budzą wątpliwości zamawiającego, może on zwrócić się bezpośrednio do właściwego podmiotu, na rzecz którego roboty budowlane, dostawy lub usługi były wykonane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, o dodatkowe informacje lub dokumenty w tym zakresie. Krajowa Izba Odwoławcza (vide: wyrok z dnia 15 kwietnia 2016r. sygn. akt KIO 489/16) podkreśla, że literalne brzmienie powyższego przepisu wskazuje na uprawnienie Zamawiającego, to należy uznać, że Zamawiający nie może zaniechać skorzystania z tego przepisu w sytuacji istnienia wątpliwości co do złożonego oświadczenia i wykluczyć wykonawcy z postępowania bez rzetelnego zbadania, czy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu i bez upewnienia się co do rzeczywistego istnienia podstaw do takiej czynności. Takie zaniechanie prowadzi bowiem do naruszenia zasad udzielania zamówień publicznych określonych w art. 7 ust 1 ustawy Pzp.

Potwierdzeniem należytego wykazania spełnienia warunków udziału jest przekazanie Zamawiającemu odpowiednich protokołów odbioru wraz ze wszystkimi załącznikami, korespondencji z podmiotami, na rzecz których usługi były wykonywane, i tak, dla zadania:

1. Realizacja terenów zielonych w celu zagospodarowania otoczenia jazu w Lewinie Brzeskim oraz dla rekompensaty za wycięte drzewa i krzewy obejmująca dostawę, sadzenie i pielęgnacja roślin na terenach płaskich lub na skarpach w tym: drzewa liściaste - 637szt., krzewy liściaste - 9885 szb, drzewa iglaste-146 szt., krzewy iglaste -16 szt.

a. poświadczenie wystawione przez Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Opolu z dnia 1 lipca 2015r. potwierdzające jednoznacznie należyte wykonanie zamówienia dotyczącego umowy nr IRO/511/NZO/16/2016 z dnia 25.07.2013r. Poświadczenie wskazuje,

że zakres wykonanych robót obejmuje - dostawę, sadzenie i pielęgnację roślin (...) Wszystkie prace związane z przedmiotem zamówienia zostały wykonane zgodnie z warunkami umowy, należytą starannością i w wymaganym terminie.

b. protokół z dnia 7.06.2016r wskazujący, że zamianę materiału roślinnego z powodu problemów z utrzymaniem udatności oraz wskazujący korzystniejszą lokalizację. Konsekwencją wprowadzonych zmian było wydłużenie terminu realizacji umowy na dzień 30.12.2016. Ponadto wszelkie zmiany wprowadzone protokołem zostały wykonane.

c. pismo z Regionalnego Zarządu Gospodarki Wodnej w Opolu z dnia 08.05.2017r, wzywające nas do wykonania przeglądu gwarancyjnego nasadzeń drzew i krzewów - termin wyznaczono nadzień 16,17 maja 2017r.

d. protokół z przeglądu 16,17 maja 2017r. w treści którego w pkt 4 znajdują się odniesienia do szaty roślinnej. Odwołujący wyjaśnił, że Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Opolu sporządził jeden protokół odbioru łącznie dla sześciu umów dotyczących projektu pn. „Poprawa ochrony przeciwpowodziowej Lewina Brzeskiego na rzece Nysie Kłodzkiej” (na potwierdzenie tego faktu w uzupełnianej dokumentacji przedstawiono dwa pisma kierowane do firmy SKANSKA wskazujące termin odbioru identyczny jak dla umowy nr IRO/511/N20/16/2016), jednakże w pkt 1 odnosi się on również do jazu.

Zamawiający w treści wykluczenia stwierdził, iż cyt. *„Protokół przeglądu gwarancyjnego z dnia 07.06.2016 wprost wskazuje, że w czasie przeglądu stwierdzono braki materiału roślinnego zgodnie z załączoną tabelą (Wykonawca nie przedłożył rzeczonyj tabeli), natomiast termin uzupełnienia braków ustalono na dzień 30.12.2016, jednakże Wykonawca nie przedstawił dokumentów potwierdzających uzupełnienia braków i tym samym nie potwierdził należytego wykonania pielęgnacji zgodnie z zapisami SIWZ”*, jednakże ominął przedłożone przez Odwołującego kolejne protokoły.

Ponadto, Zamawiający w treści wykluczenia twierdzi, iż cyt. *„Natomiast protokół przeglądu gwarancyjnego z dnia 16.05.2017 wprost wskazuje, że w czasie przeglądu dokonano oględzin szaty roślinnej zgodnie z załącznikiem nr 5 (Wykonawca załącznika nie załączył), a ponadto stwierdzono że trzy drzewa wymagają ponownej wymiany, przy czym Wykonawca nie przedstawił dokumentów potwierdzających ich wymianę i tym samym nie potwierdził należytego wykonania pielęgnacji zgodnie z zapisami SIWZ”*.

Odwołujący podkreślił, że w dokumentacji przedłożonej wraz z protokołem z dnia 16.05.2017 są wszystkie załączniki, w tym również załącznik nr 5. Istotnym jest, iż protokół jednoznacznie stanowi, iż cyt. *„w dniu 17.05.2017 dokonano oględzin szaty roślinnej wykonanej w ramach projektu w obecności według załączonej listy (zał. nr 5)”*. Załącznik nr 5 - jest listą obecności osób, które w przeglądzie brały udział. Ponadto, pkt 3 stanowi, iż *„w trakcie przeglądu stwierdzono wady i usterki wyspecyfikowane w zał. Nr 3”* zaś wszystkie wady i usterki dotyczyły umów realizowanych przez Generalnego Wykonawcę - firmę SKANSKA

S.A. Odwołujący z ostrożności procesowej przedstawił w załączeniu kolejny protokół (z dnia 20 listopada 2017r.) dotyczący prac wykonywanych przez Generalnego Wykonawcę - firmę SKANSKA S.A. Warszawa dotyczący wykazanych w protokole z dnia 16, 17 maja 2017 usterek, w treści którego odwołania do wykazywanych przez Zamawiającego trzech świerków nie ma. Tym samym protokół ten potwierdza, iż GW usterkę usunął.

