Sygn. akt: KIO 2292/21

Sygn. akt: KIO 2294/21

WYROK

z dnia 23 sierpnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Szymon Grzybowski

po rozpoznaniu w dniu 16 sierpnia 2021r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie:

A. w dniu 30.07.2021 r. przez odwołującego Zakład Produkcyjno-Usługowo-Handlowy "Fleur-III" T.O., Aleksandria Druga, ul. Gościnna 245, Aleksandria Druga 42-274 Konopiska Sygn. akt KIO 2292/21

B. w dniu 30.07.2021 r. przez odwołującego Zakład Produkcyjno-Usługowo-Handlowy "Fleur-II" B.O., Al. Wyzwolenia 6/15, 42-200 Częstochowa Sygn. akt KIO 2294/21

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gmina Miasto Częstochowa - Centrum Usług Komunalnych w Częstochowie, ul. Feliksa Nowowiejskiego 10/12, 42-217 Częstochowa
przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: DROG-BUD Sp. z o.o. w Lubojence ul. Prosta 88/90, 42-209 Częstochowa (lider), Zielone Miasto Sp. z o.o., ul. Piastowska 206, 42-202 Częstochowa (partner) zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2292/21 oraz KIO 2294/21 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Sygn. akt KIO 2292/21

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu w części II -Tysiąclecie unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazuje ponowne badanie i ocenę ofert celem wyboru najkorzystniejszej oferty po uprzednim odrzuceniu oferty wykonawcy wybranego

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Gmina Miasto Częstochowa - Centrum Usług Komunalnych w Częstochowie, ul. Feliksa Nowowiejskiego 10/12, 42-217 Częstochowa

i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego

Zakład Produkcyjno-Usługowo-Handlowy "Fleur-III" T.O., Aleksandria Druga, ul. Gościnna 245, Aleksandria Druga 42-274 Konopiska tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego Gmina Miasto Częstochowa - Centrum Usług Komunalnych w Częstochowie, ul. Feliksa Nowowiejskiego 10/12, 42-217 Częstochowa na rzecz odwołującego Zakład Produkcyjno-Usługowo-Handlowy "Fleur-III" T.O., Aleksandria Druga, ul. Gościnna 245, Aleksandria Druga 42-274 Konopiska kwotę 18617 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset siedemnaście złotych zero groszy) stanowiącą uiszczony wpis przez odwołującego oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego i opłatę skarbową od pełnomocnictwa

2. Sygn. akt KIO 2294/21

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu w części I - Centrum oraz w części VI - Raków unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazuje ponowne badanie i ocenę ofert celem wyboru najkorzystniejszej oferty

po uprzednim odrzuceniu oferty wykonawcy wybranego

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Gmina Miasto Częstochowa - Centrum Usług Komunalnych w Częstochowie, ul. Feliksa Nowowiejskiego 10/12, 42-217 Częstochowa

i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego Zakład Produkcyjno-Usługowo-Handlowy "Fleur-II" B.O., Al. Wyzwolenia 6/15, 42-200 Częstochowa tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od zamawiającego Gmina Miasto Częstochowa - Centrum Usług Komunalnych w Częstochowie, ul. Feliksa Nowowiejskiego 10/12, 42-217 Częstochowa kwotę 19.057 zł 00 gr (słownie: dziewiętnaście tysięcy pięćdziesiąt siedem złotych zero groszy) stanowiącą uiszczony wpis przez odwołującego oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego, opłatę skarbową od pełnomocnictwa i koszty noclegu

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo

zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie

Przewodniczący: .....

uzasadnienie

Sygn. akt KIO 2292/21

Odwołanie

Działając w imieniu firmy Zakład Produkcyjno-Usługowo-Handlowy „FLEUR-III" T.O., w oparciu o załączone pełnomocnictwo, na podstawie art. 505 ust. 1 PZP w zw. z art. 513 pkt. 1 i 2 PZP, wnoszę odwołanie od czynności podjętych przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Utrzymanie porządku i czystości, utrzymanie zimowe oraz pielęgnacja zieleni na terenach miejskich zlokalizowanych w Częstochowie" Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 1 marca 2021 r. pod numerem 2021/S 041-102607.

polegających na:

1. Wyborze oferty najkorzystniejszej w odniesieniu do części II — Tysiąclecie, jako oferty złożonej przez Konsorcjum DROG-BUD sp. z o.o. i Zielone Miasto Sp. z o.o., co nastąpiło w piśmie z dnia 22.07.2021 r. pt. „Ogłoszenie o wyborze najkorzystniejszej oferty dla części I, II, V, VI",

2. Zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum DROG-BUD sp. z o.o. i Zielone Miasto Sp. z o.o. w związku z niespełnianiem warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę, a także złożenia oferty sprzecznej z ustawą w odniesieniu do części II — Tysiąclecie;

Zamawiającemu zarzucam:

1. Naruszenia art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. b) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum DROG-BUD s . z o.o. i Zielone Miasto S . z o.o. jako że wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, gdyż zgodnie z pkt. 5 str. 8 SWZ Zamawiający wymagał od Wykonawców posiadania doświadczenia w zakresie świadczenia usług polegających na pielęgnacji zieleni urządzonej na terenach publicznie dostępnych, a wartość tych usług powinna odpowiadać co najmniej wartości 250.000 zł brutto, podczas gdy w/w wykonawca przedłożył referencje z których nie wynika, aby wykonywał w przeszłości usługi polegające na pielęgnacji zieleni urządzonej na terenach publicznie dostępnych, a nadto zgodnie z przedłożonym zestawieniem sprzętu posiadanego przez wykonawcę oraz oświadczenia złożonego w trybie art. 117 ust. 4 PZP, spółka DROG-BUD mająca wykonywać wszystkie prace pielęgnacyjne, nie dysponuje żadnym sprzętem do wykonywania tych usług, którego posiadania wymagał zamawiający zgodnie z SIWZ.

2. Naruszenie art. 226 ust. 1 pkt. 5 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum

DROG-BUD sp. z o.o. i Zielone Miasto Sp. z o.o. wobec złożenia oferty niezgodnej z warunkami zamówienia, a to w związku z nieposiadaniem przez spółkę Zielone Miasto sp. z o.o. zezwoleń niezbędnych do wykonywania działalności objętej zamówieniem, wymaganej przepisami prawa powszechnie obowiązującego, które zgodnie z deklaracją złożoną w trybie art. 117 ust. 4 PZP spółka ta zamierza wykonywać, a których posiadania wymaga zamawiający w warunkach zamówienia, a to we wzorze umowy zaakceptowanym przez wykonawców przy składaniu oferty,

Wskazując na powyższe zarzuty wnoszę o uwzględnienie odwołania oraz w oparciu o art. 554 ust. 3 pkt. 1 lit. a) i b) PZP wnoszę o:

1. Nakazanie unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej w odniesieniu do części II — Tysiąclecie;

2. Nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru

oferty najkorzystniejszej;

3. nakazanie zamawiającemu wykonania czynności w postaci odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum DROG-BUD sp. z o.o. i Zielone Miasto Sp. z o.o. dotyczącej części zamówienia nr II — Tysiąclecie;

Nadto wnoszę o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego w postaci kosztów wpisu od odwołania w wysokości 15.000 zł oraz innych kosztów powstałych w toku postępowania odwoławczego, a nadto wnoszę o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego uzasadnionych kosztów stron w tym kosztów dojazdu na wyznaczoną rozprawę, kosztów opłaty od pełnomocnictwa w wysokości 17 zł oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3600 zł,

Termin do wniesienia odwołania został zachowany, bowiem odwołanie zostało wniesione przed upływem terminu do wniesienia odwołania, jako że pismo stanowiące podstawę do odwołania, doręczono Odwołującemu w dniu 22 lipca 2021 r.

Kopia odwołania została zgodnie z dyspozycją art. 514 ust. 3 PZP przesłana zamawiającemu za pomocą środków komunikacji elektronicznej (email wskazany przez Zamawiającego w SIWZ), na dowód czego składam potwierdzenie jej przesłania.

Uzasadnienie odwołania

Uzasadnienie interesu odwołującego w złożeniu odwołania

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 505 ust. 1 PZP, bowiem posiadał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołujący miał realną szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia, bowiem złożył ważną i skuteczną ofertę w zakresie części I i VI Zamówienia. W toku badania i ceny ofert uzyskał drugie lub trzecie miejsce w rankingu. W cenie Odwołującego Zamawiający popełnił jednak błędy nie doprowadzając do odrzucenia ofert konkurencyjnych, wskazanych powyżej. Gdyby oferty' te zostały odrzucone, oferta odwołującego stałaby się ofertą najkorzystniejszą w każdej z w/w części zamówienia. Szkoda Odwołującego polega w tym wypadku na braku możliwości zawarcia umowy na skutek wygrania przetargu. Wobec tego, utrata możliwości uzyskania zamówienia ma charakter ekonomiczny, a zatem szkoda posiada dla Odwołującego wymiar majątkowy w postacie utraty spodziewanego zysku w wyniku wygrania przetargu (lucrum cessans). Powstanie szkody ma charakter ściśle związany z decyzjami podjętymi przez zamawiającego w postępowaniu z naruszeniem przepisów ustawy, które opisano w zarzutach odwołania.

Powyższe wskazuje, że okoliczności na które powołuje się Odwołujący potwierdzają jego uprawnienie do wniesienia niniejszego Odwołania.

Zarzuty w odniesieniu do oferty Konsorcjum DROG-BUD sp. z o.o. i Zielone Miasto Sp. z o.o.

Brak spełniania warunków udziału w postepowaniu z powodu wadliwych referencji

W ocenie odwołującego w/w oferta winna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit: b), z uwagi na fakt, że wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający wymagał bowiem od wykonawców udowodnienia legitymowania się odpowiednim doświadczeniem w wykonywaniu podobnych zobowiązań w przeszłości. Zgodnie z pkt. 5 str. 8 SWZ:

„Wykonawca spełni warunek, jeżeli udokumentuje wykonanie lub wykonywanie w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, usług polegających na pielęgnacji zieleni urządzonej na terenach publicznie dostępnych (urządzone tereny zieleni miejskiej, osiedlowej oraz otwarte publicznie dostępne urządzone tereny zieleni przyzakładowej, przyszkolnej, towarzyszącej urzędom, instytucjom użyteczności publicznej i obiektom sakralnym, handlowym i biurowym, w zakres których wchodziły między innymi: koszenie trawników, pielęgnacja kwietników lub grup krzewów, w tym cięcia pielęgnacyjne).

