Sygn. akt KIO 866/20

WYROK

z dnia 26 czerwca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk
Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 czerwca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 kwietnia 2020 r. przez wykonawcę AG-COMPLEX Sp. z o.o. w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego PL.2012+ Sp. z o.o. w Warszawie
przy udziale wykonawcy M. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą BAOBAB M. B. w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża AG-COMPLEX Sp. z o.o. w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez AG-COMPLEX Sp. z o.o. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący: .....

Sygn. akt KIO 866/20

Uzasadnienie

Zamawiający - PL.2012+ Sp. z o.o. w Warszawie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest bieżąca pielęgnacja i utrzymanie zieleni wraz z konserwacją instalacji podlewania terenów zielonych oraz konserwacją małej architektury w otoczeniu PGE Narodowego w Warszawie. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 521700-N-2020 18 marca 2020 r. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W związku z przesłaniem przez zamawiającego 17 kwietnia 2020 r. informacji o wyniku postępowania 22 kwietnia 2020 r. wykonawca AG-COMPLEX Sp. z o.o. w Warszawie. Zachowany

został termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 91 ust. 1 Pzp oraz w zw. z art. 7 ust 1 Pzp przez dokonanie wyboru oferty wykonawcy

M. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą BAOBAB M. B. w Warszawie jako najkorzystniejszej, podczas gdy to oferta odwołującego jest ofertą najkorzystniejsza;

2. art. 26 ust. 3 Pzp przez zaniechanie wezwania M. B. do złożenia wykazu usług wraz z dokumentami, potwierdzającymi należyte wykonanie zamówień w sytuacji gdy z treści przedstawionych dokumentów w sposób jednoznaczny wynika, że warunek nie jest spełniony, względnie;

3. art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp przez zaniechanie wykluczenia M. B. i odrzucenia oferty z uwagi na to że wykonawca nie potwierdził spełnienia warunku

udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej (doświadczenie, wykaz usług).

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert przez ponowną ocenę ofert, wezwanie M. B. do uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy nowego wykazu usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie. Alternatywnie wniósł o wykluczenie M.B. i odrzucenie oferty złożonej przez M.B. oraz dokonanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. Ponadto odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej jako: „SIWZ", ogłoszenia o zamówieniu, informacji z otwarcia ofert, oferty M. B., dokumentów złożonych przez M. B. w toku postępowania, informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty.

W uzasadnieniu odwołujący stwierdził, że zamówienia wskazane przez M.B. nie spełniają warunku opisanego przez zamawiającego. Zamówienie wykonywane na rzecz Polskich Sieci Energetycznych S.A. z siedzibą w Konstancinie-Jeziornej polega na realizacji usługi z zakresu utrzymania terenów biologicznie aktywnych, które to tereny nie są parkiem. Zgodnie z definicją legalną zawartą w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z 12.04.2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie pojęcie „powierzchni terenu biologicznie czynnej" rozumieć należy grunt rodzimy pokryty roślinnością oraz wodę powierzchniową na działce budowlanej, a także 50% sumy nawierzchni tarasów i stropodachów, urządzonych jako stałe trawniki lub kwietniki na podłożu zapewniającym ich naturalną wegetację, o powierzchni nie mniejszej niż 10 m^2. Zdaniem odwołującego park to teren rekreacyjny, przeważnie z dużą ilością flory, w tym często zadrzewiony. W miastach ma charakter dużego, swobodnie ukształtowanego ogrodu z alejami spacerowymi, zatem nie każdy teren biologicznie czynny jest parkiem.

Odwołujący zarzucił, że zamówienie realizowane na rzecz R. C. również nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Nie jest wiadome, czy park stanowi własność osoby fizycznej, czy zamówienie to jest realizowane w charakterze podwykonawcy, a park stanowi własność innej osoby fizycznej lub prawnej. Ponadto nie jest wiadomo, czy prywatny obiekt może być nazwany samowolnie parkiem i obejmuje prace polegające na wykonywaniu usług utrzymania parków o powierzchni każdorazowo nie mniejszej niż 3 ha, na których występują drzewa (min. 100 sztuk każdorazowo), krzewy, trawniki (min. 1 ha każdorazowo) jako zamówienia tożsamego z zamówieniem objętym przedmiotem przetargu, a polegającym na pielęgnacji zieleni na terenie publicznym jakim jest Stadion Narodowy. Parki bowiem są obiektami, które występują w przestrzeni publicznej, a nie prywatnej. Odwołujący wywiódł, że obiekt typu park nie odpowiada prywatnym terenom urządzonym przez właściciela. W ten sposób właściciel każdego domu jednorodzinnego może nazwać swój teren zielony przed domem parkiem.