Mając na względzie powyższe, już dwie pierwsze pozycje wykazu pozwalały na uznanie, iż Odwołujący warunek spełnia. Natomiast wskazane w pozycji nr 3 oraz nr 4 kolejne usługi również pozwalały na potwierdzenie warunku udziału w zakresie części dotyczącej - co najmniej 1 (jednej) usługi, której zakres obejmował sadzenie drzew i krzewów w ilości każda minimum dla części (zadanie) nr 7 -120 szt. drzew oraz ich pielęgnacji w terenach zieleni miejskiej przez okres nie mniejszy niż 1,5 roku.

Przedstawione poświadczenie z dnia 15 maja 2015r. dotyczące poz. nr 3 - wystawione przez Generalnego Wykonawcę robót firmę SKANSKA S.A. wskazuje, iż Odwołujący w ramach zadania pn. „Poprawa ochrony przeciwpowodziowej Lewina Brzeskiego na rzece Nysie Kłodzkiej” wykonał m.in. nasadzenia drzew w ilości 934 szt. oraz nasadzenie krzewów w ilości 1 999 szt. wraz z pielęgnacją drzew liściastych i iglastych, jednocześnie potwierdzając, iż powyższe roboty zostały wykonane z należyta starannością oraz prawidłowo i terminowo wykonane.

Wykazana w poz. nr 4 usługa polegająca na sadzeniu drzew liściastych w ilości 248 sztuk zgodnie z decyzją Prezydenta Miasta Gliwice z dnia 18.06.2015 na działce nr 1 ibr. Kuźnica w Gliwicach - I Etap realizowanej na rzecz Huty Łabędy S.A. zgodnie z załączonymi referencjami oraz umową, potwierdza fakt, iż zakres obejmował i nasadzenia i pielęgnację (poświadczenie wystawione przez Hutę Łabędy S.A. z dnia 22 lutego 2017r.).

Odwołujący podkreślił, że przedstawił nie tylko usługi pozwalające na potwierdzenie warunku udziału, ale również w każdym przypadku poświadczenia potwierdzające należyte wykonanie zarówno nasadzeń, jak i pielęgnacji, dodatkowo protokoły odbioru, oświadczenia, umowy, pisma, z treści których wynika jednoznacznie, iż Odwołujący każde zamówienie realizuje z należyta starannością. Zatem, żadne z twierdzeń Zamawiającego zawarte w informacji o powtórny wykluczeniu nie może się ostać, bowiem Odwołujący wykazał, iż warunki określone w przedmiotowym postępowaniu spełnia.

Zamawiający, pismem z dnia 10 grudnia 2019 r. złożył odpowiedź na odwołanie. Wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający zakwestionował twierdzenia Odwołującego, że w dniu 14 listopada 2019 r. poinformował wykonawców uczestniczących w postępowaniu, w tym Odwołującego, iż uznaje zarzuty odwołania z dnia 8 listopada 2019 r. Zamawiający podkreślił, że nie składał

oświadczenia o uznaniu zarzutów ww. odwołania i takiego oświadczenia nie zawarł w treści informacji z dnia 14 listopada 2019 r.

Zamawiający wyjaśnił, że w rozdziale 9 ust. 2 pkt 3 pkt b) SIWZ dla części 7 wymagał wykazania się wykonaniem (a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywaniem) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, co najmniej 1 (jednej) usługi której zakres obejmował sadzenie drzew i krzewów w ilości każda minimum: Zadanie 7

- 120 szt. drzew i 4 000 szt. krzewów oraz ich pielęgnacji w terenach zieleni miejskiej przez okres nie mniejszy niż 1,5 roku.

Zamawiający dopuścił wykazanie ww. warunków udziału maksymalnie w dwóch zadaniach z zastrzeżeniem, że podane minimalne ilości drzew i krzewów nie mogą być dzielone na mniejsze ilości nasadzeń i pielęgnacji w ramach jednego zadania, lecz winna być zachowana ich minimalna ilość wskazana w ww. warunkach udziału.

Zgodnie z SIWZ— Rozdział 9:

„W celu potwierdzenia spełniania niniejszego warunku Zamawiający zgodnie z zapisami art. 26 ust. 1 u.p.z.p. wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni terminie, wykazu wykonanych robót sporządzony według wzoru stanowiącego załącznik nr 4 do niniejszej SIWZ. Wraz z załącznikiem nr 4 Wykonawca składa dowody określające, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa są referencje, bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów — oświadczenie wykonawcy.

W przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje, bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej, niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Zaleca się, aby przedkładane dokumenty potwierdzające, że wykonane przez Wykonawców usługi zostały wykonane należycie, zawierały co najmniej:

- a. wskazanie, że Wykonawca składający ofertę w niniejszym postępowaniu realizował usługi, których dokumenty dotyczą,
- b. wskazanie podmiotu, na rzecz którego realizowane były usługi,
- c. opinię podmiotu wskazanego powyżej w pkt. b stwierdzającą, że usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie (w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych)."

Zamawiający wyjaśnił, że pismem z dnia 14.10.2019 r. wezwał Odwołującego do złożenia w trybie art. 26 ust. 1 Pzp, dokumentów mających potwierdzić spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia określonych w rozdziale 9 ust. 2 pkt 3 pkt b) SIWZ dla części 7.

Odwołujący przedstawił dokumenty pismem z dnia 25.10.2019 r., jednakże w trakcie ich weryfikacji stwierdzono uchybienia, których zakres przedstawiono wykonawcy pismem z dnia 25.10.2019 r., a to że:

- Wykonawca przedłożył poświadczenie z dnia 01.07.2015r. dla zadania „Realizacja terenów zielonych w celu zagospodarowania otoczenia jazu w Lewinie Brzeskim oraz dla rekompensaty za wycięte drzewa i krzewy, zgodnie z obowiązkami wynikającymi z decyzji Starosty Brzeskiego” — lp. 2, z którego nie wynika kiedy ukończono nasadzenia drzew i kiedy nastąpił okres realizacji pielęgnacji nasadzeń drzew.