Powyższy warunek zostanie spełniony, jeżeli wykonawca zrealizował w jednym lub kilku zamówieniach ww. usługi o łącznej wartości min. 250.000,00 zł brutto.

Podkreślenia wymaga, że przedmiotem zamówienia jest wykonywanie usług pielęgnacyjnych w zakresie zieleni miejskiej, stąd też wymagane przez zamawiającego referencje odnosiły się do wykazania doświadczenia w zakresie usług pielęgnacyjnych w zakresie zieleni urządzonej.

W wyniku postępowania odwoławczego na skutek odwołania uprzednio złożonego przez Odwołującego, KIO wydała w dniu 28 czerwca 2021 r. wyrok w połączonych sprawach KIO 1586/21 oraz KIO 1587/21, w którym wyraźnie zakwestionowała możliwość powoływania się przez Konsorcjum Drog-Bud sp. z o.o. na złożone uprzednio referencje wystawione przez Stadion Śląski. W jego zakresie, usługi związane z pielęgnacją zieleni urządzonej stanowiły łącznie wartość 3000 zł („Pielęgnacji drzew liściastych form naturalnych - 30 szt.").

W następstwie powtórzenia czynności badania i oceny ofert i wezwania wykonawcy do złożenia referencji dokumentujących spełnienie warunku udziału w postępowaniu w trybie art. 128 PZP, konsorcjum Drog-Bud sp. z o.o. po raz kolejny nie podołało obowiązkowi wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, czego skutkiem winno być

odrzucenie oferty tego wykonawcy.

Po pierwsze, pomimo zakwestionowania dokumentu referencji przez KIO, wykonawca

ponownie powołuje się na te same referencje wystawione przez Stadion Śląski w toku ponownego badania i oceny ofert. Odwołuje się w tym zakresie do „standardów zamawiającego", które jednak odnoszą się w swojej istocie do etapu wykonania umowy, a nie warunków udziału w postępowaniu. Przedmiot świadczeń dokumentowany przez wykonawcę w ramach tych referencji jest zgoła odmienny od tego, którego wykazania wymagał zamawiający. Usługi świadczone przez Drog-Bud odnoszą się w zdecydowanej większości do etapu zakładania zieleni, a nie jej pielęgnacji. Przedmiot realizowanego zamówienia, w ramach którego wykonawca otrzymał referencje, odnosi się z kolei do robót budowlanych, a nie usług pielęgnacyjnych. Po raz kolejny potwierdza to stanowisko wyrażone przez KIO w wyroku z 28.06.2021 r. o braku możliwości powołania się przez Drogl-Bud na te referencje w celu udokumentowania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Po drugie, Drog-Bud, w toku powtórzonej czynności badania i oceny ofert złożył drugie referencje, wystawione przez GDDiK w dniu 20 lipca 2021r. Również te referencje nie dokumentują wykonania przez wykonawcę usług polegających na pielęgnacji zieleni urządzonej na terenach publicznie dostępnych (zgodnie z wymogiem w SWZ).

Przede wszystkim, usługi które realizował w przeszłości Drog-Bud nie odnoszą się do zieleni urządzonej. Większość z nich dotyczy zieleni dziko rosnącej (chwastów i trawy przydrożnej) i nie ma nic wspólnego z czynnościami pielęgnacyjnymi na terenach zieleni urządzonej, tym bardziej zieleni miejskiej (zgodnie z wyliczeniem przedstawionym przez zamawiającego w tym samym punkcie SWZ). Pozostałe zabiegi dokumentowane przez wykonawcę odnoszą się do procesu zakładania zieleni, a nie jej pielęgnacji. Podobnie jak w przypadku zakwestionowanych wcześniej referencji przedstawionych przez Drog-Bud przy pierwszej ocenie ofert, tak i teraz referencje te należy traktować jako nie spełniające wymogów zamawiającego ujawnionych w SWZ. Ponieważ zamawiający dał już wykonawcy szansę na uzupełnienie dokumentów podmiotowych, w trybie art. 128 PZP, a wykonawca wymogowi temu nie podołał, jak również nie sprostał ciężarowi dowodowemu w zakresie udowodnienia, że przedłożone przez niego referencje dokumentują spełnienie warunków udziału w postępowaniu, oferta wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. b) PZP.

Jak potwierdziła Izba w wyroku z dnia 17 grudnia 2019 r. (KIO 2433/19): „Oceny warunku udziału w postępowaniu należy dokonać przez pryzmat przedmiotu zamówienia, a nie indywidualnych możliwości konkretnego wykonawcy zainteresowanego realizacją usługi. To nie interes wykonawcy powinien w tym zakresie determinować ocenę warunku, a/e cel któremu służyć ma postawiony warunek udziału w postępowaniu. "Być może skala działalności firmy Drog-Bud pozwalałaby jej na wykonanie również usług objętych niniejszym postępowaniem. Wykonawca ten nie przedstawił jednak dowodów potwierdzających te okoliczności, w szczególności w zakresie posiadanych referencji, ani też dysponowania wymaganym sprzętem.

W uchwale Izby z dnia 1 lipca 2020 r. (KIO/KD 33/20), Izba wskazała nadto, że: „Zasadniczo opis wymaganego doświadczenia odbywa się przez wskazanie referencyjnych usług, dostaw łub robót budowlanych, które pozwalają ocenić, czy doświadczenie jakie podmiot posiada jest wystarczające do tego aby przystąpił do realizacji zamówienia. Oczywistym jest, iż nie

każdy podmiot działający na danym rynku posiada wystarczające zdolności praktyczne."

Przedmiot zamówienia odnosi się do realizacji wielu delikatnych usług polegających na drobiazgowej opiece nad urządzoną zielenią miejską. Umiejętności, które dokumentuje Drog-Bud odnoszą się z kolei w przeważającej mierze do czynności niszczących i dokonywanych w odniesieniu do zieleni dziko rosnącej lub też wyłącznie do zakładania zieleni jako elementu wykonywanych robót budowlanych (a nie jej pielęgnacji). Wobec tego uznać należy, że konsorcjum Drog-Bud nie spełnia warunku udziału w postępowaniu.

W kontekście wykładni ustalonego przez zmawiającego warunku udziału w postępowaniu swoje stanowisko wyraziła Izba w wyroku z dnia 21 stycznia 2020 r. (KIO 37/20): „Postanowienia dotyczące warunku udziału w postępowaniu oraz wymaganych dokumentów potwierdzających spełnienie warunków należy interpretować zgodnie z wykładnią gramatyczną. Wymagania, które określa Zamawiający, wynikają wprost z literalnego brzmienia ogłoszenia i SIWZ. Ocena spełnienia wymagań winna zostać dokonana w oparciu o /literalne brzmienie ukształtowanych przez Zamawiającego wymagań, co zapobiega jakiejkolwiek uznaniowości na etapie oceny wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Nie jest więc dopuszczona rozszerzająca, niewyartykułowana interpretacja opisu warunku udziału w postępowaniu oraz dokonana w oparciu o nią ocena spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Biorąc pod uwagę brzmienie SWZ oczywistym staje się, że zamawiający oczekiwał od wykonawców wykazania się umiejętnościami w zakresie pielęgnacji miejskiej zieleni urządzonej, natomiast usługi, które realizował Drog-Bud odnosiły się w głównej mierze do robót budowlanych w zakresie napraw i utrzymania dróg (zgodnie z nagłówkiem referencji), a więc nie były usługami związanymi z pielęgnacją urządzonej zieleni miejskiej. Literalna wykładnia postanowień SWZ nie daje podstaw by dowodzić, że referencje złożone przez tego wykonawcę dokumentują fakt wykonywania przez niego usług pielęgnacji urządzonej zieleni miejskiej. Nie sposób przy tym wysuwać argumentu, iż usługi wykonywane przez wykonawcę zgodnie z referencjami miały „zbliżony" charakter do tych, o których wspomina zamawiający, bowiem zamawiający w specyfikacji nie dopuszczał, aby dla potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu wykonawcy przedstawiali referencje wykonania w przeszłości usług zbliżonych do takich jak wymienione w SWZ.

2. Brak spełnienia warunków udziału w postępowaniu — brak sprzętu niezbędnego do realizacji deklarowanej części zamówienia

W toku ponownego badania i oceny ofert, na skutek wyroku KIO z dnia 28 czerwca 2021 r.

Konsorcjum Drog-Bud złożyło oświadczenie w sposobie realizacji zamówienia, działając w trybie art. 117 ust. 4 PZP. Zgodnie z brzmieniem tego oświadczenia, wykonawca zadeklarował, że w ramach konsorcjum firma DROG-BUD sp. z o.o. wykonywać będzie usługi pielęgnacji zieleni na terenach miejskich zlokalizowanych w Częstochowie, natomiast firma Zielone Miasto sp. z o.o. wykonywać będzie usługi utrzymania porządku i czystości oraz utrzymania zimowego na przystankach komunikacji miejskiej oraz na terenach miejskich zlokalizowanych w Częstochowie.

Z kolei z przedstawionego przez konsorcjum zestawienia posiadanego sprzętu (zgodnie z wymogiem dokumentowania się określoną zdolnością techniczną, opisanym na str. 7 w pkt. 2 SWZ) oraz załączonymi do tego oświadczenia dowodami, wynika, że cały sprzęt, którego posiadania wymagał zamawiający, znajduje się wyłącznie w dyspozycji konsorcjanta Zielone Miasto sp. z o.o., który wynajmuje ten sprzęt od podmiotu trzeciego. Tymczasem firma Drog-Bud nie wykazała posiadania sprzętu niezbędnego do wykonania usług, które planuje wykonywać zgodnie ze złożonym przez konsorcjum oświadczeniem w trybie art. 117 ust. 4 PZP.

Antycypując chęć dążenia przez wykonawcę do powołania się na zasadę „łączenia potencjałów" członków konsorcjum w zakresie zdolności technicznej w kontekście uzasadnienia spełniania warunków udziału w postępowaniu, wskazuję że zasada ta ulega ograniczeniu w zakresie, w którym dotyczy badania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w powiązaniu z oświadczeniem złożonym w trybie art. 117 ust. 4 PZP. Istotą i celem wprowadzenia przez ustawodawcę tego przepisu było umożliwienie zamawiającym zbadania, czy realizacji określonej części zamówienia podejmować się będzie faktycznie podmiot który posiada zarówno kompetencje jak i zdolność techniczną do jego realizacji.