Ponadto zgodnie z przepisami Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, dalej jako "rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów" w przypadku zamówień o charakterze ciągłym (w trakcie realizacji) dokumenty potwierdzające realizację zamówień powinny być wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. Przedstawione przez M. B. referencje zostały wystawione 20 grudnia 2019 r. i były ważne do 20 marca 2020 r., podczas gdy termin składania ofert upłynął 3 kwietnia 2020 r.

Wykonawca M. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą BAOBAB M. B. w Warszawie w terminie przewidzianym ustawą przystąpił do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego z zachowaniem obowiązku przekazania kopii zgłoszenia przystąpienia. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania i o uwzględnienie odwołania.

Zamawiający pismem z 5 maja 2020 r. uwzględnił w całości zarzuty odwołania, w związku z czym M. B. pismem z 7 maja 2020 r. wniósł sprzeciw.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której strony i uczestnik podtrzymali dotychczasowe stanowiska. Odwołujący cofnął zarzut dotyczący zaniechania wykluczenia M. B. i odrzucenia jego oferty, w związku z czym zarzuty te nie były rozpoznawane.

Izba ustaliła, co następuje:

W pkt 12 ppkt 1.2 lit. c) SIWZ zamawiający ustalił, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie - zrealizowali (lub są w trakcie realizacji, od co najmniej 12 miesięcy), co najmniej 2 zamówienia polegające na sukcesywnym (przez okres minimum 12 miesięcy) wykonywaniu usług utrzymania parków o powierzchni każdorazowo nie mniejszej niż 3 ha, na których występują drzewa (min. 100 sztuk każdorazowo), krzewy, trawniki (min. 1 ha każdorazowo)".

W pkt 16 ppkt 3 lit. b SIWZ zamawiający wskazał, że wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 5 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia następujących oświadczeń lub dokumentów w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu: wykazu wykonanych a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych usług wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane oraz załączeniem dowodów czy zostały lub są wykonywane należycie, na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu jaki został określony w pkt 12.1.1.2c SIWZ.

W postępowaniu oferty złożyli wykonawcy z cenami odpowiednio:

1. GLK Sp. z o.o. - 723.114 zł;

2. M. B. - 719.556 zł;

3. AG - Complex Sp. z o.o. - 848.887,42 zł.

Zamawiający najwyżej ocenił ofertę M. B. i 9 kwietnia 2020 r. stosownie do pkt 16 ppkt 3 lit. b SIWZ wezwał go w trybie art. 26 ust. 2 Pzp do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. W odpowiedzi M. B. 15 kwietnia 2020 r. złożył wykaz usług wraz z referencjami.

Wykaz obejmował realizację dwóch zamówień.

Pierwsze z nich jest wykonywane dla Polskich Sieci Energetycznych S.A. w Konstancinie-Jeziornej i polega na realizacji usługi z zakresu utrzymania terenów biologicznie aktywnych, parku o pow. powyżej 3 ha, drzewa powyżej 100 szt., trawniki o pow. powyżej 1 ha, krzewy min. 1 ha. Potwierdzeniem wykonania usługi jest referencja z 25 lutego 2020 r. stwierdzająca, że M. B. od dnia 1 grudnia 2018 r. (termin zakończenia umowy to 30 listopada 2021 r), świadczy usługi z zakresu

utrzymania terenów biologicznie aktywnych oraz pielęgnacji roślin w budynkach siedziby. Realizacja