- Wykonawca załączył także zawiadomienia o terminie przeglądu gwarancyjnego dot. umowy IRO/511/NZO/16/2013 z dnia 25.07.2013r. oraz m in. „Protokół z przeglądu gwarancyjnego w ramach projektu pn.: „Poprawa ochrony przeciwpowodziowej Lewina Brzeskiego na rzece Nysie Kłodzkiej” w dniach 16 i 17.05.2017r.”. Z przedłożonego Protokołu nie wynika, że przegląd gwarancyjny obejmował przywołane przez wykonawcę zadanie „Realizacja terenów zielonych w celu zagospodarowania otoczenia jazu w Lewinie Brzeskim oraz dla rekompensaty za wycięte drzewa i krzewy, zgodnie z obowiązkami wynikającymi z decyzji Starosty Brzeskiego”. W protokole przywołana jest nazwa projektu „Poprawa ochrony przeciwpowodziowej Lewina Brzeskiego na rzece Nysie Kłodzkiej”.

- Nadto, z przedłożonych dokumentów nie wynika, jaki był okres pielęgnacji wykonanych nasadzeń, który obejmował wymagany okres min. 1,5 roku.

Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp, z jakich dokumentów wynika spełnienie warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale 9 ust. 2 pkt 3 lit. b SIWZ dla części 7, tj. zakresu, który obejmował pielęgnację nasadzeń w terenach zieleni miejskiej przez okres nie mniejszy niż 1.5 roku, a w przypadku niemożności odpowiedzi na zadane pytania - uzupełnienie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp dokumentów mających potwierdzić spełnienie powyższego warunku.

W odpowiedzi z dnia 28.10.2019 r. Odwołujący przedłożył nowe dokumenty mające potwierdzać spełnianie warunku udziału oraz złożył wyjaśnienia, zgodnie z którymi zadanie pn. „Realizacja terenów zielonych w celu zagospodarowania otoczenia jazu w Lewinie Brzeskim...” wskazane w lp. 2 Wykazu usług „polegało m.in. na dostawie, sadzeniu i pielęgnacji roślin na terenach płaskich lub na skarpach termin rozpoczęcia prac 22.11.2013 r. nasadzenia zakończone do dnia 25.05.2014 r. i od tego terminu rozpoczęła się pielęgnacja wykonanych nasadzeń trwająca 24 miesiące. W międzyczasie dokonana została zamiana materiału roślinnego z powodu problemów z utrzymaniem udatności na gatunki wskazane

w decyzji Starosty Brzeskiego (w załączeniu protokół z przeglądu gwarancyjnego potwierdzający dokonaną zamianę), wraz z tą zmianą wydłużony został okres pielęgnacji do 2017 roku.”

W trakcie weryfikacji dokumentów stwierdzono, że warunek dotyczący nasadzenia 4000 szt. krzewów wraz z ich pielęgnacją przez okres nie krótszy niż 1,5 roku został spełniony — lp. 1 zadanie pn. „Renowacja Alei Lipowej (strefa C) z gospodarką drzewostanem i szatą roślinną (strefa A i B). Jednocześnie Odwołujący nie potwierdził spełnienia warunku dotyczącego nasadzenia 120 szt. drzew wraz z ich pielęgnacją przez okres nie krótszy niż 1,5 roku.

1) Zadanie pn. „Renowacja Alei Lipowej (strefa C) z gospodarką drzewostanem i szatą roślinną (strefa A i B) — lp. 1 Wykazu usług

Dokumenty złożone na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 Pzp - protokół końcowy odbioru prac z 10.12.2018 r. dot. Umowy nr DOA-IV.273.70.2015 z dnia 22.10.2015 r. nie spełnia warunku dotyczącego nasadzenia 120 szt. drzew wraz z ich pielęgnacją przez okres nie krótszy niż 1,5 roku., gdyż zgodnie z oświadczeniem Odwołującego polegało na nasadzeniu jedynie 64 szt. drzew.

2) Zadanie pn, „Realizacja terenów zielonych w celu zagospodarowania otoczenia jazu w Lewinie Brzeskim...” wskazane w lp. 2 Wykazu usług

Odwołujący oświadczył w wykazie, iż przedmiot usługi obejmował dostawę, sadzenie i pielęgnację roślin na terenach płaskich lub na skarpach termin rozpoczęcia prac 22.11.2013 r. nasadzenia zakończone do dnia 25.06.2014 r. i od tego terminu rozpoczęła się pielęgnacja wykonanych nasadzeń trwająca 24 miesiące. W międzyczasie dokonana została zamiana materiału roślinnego z powodu problemów z utrzymaniem udatności na gatunki wskazane w decyzji Starosty Brzeskiego (w załączeniu protokół z przeglądu gwarancyjnego potwierdzający dokonaną zamianę), wraz z tą zmianą wydłużony został okres pielęgnacji do 2017 roku.