Powyższe znajduje potwierdzenie w poglądach doktryny, w tym w szczególności w treści komentarza do nowej ustawy PZP pod redakcją Urzędu Zamówień Publicznych. Jak

wskazuje autor komentarza: „W zasadzie nie powinna budzić wątpliwości możliwość łączenia potencjału technicznego konsorcjantów w postaci urządzeń technicznych i narzędzi, choć przy ocenie spełniania warunków należy uwzględnić, czy zasoby te będą wyłącznie wykorzystywane przez tego współwykonawcę, który deklaruje dysponowanie tymi zasobami (w tym wypadku ma znaczenie wewnętrzny podział ról konsorcjantów), czy też zostaną rozdzielone w ramach grupy. (Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz, red. H. Nowak, M. Winiarz, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2021, s. 449, pkt. 6),

W niniejszym przypadku podmiotem, który deklaruje posiadanie kompletu zasobów niezbędnych do zrealizowania części zamówienia w zakresie usług pielęgnacji zieleni na terenach miejskich zlokalizowanych w Częstochowie (sprzęt i narzędzia) posiada konsorcjant Zielone Miasto sp. z o.o., podczas gdy zgodnie z oświadczeniem złożonym w trybie art. 117 ust. 4 PZP usługi te ma wykonywać w całości konsorcjant DROG-BUD sp. z o.o. Porównanie oświadczenia w trybie art. 117 ust. 4 PZP i złożonego wcześniej wykazu sprzętu dowodzi, że Konsorcjum DROG-BUD — Zielone Miasto, nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Również z tej przyczyny oferta tego wykonawcy winna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. b) PZP.

3. Złożenie oferty niezgodnej z warunkami zamówienia

W ocenie odwołującego, spółka Zielone Miasto sp. z o.o., będąca członkiem konsorcjum DROG-BUD, która zgodnie z deklaracją złożoną przez wykonawców w trybie art. 117 ust, 4 PZP zajmować się ma usługami utrzymania porządku i czystości oraz utrzymania zimowego na przystankach komunikacji miejskiej oraz na terenach miejskich zlokalizowanych w Częstochowie, nie posiada uprawnień wymaganych przepisami prawa powszechnie obowiązującego do wykonywania tego typu działalności, a zgodnie z warunkami zamówienia określonymi w szczególności w 53 ust. 1 wzoru umowy zaakceptowanego przez wykonawcę, zobowiązany jest on do posiadania stosownych uprawnień do wykonywania świadczonej przez niego działalności,

Poprzez warunki zamówienia należy rozumieć zgodnie z definicją wyrażoną w art. 7 pkt 29 Pzp: warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zgodnie więc z zacytowaną definicją legalną, postanowień przyszłej umowy stron nie sposób pominąć analizując treść oferty wykonawcy.

Dopuszczenie do zawarcia umowy w tych okolicznościach, prowadziłoby do tego, że z chwilą wykonania pierwszej usługi w ramach umowy wykonawca działałby nielegalnie (w rozumieniu przepisów prawa powszechnie obowiązującego) oraz nienależycie wykonywałby zobowiązanie (w rozumieniu warunków zamówienia określonych w umowie z zamawiającym). Z tej przyczyny, oferta konsorcjum Drog-Bud winna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP.

Odpowiedź zamawiającego na odwołanie z dnia 16 sierpnia 2021r. - Sygn. akt KIO

2292/21

Zamawiający - Gmina Miasto Częstochowa — Centrum Usług Komunalnych na podstawie art. 521 ust. 1 ustawy z dnia 1 1 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (oznaczonej dalej skrótem PZP) udzielił odpowiedzi na odwołanie z dnia 29 lipca 2021 r. wniesione przez Zakład Produkcyjno-Usługowo-Handlowy „FLEUR-III" T.O. w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Utrzymanie porządku i czystości, utrzymanie zimowe oraz pielęgnacja zieleni na terenach miejskich zlokalizowanych w Częstochowie" co do:

1) wyboru najkorzystniejszej oferty w części II Rejon Tysiąclecie, dokonanej w dniu 22 lipca 2021 r. jako oferty złożonej przez wykonawcę Konsorcjum DROG-BUD sp. z o.o. i Zielone Miasto sp. z o.o.

2) zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Konsorcjum DROG-BUD sp. z o.o. i Zielone

Miasto sp. z o.o. w odniesieniu do części: II - Tysiąclecie w związku z niespełnianiem warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę, a także złożenia oferty sprzecznej z ustawą.

Zamawiający w udzielonej odpowiedzi na odwołanie wnosi o:

1. oddalenie odwołania w całości.

2.zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600 zł oraz innych uzasadnionych kosztów, tj. kosztów dojazdu na rozprawę i noclegu pełnomocnika wg zestawienia przedłożonego na rozprawie.

W uzasadnieniu złożonej odpowiedzi na odwołanie zamawiający w szczególności wskazał na twierdzenia i dowody, służące odparciu wniosków i twierdzeń odwołania.

Co do zarzutu nr 1

Czyli naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b PZP przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum DROG-BUD sp. z o.o. i Zielone Miasto sp. z o.o. z uwagi na okoliczność, że wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadanego doświadczenia stwierdzając, że zarzut ten nie jest trafny.

Według zamawiającego

Członek Konsorcjum DROG-BUD sp. z o.o. przedłożył referencje udzielone przez

Stadion Śląski sp. z o.o. potwierdzające wykonanie usług o wartości przekraczającej kwotę

250.000 zł. obejmujące szeroki zakres usług z zakresu utrzymania zieleni, w tym związanych z zakładaniem, pielęgnacją i utrzymaniem zieleni na terenach publicznie dostępnych (Parku Śląskiego w Chorzowie).

Zamawiający potwierdza, że wykonawca w ramach podmiotowych środków dowodowych w toku powtórnego badania ofert przedłożył referencje wystawione przez dwa podmioty, tj. Stadion Śląski sp. z o.o. (referencje z dnia 16.02.2018 r.) oraz Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad (referencje z dnia 20.07.2021 r.).

Do referencji wystawionych przez Stadion Śląski sp. z o.o. został dołączony końcowy protokół odbioru z dnia 17.02.2017 r., zawierający tabelę nr 4, dokładnie określającą zakres wykonanych prac i ich koszt. Zamawiający, dokonując oceny referencji pod kątem doświadczenia wykonawcy w realizacji zakresu prac tożsamego z robotami będącymi przedmiotem niniejszego postępowania jako spełniające warunek postawiony w SIWZ uznał następujące roboty o łącznej wartości 317.657 zł brutto, przedstawiając szczegółowe wyliczenie wykonanych robót.

Zamawiający dokonując z kolei analizy referencji z dnia 20.07.2021 r. wystawionych przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad zamawiający uznał jako spełniające warunek postawiony w SWZ prace o wartości 3.113.463,63 zł brutto.(koszenie traw, nasadzenia i pielęgnacja, przycinka mechaniczna drzew, niszczenie barszczu Sosnowskiego, odchwaszczanie chodników).

Dla zamawiającego przedłożone referencje są satysfakcjonujące, mając na uwadze kompleksowy ich charakter świadczonych usług kwalifikowanych jako zamówienia o wspólnym charakterze. O takim traktowaniu wymienionych w referencjach usług z zakresu szeroko rozumianego utrzymania zieleni świadczy okoliczność, że usługi sadzenia roślin oraz utrzymania terenów zielonych są kwalifikowane w ramach jednego kodu CPV - 77310000.

Biorąc pod uwagę szeroki zakres i skalę prowadzonych prac w ramach zadania potwierdzonego referencjami przez Stadion Śląski sp. z o.o., jak również wartość zamówienia potwierdzoną przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad, a przekraczającą znacznie oczekiwany przez zamawiającego poziom potwierdzenia

doświadczenia w realizacji zadań objętych przedmiotowym zamówieniem publicznym o wartości 250.000 zł brutto, zamawiający uznał, że wykonawca posiada wymagane doświadczenie i będzie w stanie zrealizować powierzone mu zadanie.

Należy wskazać, jaka była rzeczywista intencja zamawiającego co do wymaganego doświadczenia wykonawcy.

Zgodnie z zapisami SWZ wykonawca spełni warunek, jeżeli udokumentuje wykonanie lub wykonywanie w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, usług polegających na pielęgnacji zieleni urządzonej na terenach publicznie dostępnych (urządzone tereny zieleni miejskiej, osiedlowej oraz otwarte publicznie dostępne urządzone tereny zieleni przyzakładowej, przyszkolnej, towarzyszącej urzędom, instytucjom użyteczności publicznej i obiektom sakralnym, handlowym i biurowym, w zakres których wchodziły między innymi: koszenie trawników, pielęgnacja kwietników lub grup krzewów, w tym cięcia pielęgnacyjne). Powyższy warunek zostanie spełniony, jeżeli wykonawca zrealizował w jednym lub kilku zamówieniach ww. usługi o łącznej wartości min. 250.000,00 zł brutto.

Przywołał dalej zamawiający: Zgodnie z art. 5 pkt 21 ustawy z dnia 16 kwietnia 2004 r. o ochronie przyrody przez tereny zieleni rozumie się tereny urządzone wraz z infrastrukturą techniczną i budynkami funkcjonalnie z nimi związanymi, pokryte roślinnością, pełniące funkcje publiczne, a w szczególności parki, zieleńce, promenady, bulwary, ogrody botaniczne, zoologiczne, jordanowskie i zabytkowe, cmentarze, zieleń towarzysząca drogom na terenie zabudowy, placom, zabytkowym fortyfikacjom, budynkom, składowiskom, lotniskom, dworcom kolejowym oraz obiektom przemysłowym. Teren zieleni urządzonej to teren otwarty, pokryty roślinnością wysoką, średnio wysoką i niską, świadomie komponowany, wydzielony i ukształtowany zgodnie z planami zabudowy miast i osiedli. Przez pojęcie urządzenia zieleni rozumie się jej świadome nasadzanie i utrzymywanie przez człowieka, w przeciwieństwie do skupisk roślinności będących źródłem samoistnego ich rozsiewania się bez ingerencji ze strony człowieka. Charakter zieleni urządzonej mają zatem zarówno parki, zieleńce, trawniki na miejskich terenach ogólnodostępnych, jak również zieleń przyuliczna w pasach drogowych.

Objęte przedmiotem zamówienia zostały tereny zieleni urządzonej w obrębie miasta Częstochowa, mieszczące się w katalogu określonym w powołanym art. 5 pkt 21 ustawy o ochronie przyrody. Zamawiający oczekiwał od wykonawcy wykazania doświadczenia w zakresie zadań pielęgnacyjnych i w SWZ wymienił przykładowe formy pielęgnacji (używając sformułowania między innymi: koszenie trawników, pielęgnacja kwietników lub grup krzewów, w tym cięcia pielęgnacyjne), natomiast szczegółowy opis zadań został zawarty w Zał. nr 1 do SWZ — Standardy i metody wykonywania prac. Wykazanie przez wykonawcę szerszego spektrum zabiegów pielęgnacyjnych (np. układania zestawów nawadniających, ekranów przeciwkorzeniowych, palowania drzew, odchwaszczania) świadczy na korzyść wykonawcy o zaawansowanym doświadczeniu w zakresie prac pielęgnacyjnych.