prac wynikających z ww. kontraktu przebiegała bez zastrzeżeń. Prace związane zarówno z utrzymaniem i pielęgnacją ok. 26.000 m^2, 250 drzew, 20.000 krzewów i 15.000 bylin jak i pielęgnacją ok. 1.100 roślin doniczkowych wykonywane były w sposób gwarantujący optymalne warunki wegetacji roślin oraz zapewniający ich estetyczny i zdrowy wygląd. Szczegółowy zakres prac stanowiących przedmiot umowy obejmował m.in. nawadnianie terenów zewnętrznych, zasilanie roślin, bieżące usuwanie chwastów, koszenie, areację i werykulację trawników, wykonywanie cięć (pielęgnacyjnych i kształtujących) drzew i krzewów, bieżące zwalczanie szkodników i chorób roślin.

Druga z przedstawionych umów jest wykonywana na rzecz R. C. i polega na pielęgnacji zieleni na terenie parku o pow. 6 ha w Wólce Prackiej przy ul. Skowronków 14, drzewa powyżej 100 szt., trawniki o pow. 3 ha, krzewy min. 1 ha. W referencji z 20 grudnia 2019 r. stwierdzono, że prace ogrodnicze wykonywane od 1 marca 2018 r. obejmują pielęgnację zieleni wysokiej i niskiej w tym koszenie trawników o pow. 3,8 ha, cięcia korygujące drzew (powyżej 250 szt.), cięcia krzewów (powyżej 600 szt). oraz całosezonową konserwację automatycznego systemu nawadniania zieleni.

Prace są realizowane zgodnie ze sztuką ogrodniczą i budowlaną, sumiennie i terminowo

17 kwietnia 2020 r. zamawiający poinformował o wyborze oferty złożonej przez M.B. w związku z czym zostało wniesione odwołanie.

Opisanych ustaleń Izba dokonała na podstawie dowodów z dokumentów w postaci: SIWZ, ogłoszenia o zamówieniu, informacji z otwarcia ofert, oferty M. B., wymienionych dokumentów złożonych przez M. B. w toku postępowania, informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą oraz nieuzyskania zamówienia.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Rozstrzygnięcie zarzutów odwołania wymaga wykładni warunku udziału w postępowaniu opisanego pkt 12 ppkt 1.2 lit. c) SIWZ w kontekście użytego w nim określenia park. Zdaniem odwołującego park to teren rekreacyjny, przeważnie z dużą ilością flory, w tym często zadrzewiony. W miastach ma charakter dużego, swobodnie ukształtowanego ogrodu z alejami spacerowymi. Teren ten powinien być publicznie dostępny.

Izba nie podzieliła tego poglądu. Pojęcie park nie posada definicji legalnej, a w potocznym rozumieniu nie jest odnoszone wyłącznie do rekreacyjnych terenów zielonych. Definicja, którą próbował sformułować odwołujący, może mieć zastosowanie do parków miejskich. Tymczasem park, może być przykładowo parkiem dworskim, przyległym do obiektu zabytkowego, terenem o innym

charakterze i dostępności niż park miejski. Pojęcie park używane jest również w odmiennych kontekstach, przykładowo: park sportowy, park archeologiczny, park architektoniczny.

Brak definicji ustalonej w przepisach oraz różnica w zastosowaniach pojęcia park nakazuje zwrócenie się w kierunku brzmienia SIWZ. Izba uznała, że w pkt 12 ppkt 1.2 lit. c) SIWZ zamawiający sformułował własną definicję pojęcia park na potrzeby postępowania o udzielenie zamówienia. We wskazanym postanowieniu SIWZ zamawiający wymagał, aby powierzchnia utrzymywanego parku była nie mniejsza niż 3 ha, występowały na niej drzewa (minimum 100 sztuk każdorazowo), krzewy, trawniki (minimum 1 ha każdorazowo). Uznać zatem należy, że za park w rozumieniu SIWZ należy uznać teren o opisanej charakterystyce. Lektura wykazu i referencji złożonych przez przystępującego prowadzi do przekonania, że utrzymywane przez niego tereny zielone posiadają wymienione cechy, zatem powinny być uznane za park. Kwestia dostępności tego terenu dla osób postronnych lub publicznej dostępności nie była wskazana w opisie warunku, zatem nie może stać się podstawą oceny. Warunki udziału w postępowaniu podlegają wprawdzie wykładni, jednak wykładnia ta nie może polegać na dopisaniu cechy usługi referencyjnej, która nie była wskazana w opisie dokonanym przez zamawiającego.