Na potwierdzenie należytego wykonania tych usług przedłożył dowody:

Dokumenty złożone na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 Pzp

- a) poświadczenie wystawione przez Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej we Wrocławiu z dnia 1 lipca 2015 r. potwierdzające należyte wykonanie umowy nr IRO/511/NZO/16/2016 z dnia 25.07.2013 r.
- b) pismo z Regionalnego Zarządu Gospodarki Wodnej we Wrocławiu z dnia 08.05.2017 r. dot. umowy nr IRO/511/NZO/16/2013 z dnia 25.07.2013r. dot. wyznaczenia przeglądu gwarancyjnego,
- c) pismo Regionalnego Zarządu Gospodarki Wodnej we Wrocławiu z dnia 08.05.2017 r. dot. umowy nr 40/1R/511/NZ-O/R/2010 z dnia 15.09.2010r. adresowane do SKANSKA S.A. dot. wyznaczenia przeglądu gwarancyjnego,

- d) pismo Regionalnego Zarządu Gospodarki Wodnej we Wrocławiu z dnia 08.05.2017 r. dot. umowy nr 40/1R/511/NZ-O/R/2010 z dnia 15.09.2010r., IRO/511/NZO/14/2013 dnia 05.06.2013r., IRO/511/NZO/31/2013 z dnia 17.12.2013r., IRO/511/NZO/21/2013 z dnia 27.08.2014r. adresowane do SKANSKA S.A. dot. wyznaczenia przeglądu gwarancyjnego,
- e) protokół z przeglądu gwarancyjnego 16, 17 maja 2017r. z załącznikami.
Dokument złożony na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp
- a) protokół z przeglądu gwarancyjnego z dnia 7.06.2016r dot. umowy nr IRO/511/NZO/16/2013 z dnia 25.07.2013r. bez załączonej tabeli dot. braków materiału roślinnego

Dokumenty złożone po terminie wyznaczonym przez Zamawiającego w wezwaniu w trybie art. 26 ust. 1 i 3 Pzp i z tego względu nieocenione przez Zamawiającego:

- a) protokół z przeglądu gwarancyjnego z dnia 7.06.2016r dot. umowy nr IRO/511/NZO/16/2013 z dnia „25.07.2013r. wraz z załączoną tabelą oraz pismo BILPOL — K. sp.k. z 28.11.2016 r. adresowane do RZGW we Wrocławiu - złożone jako załącznik do pierwszego odwołania,
- b) protokół z przeglądu gwarancyjnego z dnia 20.11.2017 r. wraz z załącznikami — złożony jako załącznik do pierwszego odwołania,
- c) poświadczenie PGW Wody Polskie Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej we Wrocławiu z dnia 22.11.2019 r. - złożony jako załącznik do drugiego odwołania.

Złożone w terminie dokumenty - uzupełniony Wykaz usług wraz z poświadczeniem RZGW z 01.07.2015 r., protokołem przeglądu gwarancyjnego, pismami dotyczącym tego przeglądu oraz wyjaśnieniami wykonawcy złożonymi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 4 Pzp nie potwierdzają spełnienia wymagania w zakresie pielęgnacji nasadzeń przez okres nie krótszy niż 1,5 roku, albowiem brak dowodu potwierdzającego należyte wykonanie usługi z poz. 2 Wykazu.

Protokół przeglądu gwarancyjnego z dnia 07.06.2016 wprost wskazuje, że w czasie przeglądu stwierdzono braki materiału roślinnego zgodnie z załączoną tabelą (nie przedłożono tabeli), natomiast termin uzupełnienia braków ustalono na dzień 30.12.2016, jednakże Wykonawca nie przedstawił dokumentów potwierdzających uzupełnienie braków i tym samym nie potwierdził należytego wykonania pielęgnacji zgodnie z SIWZ.

Poświadczenie RZGW z 01.07.2015 r. potwierdza jedynie należyte wykonanie zadania realizowanego w okresie od 22.11.2013 r. do 25.06.2014 r. Według wyjaśnień Odwołującego - złożonych na wezwanie w trybie art. 26 ust. 4 Pzp - dopiero od tej daty (25.06.2014) rozpoczęła się pielęgnacja wykonanych nasadzeń trwająca 24 miesiące. Przyjmując nawet, że poświadczenie z dnia 01.07.2015 r. miałyby również potwierdzać należyte wykonanie usług pielęgnacji po wskazanej w samym poświadczeniu dacie wykonywania zadania (od

22.11.2013 r. do 25.06.2014 r.), to i tak nie potwierdzałoby należytego wykonania usług pielęgnacji w okresie nie krótszym niż 1,5 roku, skoro samo poświadczenie zostało wystawione przed upływem 1,1 roku od wskazanej przez Odwołującego daty rozpoczęcia świadczenia usługi pielęgnacji. Poświadczenie nie może potwierdzać należytego wykonania pielęgnacji, która w dacie jego wydania jeszcze nie została zrealizowana.

Protokół przeglądu gwarancyjnego nie potwierdza realizacji usług pielęgnacji, a jedynie realizację obowiązków wynikających z udzielonej gwarancji na wykonane nasadzenia m.in. obowiązek dokonywania przeglądów gwarancyjnych.

W związku z powyższym, Odwołujący nie przedłożył żadnego dokumentu, który potwierdzałby, że ww. zadanie obejmowało tak jak podał Odwołujący w lp. 2 Wykazu usług 36 miesięczną pielęgnację oraz jej należyte wykonanie.

Odwołujący uzupełnił Wykaz usług o nowe zadania:

3) Zadanie „Poprawa ochrony przeciwpowodziowej Lewina Brzeskiego na rzece Nysie Kłodzkiej” wskazane w lp. 3 Wykazu usług

Wykonawca oświadczył w lp. 3 Wykazu usług, że „Zakres obejmował m.in. nasadzenia drzew w ilości 934 szt. oraz nasadzenie krzewów w ilości 1999 szt.”

Na potwierdzenie należytego wykonania usług przedłożył dowody:

Dokumenty złożone na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp

- a) Warunki Szczególne do umowy podwykonawczej nr 0013/E11209/1962/10,
- b) protokół z przeglądu gwarancyjnego 16, 17 maja 2017 r. z załącznikami,
- c) poświadczenie wystawione przez SKANSKA S.A. z dnia 15.05.2015 r. potwierdzające należyte wykonanie zamówienia dotyczącego umowy nr 0013/E11209/1962/10 z dnia 12.11.2010 r. wraz z aneksami nr 1 i 2.