W istocie Krajowa Izba Odwoławcza rozpatrując poprzednie odwołanie w połączonych sprawach o sygn. KIO 1586/21 i 1587/21 w uzasadnieniu wyroku z dnia 28 czerwca 2021 r. uznała, że usługi związane z pielęgnacją zieleni stanowiły łącznie wartość 3.000 zł (czynność: pielęgnacja drzew liściastych form naturalnych — 30 szt.) Wskazać należy, że z uwagi na niedopuszczenie do udziału w postępowaniu przystępującego wykonawcy nie mógł on przedłożyć stanowiącego uzupełnienie referencji końcowego protokołu odbioru z dnia 17.02.2017 r., zawierającego tabelę nr 4, dokładnie określającą zakres wykonanych prac i ich koszt, zatem KIO nie dysponowała materiałem dowodowym, który umożliwiłby wnikliwą analizę charakteru objętych referencjami usług. Zamawiający w trakcie powtórzonej czynności badania ofert dysponował zarówno wskazanymi powyżej referencjami Stadionu Śląskiego sp. z o.o., jak i końcowym protokołem odbioru, zatem posiadał znacznie dokładniejszą informację o charakterze potwierdzonych referencjami czynności oraz ich kosztach.

Wymóg posiadania sprzętu

Odnosząc się natomiast do zarzutu dotyczącego braku spełnienia warunków udziału w postępowaniu z uwagi na niewykazanie przez członka konsorcjum — DROG-BUD sp. z o.o.

zestawienia posiadanego sprzętu niezbędnego do realizacji zamówienia, stwierdzić należy, że zarzut ten nie jest trafny.

Zgodnie z art. 117 ust. 3 PZP w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia,

kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach tych z wykonawców, którzy wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Należy zwrócić uwagę, że przepis ten nie dotyczy jednak potencjału technicznego, który nie jest przedmiotem oceny w kontekście zamysłu ustawodawcy, który został sformułowany w art. 117 PZP

Przyjęcie założenia, że każdy z konsorcjantów ma dysponować sprzętem wymaganym przez zamawiającego stawia pod znakiem zapytania sens wspólnego ubiegania się przez wykonawców o udzielenie zamówienia. Konsorcjum jest bowiem tworzone w celu łączenia potencjału technicznego, osobowego, ekonomicznego i finansowego w ubieganiu się o udzielenie zamówienia publicznego. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą właśnie w tym celu łączyć posiadane zasoby techniczne, ale równie dobrze mogą polegać na zasobach pozostających w posiadaniu jednego z nich.

Problematyka oceny warunków udziału w postepowaniu przez konsorcjum była przedmiotem orzecznictwa Naczelnego Sądu Administracyjnego (Wyrok NSA z dnia 3 lutego 2017 r. (sygn. akt II GSK 1527/15), w którym NSA stwierdza, że jeżeli warunek opisany przez zamawiającego zostanie spełniony przez wszystkich konsorcjantów łącznie, to brak jest podstaw do żądania spełnienia warunków przez każdego z wykonawców, a zamawiający winien uznać, że każdy z konsorcjantów potwierdził spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Odmienna interpretacja byłaby sprzeczna z literalnym brzmieniem art. 23 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (aktualnie art. 58 ust. 5 PZP w analogicznym brzmieniu), zgodnie z którym do członków konsorcjum (aktualnie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia) stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące wykonawcy. Inne traktowanie wykonawców zawiązujących konsorcjum niż wykonawców składających ofertę samodzielnie, naruszałoby jedną z naczelnych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych.

Dla potwierdzenia tego toku rozumowania wskazać należy, że Zamawiający wyraźnie określił w SWZ (7.25.), że w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia wykaz narzędzi wymaganych w zał. Nr 7 do SWZ (7.7.1.) składa wspólnie podmiot ubiegający się o udzielenie zamówienia, a nie indywidulanie każdy z wykonawców, zatem ocenie podlegać będzie całokształt zadeklarowanego potencjału technicznego.

Co do zarzutu nr 2

Odnosząc się do zarzutu nr 2 dotyczącego naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawcy Konsorcjum DROG-BUD sp. z o.o. i Zielone Miasto sp. z o.o. w odniesieniu do części II — Tysiąclecie wobec złożenia oferty niezgodnej z warunkami zamówienia, a to w związku z nieposiadaniem przez spółkę Zielone Miasto sp. z o.o. zezwoleń niezbędnych do wykonywania działalności objętej zamówieniem, wymaganej przepisami prawa powszechnie obowiązującego, które zgodnie z deklaracją złożoną w trybie art. 117 ust. 4 PZP spółka ta zamierza wykonywać, a których posiadania wymaga zamawiający w warunkach zamówienia, a to we wzorze umowy zaakceptowanym przez wykonawców przy składaniu oferty, w pierwszej kolejności stwierdzić należy, że odwołujący nie wskazał jakich zezwoleń spółka Zielone Miasto sp. z o.o. nie posiada, zatem zamawiający nie jest w stanie wyprowadzić w tym zakresie merytorycznej kontrargumentacji.

Natomiast w istocie zamawiający w § 3 ust. 1 lit. b zamieścił wymóg, że wykonawca jest zobowiązany posiadać stosowne zezwolenia i wpisy uprawniające do prowadzenia działalności niezbędne do wykonania przedmiotu Umowy przez cały okres realizacji postanowień niniejszej Umowy, a w szczególności w sytuacji, gdy prace pielęgnacyjne realizowane są w odniesieniu do pomników przyrody. Należy natomiast zauważyć, że wzór umowy dołączony do SWZ dotyczył wszystkich rejonów objętych zamówieniem (I-VIII), natomiast w części której dotyczy odwołanie, tj. II nie przewiduje się prac przy pomnikach przyrody, zatem zapis ten jest bezprzedmiotowy.

Na marginesie, stosownie do podziału obowiązków między konsorcjantami wg oświadczenia złożonego na podstawie art. 117 ust. 4 PZP spółka Zielone Miasto sp. z o.o. ma zajmować się utrzymaniem czystości na przystankach komunikacji miejskiej oraz na terenach miejskich, więc wykonawca ten nie będzie świadczył usługi dotyczącej pielęgnacji pomników przyrody, zatem nie ma jakiejkolwiek potrzeby, aby posiadał uprawnienia dotyczące pielęgnacji pomników przyrody.

Nadmieniam, że zgodnie z art. 117 ust. 2 PZP warunek dotyczący uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o którym mowa w art. 112

ust. 2 pkt 2, jest spełniony, jeżeli co najmniej jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia posiada uprawnienia do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej i zrealizuje roboty budowlane, dostawy lub usługi, do których realizacji te uprawnienia są wymagane.

Ustawodawca wprowadził zatem oowiązek złożenia oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 PZP po to właśnie, aby ocenić, czy wykonawca wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, który będzie realizował zadania wymagające uprawnień, o których mowa powyżej, takie uprawnienia posiada.

Reasumując, mając na uwadze argumentację zawartą w uzasadnieniu niniejszego pisma zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości oraz zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego na rzecz zamawiającego.

Przystępujący po stronie zamawiającego/wykonawca wybrany złożył pismo procesowe z dnia 13 sierpnia 2021roku - Sygn. akt KIO 2292/21

PISMO PROCESOWE PRZYSTĘPUJĄCEGO (w aktach sprawy)

W ocenie Przystępującego zarzuty przedstawione w odwołaniu z dnia 2 sierpnia 2021 r., są pozbawione jakichkolwiek podstaw prawnych, a co za tym idzie nie zasługują na uwzględnienie.

Zanim przystępujący odniesie się merytorycznie do zarzutów wskazanych w odwołaniu, wskazać należy na niespójność między wnioskami a treścią uzasadnienia.

Mianowicie we wnioskach odwołujący wnosi o odrzucenie oferty przystępujących w zakresie części II zamówienia nr II — Tysiąclecie, natomiast w treści uzasadnienia wskazuje, że miał realną szanse na uzyskanie przedmiotowego zamówienia, bowiem złożył ważną i skuteczna ofertę na część I i VI zamówienia. Odwołujący nie złożył oferty na część I i VI, a co za tym idzie z uwagi na powyższą sprzeczność odwołanie winno zostać odrzucone.

Natomiast odnosząc się chronologicznie do podniesionych przez odwołującego zarzutów wskazać należy co następuje:

W ocenie Przystępującego bezpodstawny jest zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b pzp poprzez nie odrzucenie oferty Przystępującego rzekomo wobec nieprzedłożenia referencji z których wynika, aby Przystępujący wykonywał w przeszłości usługi polegające na pielęgnacji zieleni urządzonej na terenach publicznie dostępnych, a nadto aby spółka DROG-BUD sp. z o. o. nie dysponowała żadnym sprzętem do wykonywania tych usług.

Zgodnie ze złożonymi przez Przystępującego referencjami, usługi realizowane przez Drog-Bud sp. z o. o. na rzecz GDDKiA wbrew temu co próbuje wywodzić odwołujący nie odnoszą się do robót budowlanych w zakresie napraw i utrzymania dróg (zgodnie nagłówkiem referencji). Po pierwsze w nagłówku referencji wskazane jest pojęcie roboty, a nie roboty budowalne, jak celowo i błędnie pisze odwołujący. Po drugie w treści referencji wskazany jest zakres pracy wykonywany przez DROG-BUD sp. z o.o., a z którego wprost i niewątpliwie wynika, iż zakres wykonanych prac nie stanowił robót budowalnych.

Tym samym nie sposób zgodzić się z odwołującym, iż koszenie trawy w pasie drogowym, nasadzenia krzewów i drzew czy w końcu mechaniczna przycinka korony drzew, odnosiła się do Procesu zakładania zieleni, a nie jej pielęgnacji. Po trzecie wskazać należy, iż w zakres pojęcia pielęgnacji zieleni, wchodzi koszenie i pielęgnacja trawników, areacja i wertykulacja trawników, podlewanie trawników, przycinanie żywopłotów, przycinanie i formowanie drzew i krzewów, ochrona chemiczna roślin, usuwanie liści. Powyższe potwierdza także załącznik do SWZ nr II.4 — przedmiar robót, z którego wprost wynika zakres prac jakich żąda zamawiający w ramach pielęgnacji zieleni. Wymieć tu należy chociażby pkt od 1 do 21 załącznika nr II.4 do SWZ. W tym miejscu następuje wymienienie czynności do wykonania w ramach zamówienia.