Brak jest zatem podstaw do wezwania przystępującego do złożenia wykazu usług, w którym wskazane zostałyby nowe usługi, skoro wykonywane zamówienia spełniają wymagania zamawiającego.

Izba nie dopatrzyła się konieczności nakazywania zamawiającemu wezwania przystępującego do złożenia nowej referencji poświadczającej należyte wykonanie usługi na rzecz Pana R.C..

§ 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów stanowi, że zamawiający może żądać wykazu dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub 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.

Z przepisu tego wynika zatem, że 3 miesięczny okres ważności referencji dotyczy po pierwsze świadczeń okresowych lub ciągłych, po drugie świadczenia te powinny być nadal wykonywane. Wnioskując z przeciwieństwa należy dojść do przekonania, że ustawodawca dopuszcza wykazanie należytego wykonania usług nie będących usługami okresowymi lub ciągłymi przez złożenie dokumentu z datą wcześniejszą niż 3 miesiące przed upływem terminu

składania ofert.

Należy zatem ustalić, czy usługa polegająca na sukcesywnym (przez okres minimum 12 miesięcy) wykonywaniu usług utrzymania parków może być uznana za świadczenie ciągłe. Okoliczność, że nie jest to świadczenie okresowe nie jest kwestionowana przez odwołującego, który wskazywał jedynie, że usługa w trakcie realizacji ma ona charakter ciągły.

Izba nie zgodziła się z tym poglądem. Ustawa Pzp nie definiuje pojęcia świadczenia ciągłego, zatem zgodnie z art. 14 Pzp zastosowanie znajdą przepisy kodeksu cywilnego. Doktryna prawa cywilnego definiuje pojęcia „świadczeń jednorazowych, okresowych i ciągłych". W przypadku świadczeń ciągłych wyznacznikiem zarówno rozmiaru jak i treści świadczenia jest czas. Świadczenie ciągłe polega bowiem na określonym, stałym zachowaniu się dłużnika przez czas trwania stosunku prawnego. Z istoty rzeczy spełnienie takiego świadczenia musi więc trwać przez pewien czas. Świadczenie ciągłe ma to do siebie, że nie da się w nim wyodrębnić poszczególnych zachowań dłużnika, które mogłyby być potraktowane jako samoistne świadczenia albo partie świadczenia. Charakter ciągły mają świadczenia wynajmującego, wydzierżawiającego, dającego w użyczenie, udzielającego pożyczki, przechowawcy, pracownika w stosunku pracy, zarządzającego, banku w umowie rachunku bankowego, świadczenia przedsiębiorstw dostarczających wodę, gaz, elektryczność.

W ocenie składu orzekającego świadczenie utrzymania terenu zielonego przez okres 12 miesięcy nie ma charakteru ciągłego, można w nim bowiem wyodrębnić pojedyncze świadczenia, których treść różni się w zależności od pory roku i warunków meteorologicznych.

Pogląd odwołującego wydaje się być oparty na jednym z kierunków wykładni art. 19a ust. 3 ustawy o VAT, który usługę ciągłą definiuje jako usługę wykonywaną w sposób ciągły (por. wyrok NSA z 22 lutego 2019 r. w sprawie o sygn. akt I FSK 150/17). Ten tok rozumowania nie może znaleźć zastosowania na gruncie zamówień publicznych, gdzie zastosowanie posiłkowe znajdują wyłącznie przepisy kodeksu cywilnego.

Izba uznała, że usługi wskazane przez przystępującego w wykazie, pomimo tego, że nie zostały zakończone, spełniają wymagania zamawiającego tak przedmiotowo, jak i co do okresu wykonywania. Należyte wykonanie tych usług zostało potwierdzone w złożonych referencjach.

Finalnie stwierdzić należy, że zarzuty odwołania powinny być jasno wywiedzione i udowodnione przez odwołującego. Oparcie ich na wątpliwościach wykonawcy nie może być skuteczne.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp.

Przewodniczący: .....