Uzupełniony Wykaz usług wraz z poświadczeniem Skanska S.A. oraz protokołem przeglądu gwarancyjnego z dnia 16.05.2017 nie potwierdzają należytego wykonania nasadzeń 120 szt. drzew i ich pielęgnacji przez okres nie krótszy niż 1,5 roku. Poświadczenie Skanska S.A. z dnia 15.05.2015 r. potwierdza nasadzenie drzew form piennych i krzewów w ilości 2933 szt. (drzew 934 szt. zgodnie z informacją zawartą w zał. nr 4), jednakże nie potwierdza ich pielęgnacji.

Oświadczenie SKANSKA S.A. potwierdza jedynie należyte wykonanie nasadzenia drzew form piennych w okresie od 01.12.2010 r. do 20.11.2014 r. Nawet jeśli Odwołujący, zgodnie ze swoim oświadczeniem w lp. 3 Wykazu usług, świadczył dodatkowo usługi pielęgnacji tych nasadzeń w okresie 36 miesięcy do 2017 r. to przedmiotowe referencje tego nie potwierdzają.

Szczególne warunki do umowy podwykonawczej oraz protokół przeglądu gwarancyjnego nie potwierdzają należytego wykonania usług pielęgnacji, a co najwyżej

realizację obowiązków wynikających z udzielonej gwarancji na wykonane nasadzenia m.in. obowiązek dokonywania przeglądów gwarancyjnych.

W związku z powyższym, Odwołujący nie przedłożył dokumentu potwierdzającego, że ww. zadanie obejmowało świadczenie usług pielęgnacji nasadzonych drzew form piennych oraz jej należyte wykonanie.

4) Zadanie pn. „Sadzenie drzew liściastych w ilości 248 sztuk zgodnie z Decyzją Prezydenta Miasta Gliwice z dnia 18.06.2015 na działce nr 1 Obr. Kuźnica w Gliwicach — Etap I” - lp. 4 Wykazu usług

Odwołujący oświadczył w lp. 4 Wykazu usług: „Sadzenie drzew liściastych 248 szt.”

Na potwierdzenie należytego wykonania usług przedłożył dowody:

Dokumenty złożone na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp

a) poświadczenie wystawione przez Huta Łabędy S.A. z dnia 22.02.2017 r. potwierdzające należyte wykonanie części prac zgodnie z umową z dnia 12.10.2016 r. związanych z „Sadzeniem drzew liściastych w ilości 248 sztuk zgodnie z Decyzją Prezydenta Miasta Gliwice z dnia 18.06.2015 r. na działce nr 1 Obr. Kuźnica w Gliwicach — Etap I” w terminie realizacji od 12.10.2016 - 27.10.2016 r.

b) umowa z dnia 12.10.2016 r.

Dokumenty złożone jako załącznik do pierwszego odwołania (po terminie wyznaczonym w wezwaniu w trybie art. 26 ust. 1 i 3 Pzp)

a) poświadczenie wystawione przez Huta Łabędy S.A. z dnia 05.11.2019 r. potwierdzające należyte wykonanie części prac zgodnie z umową z dnia 12.10.2016 r. związanych z „Sadzeniem drzew liściastych w ilości 248 sztuk zgodnie z Decyzją Prezydenta Miasta Gliwice z dnia 18.06.2015 r. na działce nr 1 Obr. Kuźnica w Gliwicach — I Etap” w terminie realizacji sadzenia drzew od 12.10.2016 — 27.10.2016 r. oraz okresem pielęgnacji nasadzonego materiału roślinnego — 36 miesięcy

Zamawiający stwierdził, że złożone w terminie dokumenty - uzupełniony Wykaz usług wraz z poświadczeniem Huta Łabędy S.A. z 22.02.2017 r. oraz protokołem przeglądu gwarancyjnego z dnia 16.05.2017 nie potwierdzają należytego wykonania nasadzeń 120 szt. drzew i ich pielęgnacji przez okres nie krótszy niż 1,5 roku. Termin realizacji prac obejmował okres od 12.10.2016 do 27.10.2016 i dotyczy wykonania samego nasadzenia drzew (etapu I). W umowie wskazano, że nasadzenia drzew w ilości 248 szt. będą pielęgnowane w kolejnym etapie przez okres 3 lat (etap III- IV), jednakże umowa nie stanowi dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie umowy i tym samym Wykonawca nie potwierdził należytego wykonania pielęgnacji 248 szt. drzew przez okres nie krótszy niż roku.

Przyjmując nawet, że poświadczenie z dnia 22.02.2017 r. miałyby potwierdzać wykonanie usług pielęgnacji po wskazanej dacie 27.10.2016 r., to i tak nie mogłoby

potwierdzać należytego wykonania usług pielęgnacji przez okres nie krótszy niż 1,5 roku, a więc usług, które w dacie jego wydania jeszcze nie zostały zrealizowane.

Zamawiający podkreślił, że część dokumentów stanowiących załącznik do odwołania, przedłożonych przez Odwołującego jako dowód mający potwierdzać wykonanie usług pielęgnacji, a więc potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu, zostało przedstawionych Zamawiającemu po upływie terminów wyznaczonych w wezwaniach w trybie art. 26 ust. 1 i 3 Pzp, dlatego też nie mogły być przedmiotem oceny Zamawiającego i powinny zostać pominięte.

Ponadto, treść oświadczenia Odwołującego złożonego w Wykazie usług, wbrew twierdzeniom wykonawcy, nie potwierdza należytego wykonania pielęgnacji nasadzeń, albowiem nie wynika to z jego treści. Takie oświadczenie własne wykonawcy nie zostało przez Odwołującego złożone. Odwołujący nie wnosił także o przedłużenie terminu na składanie dokumentów jak i nie sygnalizował żadnych problemów z ich pozyskaniem od podmiotów na rzecz których świadczył usługi wymienione w Wykazie usług.