Biorąc pod uwagę przywołane powyżej zapisy SWZ, wskazać należy, iż pielęgnacja zieleni w ramach zamówienia, niewątpliwie pokrywa się z zakresem prac wykonywanych przez przystępującego, co do których otrzymał referencje.

Ponadto wskazać należy, iż zieleń w pasie drogowym nie jest to zieleń dzika, a urządzona z przypisanymi jej funkcjami, związanymi z funkcjonowaniem jej jako wyposażenie pasa drogowego (funkcja izolacyjna-ograniczanie rozprzestrzeniania zanieczyszczeń komunikacyjnych emitowanych liniowo w pasach drogowych, w tym także hałasu

komunikacyjnego, krajobrazowa). Zgodnie z § 52 Rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi

publiczne i ich usytuowanie: (dalej cytat przepisu).

Przystępujący złożył również referencje wystawione przez Stadion Śląski Sp. z o.o., aby jednoznacznie wykazać posiadane kwalifikacje zawodowe, dodatkowo wraz z referencjami wystawionymi przez Stadion Śląski Sp. z o.o. przedłożył końcowy protokół odbioru wraz z tabelą rozliczeniową nr 4. Z treści przedłożonych dodatkowych załączników wprost wynika, że Drog-Bud Sp. z o.o. w ramach referencji wystawionych przez Stadion Śląski Sp. z o.o., wykazał kwalifikacje niezbędne do wykonania mniejszego zamówienia, zgodnie z wymogami Zamawiającego, tj.:(następuje wyliczenie prac)

Po zsumowaniu wszystkich wymienionych wyżej pozycji zakres wykonanych przez Drog-Bud sp. z o. o. prac ma wartość: 296.481,42 zł brutto i spełnia warunek określony przez Zamawiającego. Należy przy tym zauważyć, iż Zamawiający określił ten warunek jako łączny dla wszystkich rejonów I-VIII, a zatem Przystępujący wykonawca nie musiał wykazywać doświadczenia w wykonaniu usług o wartości stanowiącej wielokrotność kwoty 250 000,00 zł brutto z każdego z rejonów.

Natomiast odnosząc się do kwestii posiadania przez Przystępującego wykonawcę niezbędnego sprzętu wskazać należy, iż istotą wspólnego ubiegania się o zamówienie jest łączenie potencjału kilku wykonawców, który sumowany łącznie pozwala wykazać fakt dysponowania odpowiednimi w stosunku do przedmiotu zamówienia kwalifikacjami (KIO 2424/10). Wobec tego konsorcjum biorące udział w postępowaniu co do zasady powinno być traktowane — w odniesieniu do warunków, o których mowa w art. 112 pzp — jak jeden podmiot dysponujący określonym potencjałem w zakresie technicznym, kadrowym, wiedzy i doświadczenia oraz sytuacji ekonomicznej i finansowej, na który to potencjał składają się zdolności poszczególnych członków konsorcjum. Tylko wówczas zachowany zostanie sens przepisów dopuszczających wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia, a interpretacja przeciwna podważałaby ratio legis art. 58 ust. 5 (KIO/KU 41/11 na gruncie art. 23 ust. 1 poprzedniego p.z.p.). Dlatego też potencjały wykonawców występujących w postępowaniu wspólnie podlegają sumowaniu (KIO 2765/11, KIO 248/11).

W niniejszym postępowaniu zamawiający żądał spełnienia warunku w zakresie posiadania niezbędnego sprzętu przez co najmniej jednego członka konsorcjum. Zamawiający w SWZ, co do oferty wspólnej, wymagał:(cytat z SWZ i art.117PZP)

Jak wynika z powyższego jeżeli jeden z podmiotów posiada wymagane doświadczenie, to on będzie zobowiązany do wykonania zadania, do którego zdolności te należy uznać za niezbędne, nie stawiając w tym zakresie wymogu wykonania „własnym sprzętem". Przepis nakazuje wykonanie świadczenia przez konkretnego członka konsorcjum (wykonawcę ubiegającego się wspólnie o zamówienie) wykazującego posiadanie zasobów niezbędnych do spełnienia warunku i doświadczenia, dysponowania osobami o odpowiednich kwalifikacjach czy wykształceniu. Dlatego też z uwagi na wyżej wskazane stanowisko zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b pzp należy uznać za całkowicie bezzasadny.

Kompletnie gołosłowny i niczym nie poparty, a co za tym idzie nie wykazany jest zarzut rzekomego nie posiadania uprawnień (przez Zielone Miasto Sp. z o.o. przypisek własny) wymaganych Przepisami Prawa powszechnie obowiązującego do wykonywania tego typu działalności, a zgodnie z warunkami zamówienia określonymi w szczególności w § 3 ust. 1 wzoru umowy (...) zobowiązany jest on do posiadania stosownych uprawnień do wykonywania świadczonej dzielności. Przy tak postawionym zarzucie nie sposób odnieść się do niego merytorycznie i domyślać się co autor odwołania miał na myśli. W tym miejscu wskazać należy, iż posiadanie zezwolenia odnosi się chociażby do posiadania zezwolenia na wycinkę drzewa. Zatem zarzut naruszenia art. 226 ust 1 pkt 5 jest nie tylko bezpodstawny, ale też nie uzasadniony w żadne sposób przez Odwołującego.

Biorąc pod uwagę wszystkie wskazane powyżej okoliczności w pełni przychylam się do stanowiska Zamawiającego i przyłączając się do zgłoszonych przez niego wniosków, wnoszę o oddalenie odwołania w całości.

Sygn. akt KIO 2294/21

Odwołujący: Zakład Produkcyjno-Usługowo-Handlowy „FLEUR-II" B.O., Al. Wyzwolenia 6/15, 42-200 Częstochowa.

Zamawiający: Gmina Miasto Częstochowa - Centrum Usług Komunalnych w Częstochowie, ul. Nowowiejskiego 10/12, 42 — 217 Częstochowa.

Odwołanie

Działając na podstawie art. 505 ust. 1 PZP w zw. z art. 513 pkt. 1 i 2 PZP, wniesiono odwołanie od czynności podjętych przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Utrzymanie porządku j czystości, utrzymanie zimowe oraz pielęgnacja zieleni na terenach miejskich zlokalizowanych w Częstochowie" polegających na:

1. Wyborze oferty najkorzystniejszej w części nr I — Rejon Centrum, jako oferty złożonej przez Konsorcjum DROG-BUD sp. z o.o. i Zielone Miasto Sp. z o.o., co nastąpiło w piśmie z dnia 22.07.2021 r. pt. „Ogłoszenie o wyborze najkorzystniejszej oferty dla części I, II, V, VI",

2. Wyborze oferty najkorzystniejszej w części nr VI — Rejon Raków, jako oferty złożonej przez Konsorcjum DROG-BUD sp. z o.o. i Zielone Miasto Sp. z o.o., co nastąpiło w piśmie z dnia 22.07.2021 r. pt. „Ogłoszenie o wyborze najkorzystniejszej oferty dla części I, II, V, VI",

3. Zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum DROG-BUD sp. z o.o. i Zielone Miasto Sp. z o.o. w związku z niespełnianiem warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę, a także złożenia oferty sprzecznej z ustawą (w odniesieniu do części I — Centrum, VI — Raków);

Zamawiającemu zarzucono:

1. Naruszenia art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. b) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum DROG-BUD sp. z o.o. i Zielone Miasto Sp. z o.o., jako że wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, gdyż zgodnie z pkt. 5 str. 8 SWZ Zamawiający wymagał od Wykonawców posiadania doświadczenia w zakresie świadczenia usług polegających na pielęgnacji zieleni urządzonej na terenach publicznie dostępnych, a wartość tych usług powinna odpowiadać co najmniej wartości 250.000 zł brutto, podczas gdy w/w wykonawca przedłożył referencje z których nie wynika, aby wykonywał w przeszłości usługi polegające na pielęgnacji zieleni urządzonej na terenach publicznie dostępnych, a nadto zgodnie z przedłożonym zestawieniem sprzętu posiadanego przez wykonawcę oraz oświadczenia złożonego w trybie art. 117 ust. 4 PZP, spółka DROG-BUD mająca wykonywać wszystkie prace pielęgnacyjne, nie dysponuje żadnym sprzętem do wykonywania tych usług, którego posiadania wymagał zamawiający zgodnie z SIWZ.

2. Naruszenie art. 226 ust. 1 pkt. 5 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum DROG-BUD sp. z o.o. i Zielone Miasto Sp. z o.o. wobec złożenia oferty niezgodnej z warunkami zamówienia, a to w związku z nieposiadaniem przez spółkę Zielone Miasto sp. z o.o. zezwoleń niezbędnych do wykonywania działalności objętej zamówieniem, wymaganej przepisami prawa powszechnie obowiązującego, które zgodnie z deklaracją złożoną w trybie art. 117 ust. 4 PZP spółka ta zamierza wykonywać, a których posiadania wymaga zamawiający w warunkach zamówienia, a to we wzorze umowy zaakceptowanym przez wykonawców przy składaniu oferty.

Wskazując na powyższe zarzuty wniesiono o uwzględnienie odwołania oraz w oparciu o art. 554 ust. 3 pkt. 1 lit. a) i b) PZP i:

1. Nakazanie unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej w części I i VI;

2. Nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej,

3. nakazanie zamawiającemu wykonania czynności w postaci odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum DROG-BUD sp. z o.o. i Zielone Miasto Sp. z o.o. dotyczącej części zamówienia nr I — Centrum oraz nr VI - Raków;

Nadto o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego w postaci kosztów wpisu od odwołania w wysokości 15.000 zł oraz innych kosztów powstałych w toku postępowania odwoławczego, a nadto o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego uzasadnionych kosztów stron w tym kosztów dojazdu na wyznaczoną rozprawę, kosztów opłaty od pełnomocnictwa w wysokości 17 zł oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3600 zł.

Termin do wniesienia odwołania został zachowany, bowiem odwołanie zostało wniesione przed upływem terminu do wniesienia odwołania, jako że pismo stanowiące podstawę do odwołania, doręczono Odwołującemu w dniu 22 lipca 2021 r.

Kopia odwołania została zgodnie z dyspozycją art. 514 ust. 3 PZP przesłana zamawiającemu za pomocą środków komunikacji elektronicznej (email wskazany przez Zamawiającego w SIWZ), na dowód czego potwierdzenie jej przesłania.

Uzasadnienie odwołania

Uzasadnienie interesu odwołującego w złożeniu odwołania

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 505 ust. 1 PZP, bowiem posiadał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołujący miał realną szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia, bowiem złożył ważną i skuteczną ofertę w zakresie części I i VI Zamówienia. W toku badania i ceny ofert uzyskał drugie lub trzecie miejsce w rankingu. W ocenie Odwołującego Zamawiający popełnił jednak błędy nie doprowadzając do odrzucenia ofert konkurencyjnych, wskazanych powyżej. Gdyby oferty te zostały odrzucone, oferta odwołującego stałaby się ofertą najkorzystniejszą w każdej z w/w części zamówienia. Szkoda Odwołującego polega w tym wypadku na braku możliwości zawarcia umowy na skutek wygrania przetargu. Wobec tego, utrata możliwości uzyskania zamówienia ma charakter ekonomiczny, a zatem szkoda posiada dla Odwołującego wymiar majątkowy w postacie utraty spodziewanego zysku w wyniku wygrania przetargu (lucrum cessans). Powstanie szkody ma charakter ściśle związany z decyzjami podjętymi przez zamawiającego w postępowaniu z naruszeniem przepisów ustawy, które opisano w zarzutach odwołania.

Powyższe wskazuje, że okoliczności na które powołuje się Odwołujący potwierdzają jego uprawnienie do wniesienia niniejszego Odwołania.

Zarzuty w odniesieniu do oferty Konsorcjum DROG-BUD sp. z o.o. i Zielone Miasto Sp. z o.o.

1. Brak spełniania warunków udziału w postępowaniu z powodu wadliwych referencji

W ocenie odwołującego w/w oferta winna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. b), z uwagi na fakt, że wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający wymagał bowiem od wykonawców udowodnienia legitymowania się odpowiednim doświadczeniem w wykonywaniu podobnych zobowiązań w przeszłości.

Zgodnie z pkt. 5 str. 8 SWZ:

Wykonawca spełni warunek, jeże/i udokumentuje wykonanie lub wykonywanie w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, usług polegających na pielęgnacji zieleni urządzonej na terenach publicznie dostępnych (urządzone tereny zieleni miejskiej, osiedlowej oraz otwarte publicznie dostępne urządzone tereny zieleni przyzakładowej,

przyszkolnej, towarzyszącej urzędom, instytucjom użyteczności publicznej i obiektom sakralnym, handlowym i biurowym, w zakres których wchodziły między innymi: koszenie trawników, pielęgnacja kwietników lub grup krzewów, w tym cięcia pielęgnacyjne).

Powyższy warunek zostanie spełniony, jeże/i wykonawca zrealizował w jednym lub kilku zamówieniach ww. usługi o łącznej wartości min. 250.000,00 zł brutto.

Podkreślenia wymaga, że przedmiotem zamówienia jest wykonywanie usług pielęgnacyjnych w zakresie zieleni miejskiej, stąd też wymagane przez zamawiającego referencje odnosiły się do wykazania doświadczenia w zakresie usług pielęgnacyjnych w zakresie zieleni urządzonej.

W wyniku postępowania odwoławczego na skutek odwołania uprzednio złożonego przez Odwołującego, KIO wydała w dniu 28 czerwca 2021 r. wyrok w połączonych sprawach KIO 1586/21 oraz KIO 1587/21, w którym wyraźnie zakwestionowała możliwość powoływania się przez Konsorcjum Drog-Bud sp. z o.o. na złożone uprzednio referencje wystawione przez Stadion Śląski. W jego zakresie, usługi związane z pielęgnacją zieleni urządzonej stanowiły łącznie wartość 3000 zł („Pielęgnacji drzew liściastych form naturalnych — 30 szt.").

W następstwie powtórzenia czynności badania i oceny ofert i wezwania wykonawcy do złożenia referencji dokumentujących spełnienie warunku udziału w postępowaniu w trybie art. 128 PZP, konsorcjum Drog-Bud sp. z o.o. po raz kolejny nie podołało obowiązkowi wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, czego skutkiem winno być

odrzucenie oferty tego wykonawcy.

Po pierwsze, pomimo zakwestionowania dokumentu referencji przez KIO, wykonawca

ponownie powołuje się na te same referencje wystawione przez Stadion Śląski w toku ponownego badania i oceny ofert. Odwołuje się w tym zakresie do „standardów zamawiającego", które jednak odnoszą się w swojej istocie do etapu wykonania umowy, a nie warunków udziału w postępowaniu. Przedmiot świadczeń dokumentowany przez wykonawcę w ramach tych referencji jest zgoła odmienny od tego, którego wykazania wymagał zamawiający. Usługi świadczone przez Drog-Bud odnoszą się w zdecydowanej większości do etapu zakładania zieleni, a nie jej pielęgnacji. Przedmiot realizowanego zamówienia, w ramach którego wykonawca otrzymał referencje, odnosi się z kolei do robót budowlanych, a nie usług pielęgnacyjnych. Po raz kolejny potwierdza to stanowisko wyrażone przez KIO w wyroku z 28.06.2021 r. o braku możliwości powołania się przez Drog-Bud na te referencje w celu udokumentowania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Po drugie, Drog-Bud, w toku powtórzonej czynności badania i oceny ofert złożył drugie referencje, wystawione przez GDDiK w dniu 20 lipca 2021 r. Również te referencje nie dokumentują wykonania przez wykonawcę usług polegających na pielęgnacji zieleni urządzonej na terenach publicznie dostępnych (zgodnie z wymogiem w SWZ). Przede wszystkim, usługi które realizował w przeszłości Drog-Bud nie odnoszą się do zieleni urządzonej. Większość z nich dotyczy zieleni dziko rosnącej (chwastów i trawy przydrożnej) i nie ma nic wspólnego z czynnościami pielęgnacyjnymi na terenach zieleni urządzonej, tym bardziej zieleni miejskiej (zgodnie z wyliczeniem przedstawionym przez zamawiającego w tym samym punkcie SWZ). Pozostałe zabiegi dokumentowane przez wykonawcę odnoszą się do procesu zakładania zieleni, a nie jej pielęgnacji. Podobnie jak w przypadku zakwestionowanych wcześniej referencji przedstawionych przez Drog-Bud przy pierwszej ocenie ofert, tak i teraz referencje te należy traktować jako nie spełniające wymogów zamawiającego ujawnionych w SWZ. Ponieważ zamawiający dał już wykonawcy szansę na uzupełnienie dokumentów podmiotowych, w trybie art. 128 PZP, a wykonawca wymogowi temu nie podołał, jak również nie sprostał ciężarowi dowodowemu w zakresie udowodnienia, że przedłożone przez niego referencje dokumentują spełnienie warunków udziału w postępowaniu, oferta wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. b) PZP.

Jak potwierdziła Izba w wyroku z dnia 17 grudnia 2019 r. (KIO 2433/19): „Oceny warunku udziału w postępowaniu należy dokonać przez pryzmat przedmiotu zamówienia, a nie indywidualnych możliwości konkretnego wykonawcy zainteresowanego realizacją usługi. To nie interes wykonawcy powinien w tym zakresie determinować ocenę warunku, a/e cel któremu służyć ma postawiony warunek udziału w postępowaniu. "Być może skala działalności firmy Drog-Bud pozwalałaby jej na wykonanie również usług objętych niniejszym postępowaniem. Wykonawca ten nie przedstawił jednak dowodów potwierdzających te okoliczności, w szczególności w zakresie posiadanych referencji, ani też dysponowania

wymaganym sprzętem.

W uchwale Izby z dnia 1 lipca 2020 r. (KIO/KD 33/20), Izba wskazała nadto, że: „Zasadniczo opis wymaganego doświadczenia odbywa się przez wskazanie referencyjnych usług, dostaw lub robót budowlanych, które pozwalają ocenić, czy doświadczenie jakie podmiot posiada jest wystarczające do tego aby przystąpił do realizacji zamówienia. Oczywistym jest, nie każdy podmiot działający na danym rynku posiada wystarczające zdolności praktyczne."

Przedmiot zamówienia odnosi się do realizacji wielu delikatnych usług polegających na drobiazgowej opiece nad urządzoną zielenią miejską. Umiejętności, które dokumentuje Drog-Bud odnoszą się z kolei w przeważającej mierze do czynności niszczących i dokonywanych w odniesieniu do zieleni dziko rosnącej lub też wyłącznie do zakładania zieleni jako elementu wykonywanych robót budowlanych (a nie jej pielęgnacji). Wobec tego uznać należy, że konsorcjum Drog-Bud nie spełnia warunku udziału w postępowaniu.

W kontekście wykładni ustalonego przez zmawiającego warunku udziału w postępowaniu swoje stanowisko wyraziła Izba w wyroku z dnia 21 stycznia 2020 r. (KIO 37/20): „Postanowienia dotyczące warunku udziału w postępowaniu oraz wymaganych dokumentów potwierdzających spełnienie warunków należy interpretować zgodnie z wykładnią gramatyczną. Wymagania, które określa Zamawiający, wynikają wprost z literalnego brzmienia ogłoszenia i SIWZ. Ocena spełnienia wymagań winna zostać dokonana w oparciu o literalne brzmienie ukształtowanych przez Zamawiającego wymagań, co zapobiega jakiejkolwiek uznaniowości na etapie oceny wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Nie jest więc dopuszczona rozszerzająca, niewyartykułowana interpretacja opisu warunku udziału w postępowaniu oraz dokonana w oparciu o nią ocena spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Biorąc pod uwagę brzmienie SWZ oczywistym staje się, że zamawiający oczekiwał od wykonawców wykazania się umiejętnościami w zakresie pielęgnacji miejskiej zieleni urządzonej, natomiast usługi, które realizował Drog-Bud odnosiły się w głównej mierze do robót budowlanych w zakresie napraw i utrzymania dróg (zgodnie z nagłówkiem referencji), a więc nie były usługami związanymi z pielęgnacją urządzonej zieleni miejskiej. Literalna wykładnia postanowień SWZ nie daje podstaw by dowodzić, że referencje złożone przez tego wykonawcę dokumentują fakt wykonywania przez niego usług pielęgnacji urządzonej zieleni miejskiej. Nie sposób przy tym wysuwać argumentu, iż usługi wykonywane przez wykonawcę zgodnie z referencjami miały „zbliżony" charakter do tych, o których wspomina zamawiający, bowiem zamawiający w specyfikacji nie dopuszczał, aby dla potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu wykonawcy przedstawiali referencje wykonania w przeszłości usług zbliżonych do takich jak wymienione w SWZ.

2. Brak spełnienia warunków udziału w postępowaniu — brak sprzętu niezbędnego do realizacji deklarowanej części zamówienia.