Z uwagi na powyższe Zamawiający stwierdził, że Odwołujący, składając dokumenty na wezwanie z art. 26 ust. 1 i 3 Pzp w terminie tam wskazanym nie potwierdził spełnienia wymagania w zakresie pielęgnacji nasadzeń przez okres nie krótszy niż 1,5 roku, albowiem nie przedstawił dowodu potwierdzającego należyte wykonanie zamówienia. Zamawiający nie mógł powtórnie wezwać wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, zatem prawidłowo wykluczył go z postępowania w części 7 na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 12 Pzp. W rezultacie oferta Odwołującego w części 7 została uznana za odrzuconą zgodnie z art. 24 ust. 4 Pzp. Tym samym nie doszło do naruszenia art. 91 i art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt. 12 w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do art. 179 ust. 1 Pzp.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt. 12 Pzp, zamawiający ma obowiązek wykluczyć z postępowania wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu. W przypadku wykluczenia wykonawcy oferta podlega uznaniu za odrzuconą na podstawie

art. 24 ust. 4 Pzp.

W rozpoznawanej sprawie nie były sporne pomiędzy stronami okoliczności dotyczące treści wymagań Zamawiającego określonych w ramach warunków udziału w postępowaniu ani też zakres i treść dokumentów złożonych przez Odwołującego w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, określone w SIWZ. Spór dotyczył sposobu oceny złożonych dokumentów przez Zamawiającego w kontekście warunku udziału w postępowaniu, określonego w treści rozdziału 9 ust. 2 pkt 3 lit b) SIWZ dla części 7. W ramach tego warunku Zamawiający wymagał wykonania (a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanej) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, co najmniej 1 (jednej) usługi, której zakres obejmował sadzenie drzew i krzewów w ilości każda minimum dla części (zadanie) nr 7 - 120 szt. drzew i 4.000 szt. krzewów oraz ich pielęgnacji w terenach zieleni miejskiej przez okres nie mniejszy niż 1,5 roku.

Zamawiający dopuścił wykazanie ww. warunków udziału w postępowaniu w częściach 1-7 w maksymalnie dwóch zadaniach z zastrzeżeniem, że podane minimalne ilości drzew i krzewów nie mogą być dzielone na mniejsze ilości nasadzeń i pielęgnacji w ramach jednego zadania, lecz winna być zachowana ich minimalna ilość wskazana w ww. warunkach udziału.

W celu wykazania spełniania powyższego warunku udziału w postępowaniu Zamawiający wymagał złożenia wykazu usług oraz dokumentów potwierdzających ich należyte wykonanie. Zamawiający jednoznacznie określił w SIWZ minimalny zakres informacji wymaganych w dokumentach potwierdzających należyte wykonanie usług, tj.:

- wskazanie, że dany wykonawca realizował usługi, których dokumenty dotyczą,
- wskazanie podmiotu, na rzecz którego realizowane były usługi,
- opinię ww. podmiotu stwierdzającą, że usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Nie budzi żadnych wątpliwości Izby fakt, że treść oświadczenia składanego przez wykonawcę w wykazie i w referencjach nie musi być identyczna, bowiem cel i rola tych dokumentów jest inna. Referencje często w praktyce nie są wystawiane na potrzeby danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zatem ich treść nie musi w pełni odpowiadać treści postawionego warunku udziału w danym postępowaniu. Należy jednak podkreślić, że składane dokumenty na potwierdzenie należytego wykonania określonych umów lub zamówień muszą zawierać treść spójną z treścią złożonego przez wykonawcę wykazu (te same nazwy zamówień, okresy realizacji oraz taki sam zakres), aby była możliwa identyfikacja wskazanych zadań. Jednocześnie zauważyć należy, że wszelkie nieścisłości i wątpliwości wynikające z niespójności treści tych dokumentów muszą być przez Zamawiającego wyjaśnione i ocenione, gdyż Zamawiający nie może samodzielnie domyślać się faktów, które nie zostały wprost wskazane w przedłożonych przez wykonawcę

dokumentach. Obowiązek i ciężar jednoznacznego wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego spoczywa na wykonawcy.

W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący przedstawił na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 Pzp Wykaz usług (zgodnie z wzorem Załącznika nr 4), w treści którego wskazał dwie usługi:

Poz. 1. Renowacja Alei Lipowej (strefa c) z gospodarką drzewostanem i szatą roślinną (strefa a i b) obejmującej sadzenie wraz z pielęgnacją (36 miesięcy) w tym min: drzew w ilości 64 szt., krzewów w ilości 5579 szt. oraz pnączy, bylin.

Poz. 2. Realizacja terenów zielonych w celu zagospodarowania otoczenia jazu w Lewinie Brzeskim oraz dla rekompensaty za wycięte drzewa i krzewy obejmująca dostawę, sadzenie i pielęgnacja roślin na terenach płaskich lub na skarpach w tym: drzewa liściaste - 637szt., krzewy liściaste - 9885 szt., drzewa iglaste -146 szt., krzewy iglaste -16 szt.

Pozycja 1 Wykazu została uznana przez Zamawiającego za spełniającą warunek w zakresie usługi nasadzeń i pielęgnacji krzewów. Pozycja 2 była oceniana zatem w kontekście spełnienia pozostałej części warunku, tj. w zakresie nasadzeń 120 drzew i ich pielęgnacji w okresie min. 1,5 roku.

Na potwierdzenie należytego wykonania usługi wskazanej w pozycji 2 Odwołujący przedłożył poświadczenie z dnia 01.07.2015 r. wystawione przez Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej we Wrocławiu z dnia 1 lipca 2015 r. potwierdzające należyte wykonanie umowy nr IRO/511/NZO/16/2016 z dnia 25.07.2013 r. na zadanie „Realizacja terenów zielonych w celu zagospodarowania otoczenia jazu w Lewinie Brzeskim oraz dla rekompensaty za wycięte drzewa i krzewy, zgodnie z obowiązkami wynikającymi z decyzji Starosty Brzeskiego” zrealizowane w okresie od 22.11.2013 r. do 25.06.2014 r. Poświadczenie to potwierdza należyte wykonanie usługi w zakresie nasadzeń drzew w wymaganej ilości lecz nie potwierdza ani wykonania, ani tym bardziej należytego wykonania usługi pielęgnacji drzew, a zgodnie z oświadczeniem Odwołującego zawartym w Wykazie, miała ona trwać po zakończeniu ww. umowy, tj. od 25.06.2014 r. przez okres 24 miesięcy, a po aneksowaniu umowy – przez okres 36 miesięcy, do 2017 r. Nawet gdyby uznać, że powyższe poświadczenie miałoby również potwierdzać należyte wykonanie usług pielęgnacji, to i tak nie potwierdzałoby należytego wykonania tych usług w okresie nie krótszym niż 1,5 roku, skoro poświadczenie zostało wystawione przed upływem 1,5 roku od wskazanej przez Odwołującego daty rozpoczęcia świadczenia usługi pielęgnacji.

Przedłożony przez Odwołującego „Protokół z przeglądu gwarancyjnego w ramach projektu pn.: „Poprawa ochrony przeciwpowodziowej Lewina Brzeskiego na rzece Nysie Kłodzkiej” w dniach 16 i 17.05.2017r.” z dnia 16.05.2017 r. zawiera w pkt 4 lakoniczną informację, że w dniu 17.05.2019 r. dokonano oględzin szaty roślinnej wykonanej w ramach projektu „Poprawa ochrony przeciwpowodziowej Lewina Brzeskiego na rzece Nysie Kłodzkiej”.

Nawet zatem jeśli przyjąć, że ww. protokół przeglądu gwarancyjnego dotyczy umowy IRO/511/NZO/16/2013 z dnia 25.07.2013r., co nie wynika wprost z tego protokołu, to brak jest jakichkolwiek podstaw do przyjęcia, że zawiera on potwierdzenie należytego wykonania tej umowy w zakresie pielęgnacji drzew.

Podsumowując należy stwierdzić, że przedłożone przez Odwołującego na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 Pzp dokumenty w odniesieniu do pozycji 2 Wykazu nie potwierdzają należytego wykonania usługi pielęgnacji drzew.

Biorąc powyższe pod uwagę, Zamawiający prawidłowo wezwał Odwołującego do przedstawienia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp dotyczących złożonych dokumentów w kontekście warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale 9 ust. 2 pkt 3 lit. b SIWZ dla części 7. Zamawiający dodatkowo pouczył Odwołującego, że w przypadku niemożności odpowiedzi na zadane pytania – wzywa do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp dokumentów mających potwierdzić spełnienie powyższego warunku.

Powyższe wezwanie, jako czynność dokonana przez Zamawiającego w postępowaniu mogła podlegać weryfikacji w trybie postępowania odwoławczego, jednak Odwołujący nie zakwestionował tej czynności. Tym samym należy przyjąć, że Odwołujący uznał wezwanie za uzasadnione i zgodnie z ww. wezwaniem uzupełnił dokumenty, w tym przedłożył nowy Wykaz usług, poszerzony o dwie nowe usługi oraz dokumenty mające potwierdzać należyte wykonanie wskazanych usług.

W wyjaśnieniach z dnia 28.10.2019 r. Odwołujący potwierdził, że okres pielęgnacji nasadzeń wykonanych w ramach zadania „Realizacja terenów zielonych w celu zagospodarowania otoczenia jazu w Lewinie Brzeskim oraz dla rekompensaty za wycięte drzewa i krzewy, zgodnie z obowiązkami wynikającymi z decyzji Starosty Brzeskiego” rozpoczął się od dnia 25.06.2014 r. i trwał 24 miesiące wg. umowy, ale został przedłużony do 2017 r. na skutek zamiany materiału roślinnego z powodu problemów z utrzymaniem udatności na gatunki wskazane w decyzji Starosty Brzeskiego wraz z tą zmianą. Odwołujący dodatkowo przedstawił Protokół z przeglądu gwarancyjnego z dnia 7.06.2016 r. dot. umowy nr IRO/511/NZO/16/2013 z dnia 25.07.2013 r. dotyczący braków materiału roślinnego. Protokół ten wskazuje, że w czasie przeglądu stwierdzono braki materiału roślinnego i wskazano termin uzupełnienia tych braków, natomiast dokument potwierdzający uzupełnienie braków i tym samym należyte wykonanie pielęgnacji nie został przez Odwołującego złożony.

W związku z powyższym należało uznać, że Odwołujący nie przedłożył dokumentu, który potwierdzałby, że ww. zadanie wskazane w pozycji 2 Wykazu usług, które obejmowało, tak jak podał Odwołujący w treści Wykazu, 36 miesięczną pielęgnację drzew zostało należycie wykonane.

W odniesieniu do zadania „Poprawa ochrony przeciwpowodziowej Lewina Brzeskiego na rzece Nysie Kłodzkiej” wskazanego w pozycji 3 uzupełnionego Wykazu usług Odwołujący

oświadczył, że zadanie to było realizowane w okresie od 1.12.2010 r. do 20.11.2014 r. „Zakres obejmował m.in. nasadzenia drzew w ilości 934 szt. oraz nasadzenie krzewów w ilości 1999 szt.” Odwołujący jednocześnie oświadczył w Wykazie, że nasadzenia zostały wykonane w 2014 r. do 20.11.2014r., a usługi pielęgnacji trwały przez okres 36 miesięcy do 2017 r.