W toku ponownego badania i oceny ofert, na skutek wyroku KIO z dnia 28 czerwca 2021 r. Konsorcjum Drog-Bud złożyło oświadczenie w sposobie realizacji zamówienia, działając w trybie art. 117 ust. 4 PZP. Zgodnie z brzmieniem tego oświadczenia, wykonawca zadeklarował, że w ramach konsorcjum firma DROG-BUD sp. z o.o. wykonywać będzie usługi pielęgnacji zieleni na terenach miejskich zlokalizowanych w Częstochowie, natomiast firma Zielone Miasto sp. z o.o. wykonywać będzie usługi utrzymania porządku i czystości

oraz utrzymania zimowego na przystankach komunikacji miejskiej oraz na terenach

miejskich zlokalizowanych w Częstochowie.

Z kolei z przedstawionego przez konsorcjum zestawienia posiadanego sprzętu (zgodnie z wymogiem dokumentowania się określoną zdolnością techniczną, opisanym na str. 7 w pkt. 2 SWZ) oraz załączonymi do tego oświadczenia dowodami, wynika, że cały sprzęt, którego posiadania wymagał zamawiający, znajduje się wyłącznie w dyspozycji konsorcjanta Zielone Miasto sp. z o.o., który wynajmuje ten sprzęt od podmiotu trzeciego. Tymczasem firma Drog-Bud nie wykazała posiadania sprzętu niezbędnego do wykonania usług, które planuje wykonywać zgodnie ze złożonym przez konsorcjum oświadczeniem w trybie art. 117 ust. 4 PZP.

Antycypując chęć dążenia przez wykonawcę do powołania się na zasadę „łączenia potencjałów" członków konsorcjum w zakresie zdolności technicznej w kontekście uzasadnienia spełniania warunków udziału w postępowaniu, wskazuje się, że zasada ta ulega ograniczeniu w zakresie, w którym dotyczy badania spełnienia warunków udziału w

postępowaniu w powiązaniu z oświadczeniem złożonym w trybie art. 117 ust. 4 PZP. Istotą i celem wprowadzenia przez ustawodawcę tego przepisu było umożliwienie zamawiającym zbadania, czy realizacji określonej części zamówienia podejmować się będzie faktycznie podmiot, który posiada zarówno kompetencje jak i zdolność techniczną do jego realizacji.

Powyższe znajduje potwierdzenie w poglądach doktryny, w tym w szczególności w treści komentarza do nowej ustawy PZP pod redakcją Urzędu Zamówień Publicznych. Jak wskazuje autor komentarza: „W zasadzie nie powinna budzić wątpliwości możliwość łączenia potencjału technicznego konsorcjantów w postaci urządzeń technicznych i narzędzi, choć przy ocenie spełniania warunków należy uwzględnić, czy zasoby te będą wyłącznie wykorzystywane przez tego współwykonawcę, który deklaruje dysponowanie tymi zasobami (w tym wypadku ma znaczenie wewnętrzny podział ról konsorcjantów), czy też zostaną rozdzielone w ramach grupy, (Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz, red. H. Nowak, M. Winiarz, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2021, s. 449, pkt. 6).

W niniejszym przypadku podmiotem, który deklaruje posiadanie kompletu zasobów niezbędnych: do zrealizowania części zamówienia w zakresie usług pielęgnacji zieleni na terenach miejskich zlokalizowanych w Częstochowie (sprzęt i narzędzia) posiada konsorcjant Zielone Miasto sp. z o.o., podczas gdy zgodnie z oświadczeniem złożonym w trybie art. 117 ust. 4 PZP usługi te ma wykonywać w całości konsorcjant DOG-BUD sp. z o.o. Porównanie oświadczenia w trybie art. 117 ust. 4 PZP i złożonego wcześniej wykazu sprzętu dowodzi, że Konsorcjum DROG-BUD — Zielone Miasto, nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Również z tej przyczyny oferta tego wykonawcy winna podlegać odrzuceniu

na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. b) PZP.

3. Złożenie oferty niezgodnej z warunkami zamówienia

W ocenie odwołującego, spółka Zielone Miasto sp. z o.o., będąca członkiem konsorcjum DROGBUD, która zgodnie z deklaracją złożoną przez wykonawców w trybie art. 117 ust. 4 PZP zajmować się ma usługami utrzymania porządku i czystości oraz utrzymania zimowego

na przystankach komunikacji miejskiej oraz na terenach miejskich zlokalizowanych w

Częstochowie, nie posiada uprawnień wymaganych przepisami prawa powszechnie obowiązującego do wykonywania tego typu działalności, a zgodnie z warunkami zamówienia określonymi w szczególności w §3 ust. 1 wzoru umowy zaakceptowanego przez wykonawcę, zobowiązany jest on do posiadania stosownych uprawnień do wykonywania świadczonej przez niego działalności.

Poprzez warunki zamówienia należy rozumieć zgodnie z definicją wyrażoną w art. 7 pkt 29 Pzp: warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zgodnie więc z zacytowaną definicją legalną, postanowień przyszłej umowy stron nie sposób pominąć analizując treść ofety wykonawcy.

Dopuszczenie do zawarcia umowy w tych okolicznościach, prowadziłoby do tego, że z chwilą wykonania pierwszej usługi w ramach umowy wykonawca działałby nielegalnie (w rozumieniu przepisów prawa powszechnie obowiązującego) oraz nienależycie wykonywałby zobowiązanie (w rozumieniu warunków zamówienia określonych w umowie z zamawiającym). Z tej przyczyny, oferta konsorcjum Drog-Bud winna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 5 PZP.

Odpowiedź zamawiającego na odwołanie z dnia 16 sierpnia 2021r. - Sygn. akt KIO

2294/21

Zamawiający - Gmina Miasto Częstochowa — Centrum Usług Komunalnych na podstawie art. 521 ust. 1 ustawy z dnia 1 1 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (oznaczonej

dalej skrótem PZP) udzielił odpowiedzi na odwołanie z dnia 29 lipca 2021 r. wniesione przez

Zakład Produkcyjno-Usługowo-Handlowy „FLEUR-Ill" T.O. w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Utrzymanie porządku i czystości, utrzymanie zimowe oraz pielęgnacja zieleni na terenach miejskich zlokalizowanych w Częstochowie" co do:

1) wyboru najkorzystniejszej oferty w części II Rejon Tysiąclecie, dokonanej w dniu 22 lipca 2021 r. jako oferty złożonej przez wykonawcę Konsorcjum DROG-BUD sp. z o.o. i Zielone Miasto sp. z o.o.

2) zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Konsorcjum DROG-BUD sp. z o.o. i Zielone Miasto sp. z o.o. w odniesieniu do części: II - Tysiąclecie w związku z niespełnianiem warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę, a także złożenia oferty sprzecznej z ustawą.

Zamawiający w udzielonej odpowiedzi na odwołanie wnosi o:

1. oddalenie odwołania w całości.

2.zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600 zł oraz innych uzasadnionych kosztów, tj. kosztów dojazdu na rozprawę i noclegu pełnomocnika wg zestawienia przedłożonego na rozprawie.

W uzasadnieniu złożonej odpowiedzi na odwołanie zamawiający w szczególności wskazał na twierdzenia i dowody, służące odparciu wniosków i twierdzeń odwołania.

Co do zarzutu nr 1

Czyli naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b PZP przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum DROG-BUD sp. z o.o. i Zielone Miasto sp. z o.o. z uwagi na okoliczność, że wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadanego doświadczenia stwierdzając, że zarzut ten nie jest trafny.

Według zamawiającego

Członek Konsorcjum DROG-BUD sp. z o.o. przedłożył referencje udzielone przez

Stadion Śląski sp. z o.o. potwierdzające wykonanie usług o wartości przekraczającej kwotę

250.000 zł. obejmujące szeroki zakres usług z zakresu utrzymania zieleni, w tym związanych z zakładaniem, pielęgnacją i utrzymaniem zieleni na terenach publicznie dostępnych (Parku Śląskiego w Chorzowie).

Zamawiający potwierdza, że wykonawca w ramach podmiotowych środków dowodowych w toku powtórnego badania ofert przedłożył referencje wystawione przez dwa podmioty, tj.

Stadion Śląski sp. z o.o. (referencje z dnia 16.02.2018 r.) oraz Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad (referencje z dnia 20.07.2021 r.).

Do referencji wystawionych przez Stadion Śląski sp. z o.o. został dołączony końcowy protokół odbioru z dnia 17.02.2017 r., zawierający tabelę nr 4, dokładnie określającą zakres wykonanych prac i ich koszt. Zamawiający, dokonując oceny referencji pod kątem doświadczenia wykonawcy w realizacji zakresu prac tożsamego z robotami będącymi przedmiotem niniejszego postępowania jako spełniające warunek postawiony w SIWZ uznał następujące roboty o łącznej wartości 317.657 zł brutto, przedstawiając szczegółowe wyliczenie wykonanych robót.

Zamawiający dokonując z kolei analizy referencji z dnia 20.07.2021 r. wystawionych przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad zamawiający uznał jako spełniające warunek postawiony w SWZ prace o wartości 3.113.463,63 zł brutto.(koszenie traw, nasadzenia i pielęgnacja, przycinka mechaniczna drzew, niszczenie barszczu Sosnowskiego, odchwaszczanie chodników).

Dla zamawiającego przedłożone referencje są satysfakcjonujące, mając na uwadze kompleksowy ich charakter świadczonych usług kwalifikowanych jako zamówienia o wspólnym charakterze. O takim traktowaniu wymienionych w referencjach usług z zakresu szeroko rozumianego utrzymania zieleni świadczy okoliczność, że usługi sadzenia roślin oraz utrzymania terenów zielonych są kwalifikowane w ramach jednego kodu CPV - 77310000.

Biorąc pod uwagę szeroki zakres i skalę prowadzonych prac w ramach zadania potwierdzonego referencjami przez Stadion Śląski sp. z o.o., jak również wartość zamówienia potwierdzoną przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad, a przekraczającą znacznie oczekiwany przez zamawiającego poziom potwierdzenia doświadczenia w realizacji zadań objętych przedmiotowym zamówieniem publicznym o wartości 250.000 zł brutto, zamawiający uznał, że wykonawca posiada wymagane doświadczenie i będzie w stanie zrealizować powierzone mu zadanie.

Należy wskazać, jaka była rzeczywista intencja zamawiającego co do wymaganego doświadczenia wykonawcy.