Na potwierdzenie należytego wykonania ww. zadania Odwołujący przedłożył poświadczenie wystawione przez SKANSKA S.A. z dnia 15.05.2015 r. potwierdzające należyte wykonanie zamówienia dotyczącego umowy nr 0013/E11209/1962/10 z dnia 12.11.2010 r. wraz z aneksami nr 1 i 2. Powyższe poświadczenie potwierdza nasadzenie drzew form piennych i krzewów w ilości 2933 szt. (drzew 934 szt. zgodnie z informacją zawartą w zał. nr 4) jednakże nie potwierdza ich pielęgnacji (pkt 8 poświadczenia). Nawet jeśli uznać, że Odwołujący, zgodnie ze swoim oświadczeniem w pozycji 3 Wykazu usług, wykonywał dodatkowo usługi pielęgnacji tych nasadzeń w okresie 36 miesięcy do 2017 r., to przedstawione poświadczenie tego faktu nie potwierdza, gdyż zostało wystawione w maju 2015 r., tj. ok. 6 miesięcy po zakończeniu ww. umowy.

Szczególne warunki do umowy podwykonawczej nr 0013/E11209/1962/10 oraz protokół przeglądu gwarancyjnego z 16.05.2017 r. z załącznikami nie stanowią potwierdzenia należytego wykonania usług pielęgnacji drzew, natomiast Protokół przeglądu gwarancyjnego z dnia 16.05.2017 r. potwierdza jedynie dokonanie oględzin: „w dniu 17.05.2017 dokonano oględzin szaty roślinnej wykonanej w ramach projektu w obecności według załączonej listy (zał. nr 5)”, ale nie stwierdza należytego wykonania usług.

Odwołujący dopiero wraz z odwołaniem przedstawił kolejny protokół dotyczący prac wykonywanych przez Generalnego Wykonawcę - firmę SKANSKA S.A. Warszawa z dnia 20 listopada 2017 r. dotyczący wykazanych w protokole z dnia 16, 17 maja 2017 r. usterek, jednak dokument ten należało uznać za spóźniony w świetle wezwań dokonanych przez Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1, ust. 3 i ust. 4 Pzp.

W związku z powyższym należało stwierdzić, że Odwołujący nie przedłożył w wymaganym terminie dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie usług pielęgnacji drzew form piennych w ramach ww. umowy wskazanej w pozycji 3 Wykazu usług.

Zadanie wskazane w pozycji 4 Wykazu usług pn. „Sadzenie drzew liściastych w ilości 248 sztuk zgodnie z Decyzją Prezydenta Miasta Gliwice z dnia 18.06.2015 na działce nr 1 ibr. Kuźnica w Gliwicach — Etap I” obejmowało, według oświadczenia Odwołującego, sadzenie drzew w okresie od 12.10.2016 r. do 27.10.2016 r. oraz pielęgnację w okresie 36 miesięcy.

Na potwierdzenie należytego wykonania ww. usług Odwołujący przedłożył poświadczenie wystawione przez Huta Łabędy S.A. z dnia 22.02.2017 r. Dokument ten potwierdza należyte wykonanie części prac związanych z „Sadzeniem drzew liściastych w ilości 248 sztuk zgodnie z Decyzją Prezydenta Miasta Gliwice z dnia 18.06.2015 r. na działce nr 1 Obr. Kuźnica w Gliwicach — Etap I” w terminie realizacji od 12.10.2016 - 27.10.2016 r.

Jak wynika z treści tego poświadczenia - nie potwierdza ono należytego wykonania usług pielęgnacji, gdyż dotyczy wykonania samego nasadzenia drzew. W umowie przedstawionej przez Odwołującego wskazano, że nasadzenia drzew w ilości 248 szt. będą pielęgnowane w kolejnym etapie przez okres 3 lat (etap III- IV), jednakże nie można uznać, że umowa stanowi dokument potwierdzający należyte wykonanie zadania, a nawet gdyby przyjąć, że poświadczenie z dnia 22.02.2017 r. miałyby potwierdzać wykonanie usług pielęgnacji po wskazanej dacie 27.10.2016 r., to i tak nie mogłoby potwierdzać należytego wykonania usług pielęgnacji, które w dacie jego wydania jeszcze nie zostały zrealizowane.

Dodatkowo należy podkreślić, że dokumenty złożone przez Odwołującego po terminie wyznaczonym przez Zamawiającego w wezwaniu w trybie art. 26 ust. 1 i 3 Pzp, tj. przedłożone w załączeniu do odwołania wniesionego w dniu 8.11.2019 r. oraz załączone do odwołania w niniejszej sprawie nie podlegały ocenie w kontekście wykazania przez Odwołującego spełniania warunków udziału w postępowaniu, jako spóźnione, bowiem w postępowaniu odwoławczym ocenie Izby podlega czynność (decyzja) Zamawiającego podjęta w oparciu o dokumenty złożone Zamawiającemu na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 i 3 Pzp w toku prowadzonego postępowania, bowiem to na tamtym etapie Odwołujący był zobowiązany wykazać spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Izba wzięła pod uwagę także fakt, że w danym stanie faktycznym Odwołujący nie złożył oświadczenia własnego co do należytego wykonania usług wskazanych w Wykazie stosownie do brzmienia § 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. poz. 1126), tj. oświadczenia, które może złożyć sam wykonawca w przypadku gdy z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie był w stanie uzyskać poświadczenia od odbiorcy usług. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, Wykaz usług jest oświadczeniem wykonawcy o wykonaniu danych usług, a nie oświadczeniem o należyтым wykonaniu tych usług. Wobec powyższego Wykaz usług nie zastępuje i nie może zastępować dokumentu wymaganego dla potwierdzenia należytego ich wykonania.

Z uwagi na powyższe należało stwierdzić, że składając dokumenty na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 i 3 Pzp Odwołujący nie potwierdził spełnienia wymagania w zakresie należytego wykonania pielęgnacji nasadzeń przez okres nie krótszy niż 1,5 roku. Wobec wyczerpania procedury wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów, Zamawiający w konsekwencji prawidłowo wykluczył Odwołującego z postępowania w części 7 na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 12 Pzp. W rezultacie tej czynności oferta Odwołującego w części 7 została uznana za odrzuconą zgodnie z art. 24 ust. 4 Pzp. Tym samym nie doszło do naruszenia przepisów art. 91 i art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt. 12 w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

.....