Zgodnie z zapisami SWZ wykonawca spełni warunek, jeżeli udokumentuje wykonanie lub wykonywanie w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, usług polegających na pielęgnacji zieleni urządzonej na terenach publicznie dostępnych (urządzone tereny zieleni miejskiej, osiedlowej oraz otwarte publicznie dostępne urządzone tereny zieleni przyzakładowej, przyszkolnej, towarzyszącej urzędom, instytucjom użyteczności publicznej i obiektom sakralnym, handlowym i biurowym, w zakres których wchodziły między innymi: koszenie trawników, pielęgnacja kwietników lub grup krzewów, w tym cięcia pielęgnacyjne). Powyższy warunek zostanie spełniony, jeżeli wykonawca zrealizował w jednym lub kilku zamówieniach ww. usługi o łącznej wartości min. 250.000,00 zł brutto.

Przywołał dalej zamawiający: Zgodnie z art. 5 pkt 21 ustawy z dnia 16 kwietnia 2004 r. o ochronie przyrody przez tereny zieleni rozumie się tereny urządzone wraz z infrastrukturą techniczną i budynkami funkcjonalnie z nimi związanymi, pokryte roślinnością, pełniące funkcje publiczne, a w szczególności parki, zieleńce, promenady, bulwary, ogrody botaniczne, zoologiczne, jordanowskie i zabytkowe, cmentarze, zieleń towarzysząca drogom na terenie zabudowy, placom, zabytkowym fortyfikacjom, budynkom, składowiskom, lotniskom, dworcom kolejowym oraz obiektom przemysłowym. Teren zieleni urządzonej to teren otwarty, pokryty roślinnością wysoką, średnio wysoką i niską, świadomie komponowany, wydzielony i ukształtowany zgodnie z planami zabudowy miast i osiedli. Przez pojęcie urządzenia zieleni rozumie się jej świadome nasadzanie i utrzymywanie przez człowieka, w przeciwieństwie do skupisk roślinności będących źródłem samoistnego ich rozsiewania się bez ingerencji ze strony człowieka. Charakter zieleni urządzonej mają zatem zarówno parki, zieleńce, trawniki na miejskich terenach ogólnodostępnych, jak również zieleń przyuliczna w pasach drogowych.

Objęte przedmiotem zamówienia zostały tereny zieleni urządzonej w obrębie miasta Częstochowa, mieszczące się w katalogu określonym w powołanym art. 5 pkt 21 ustawy o ochronie przyrody. Zamawiający oczekiwał od wykonawcy wykazania doświadczenia w zakresie zadań pielęgnacyjnych i w SWZ wymienił przykładowe formy pielęgnacji (używając sformułowania między innymi: koszenie trawników, pielęgnacja kwietników lub grup krzewów, w tym cięcia pielęgnacyjne), natomiast szczegółowy opis zadań został zawarty w Zał. nr 1 do SWZ — Standardy i metody wykonywania prac. Wykazanie przez wykonawcę szerszego spektrum zabiegów pielęgnacyjnych (np. układania zestawów nawadniających, ekranów przeciwkorzeniowych, palowania drzew, odchwaszczania) świadczy na korzyść wykonawcy o zaawansowanym doświadczeniu w zakresie prac pielęgnacyjnych.

W istocie Krajowa Izba Odwoławcza rozpatrując poprzednie odwołanie w połączonych sprawach o sygn. KIO 1586/21 i 1587/21 w uzasadnieniu wyroku z dnia 28 czerwca 2021 r. uznała, że usługi związane z pielęgnacją zieleni stanowiły łącznie wartość 3.000 zł (czynność: pielęgnacja drzew liściastych form naturalnych — 30 szt.) Wskazać należy, że z uwagi na niedopuszczenie do udziału w postępowaniu przystępującego wykonawcy nie mógł on przedłożyć stanowiącego uzupełnienie referencji końcowego protokołu odbioru z dnia 17.02.2017 r., zawierającego tabelę nr 4, dokładnie określającą zakres wykonanych prac i ich koszt, zatem KIO nie dysponowała materiałem dowodowym, który umożliwiłby wnikliwą analizę charakteru objętych referencjami usług. Zamawiający w trakcie powtórzonej czynności badania ofert dysponował zarówno wskazanymi powyżej referencjami Stadionu Śląskiego sp. z o.o., jak i końcowym protokołem odbioru, zatem posiadał znacznie dokładniejszą informację o charakterze potwierdzonych referencjami czynności oraz ich kosztach.

Wymóg posiadania sprzętu

Odnosząc się natomiast do zarzutu dotyczącego braku spełnienia warunków udziału w postępowaniu z uwagi na niewykazanie przez członka konsorcjum — DROG-BUD sp. z o.o. zestawienia posiadanego sprzętu niezbędnego do realizacji zamówienia, stwierdzić należy, że zarzut ten nie jest trafny.

Zgodnie z art. 117 ust. 3 PZP w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach tych z wykonawców, którzy wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Należy zwrócić uwagę, że przepis ten nie dotyczy jednak potencjału technicznego, który nie jest przedmiotem oceny w kontekście zamysłu ustawodawcy, który został sformułowany w art. 117 PZP

Przyjęcie założenia, że każdy z konsorcjantów ma dysponować sprzętem wymaganym przez zamawiającego stawia pod znakiem zapytania sens wspólnego ubiegania się przez wykonawców o udzielenie zamówienia. Konsorcjum jest bowiem tworzone w celu łączenia potencjału technicznego, osobowego, ekonomicznego i finansowego w ubieganiu się o udzielenie zamówienia publicznego. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą właśnie w tym celu łączyć posiadane zasoby techniczne, ale równie dobrze mogą polegać na zasobach pozostających w posiadaniu jednego z nich.

Problematyka oceny warunków udziału w postepowaniu przez konsorcjum była przedmiotem orzecznictwa Naczelnego Sądu Administracyjnego (Wyrok NSA z dnia 3 lutego 2017 r. (sygn. akt II GSK 1527/15), w którym NSA stwierdza, że jeżeli warunek opisany przez zamawiającego zostanie spełniony przez wszystkich konsorcjantów łącznie, to brak jest podstaw do żądania spełnienia warunków przez każdego z wykonawców, a zamawiający winien uznać, że każdy z konsorcjantów potwierdził spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Odmienna interpretacja byłaby sprzeczna z literalnym brzmieniem art. 23 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (aktualnie art. 58 ust. 5 PZP w analogicznym brzmieniu), zgodnie z którym do członków konsorcjum (aktualnie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia) stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące wykonawcy. Inne traktowanie wykonawców zawiązujących konsorcjum niż wykonawców składających ofertę samodzielnie, naruszałoby jedną z naczelnych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych.

Dla potwierdzenia tego toku rozumowania wskazać należy, że Zamawiający wyraźnie określił w SWZ (7.25.), że w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia wykaz narzędzi wymaganych w zał. Nr 7 do SWZ (7.7.1.) składa wspólnie podmiot ubiegający się o udzielenie zamówienia, a nie indywidulanie każdy z wykonawców, zatem ocenie podlegać będzie całokształt zadeklarowanego potencjału technicznego.

Co do zarzutu nr 2

Odnosząc się do zarzutu nr 2 dotyczącego naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawcy Konsorcjum DROG-BUD sp. z o.o. i Zielone Miasto sp. z o.o. w odniesieniu do części II — Tysiąclecie wobec złożenia oferty niezgodnej z warunkami zamówienia, a to w związku z nieposiadaniem przez spółkę Zielone Miasto sp. z o.o. zezwoleń niezbędnych do wykonywania działalności objętej zamówieniem, wymaganej przepisami prawa powszechnie obowiązującego, które zgodnie z deklaracją złożoną w trybie art. 117 ust. 4 PZP spółka ta zamierza wykonywać, a których posiadania wymaga zamawiający w warunkach zamówienia, a to we wzorze umowy zaakceptowanym przez wykonawców przy składaniu oferty, w pierwszej kolejności stwierdzić należy, że odwołujący nie wskazał jakich zezwoleń spółka Zielone Miasto sp. z o.o. nie posiada, zatem zamawiający nie jest w stanie wyprowadzić w tym zakresie merytorycznej kontrargumentacji.

Natomiast w istocie zamawiający w § 3 ust. 1 lit. b zamieścił wymóg, że wykonawca jest zobowiązany posiadać stosowne zezwolenia i wpisy uprawniające do prowadzenia działalności niezbędne do wykonania przedmiotu Umowy przez cały okres realizacji postanowień niniejszej Umowy, a w szczególności w sytuacji, gdy prace pielęgnacyjne realizowane są w odniesieniu do pomników przyrody. Należy natomiast zauważyć, że wzór umowy dołączony do SWZ dotyczył wszystkich rejonów objętych zamówieniem (I-VIII), natomiast w części której dotyczy odwołanie, tj. II nie przewiduje się prac przy pomnikach przyrody, zatem zapis ten jest bezprzedmiotowy.

Na marginesie, stosownie do podziału obowiązków między konsorcjantami wg oświadczenia

złożonego na podstawie art. 117 ust. 4 PZP spółka Zielone Miasto sp. z o.o. ma zajmować się utrzymaniem czystości na przystankach komunikacji miejskiej oraz na terenach miejskich, więc wykonawca ten nie będzie świadczył usługi dotyczącej pielęgnacji pomników przyrody, zatem nie ma jakiejkolwiek potrzeby, aby posiadał uprawnienia dotyczące pielęgnacji pomników przyrody.

Nadmieniam, że zgodnie z art. 117 ust. 2 PZP warunek dotyczący uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o którym mowa w art. 112 ust. 2 pkt 2, jest spełniony, jeżeli co najmniej jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia posiada uprawnienia do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej i zrealizuje roboty budowlane, dostawy lub usługi, do których realizacji te uprawnienia są wymagane.

Ustawodawca wprowadził zatem obowiązek złożenia oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 PZP po to właśnie, aby ocenić, czy wykonawca wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, który będzie realizował zadania wymagające uprawnień, o których mowa powyżej, takie uprawnienia posiada.

Reasumując, mając na uwadze argumentację zawartą w uzasadnieniu niniejszego pisma zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości oraz zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego na rzecz zamawiającego.

Przystępujący po stronie zamawiającego/wykonawca wybrany złożył pismo

procesowe z dnia 13 sierpnia 2021roku - Sygn. akt KIO 2294/21

PISMO PROCESOWE PRZYSTĘPUJĄCEGO (w aktach sprawy)

W ocenie Przystępującego zarzuty przedstawione w odwołaniu z dnia 2 sierpnia 2021 r., są pozbawione jakichkolwiek podstaw prawnych, a co za tym idzie nie zasługują na uwzględnienie.

Odnosząc się chronologicznie do podniesionych przez odwołującego zarzutów wskazać należy co następuje:

W ocenie Przystępującego bezpodstawny jest zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b pzp poprzez nie odrzucenie oferty Przystępującego rzekomo wobec nieprzedłożenia referencji z których wynika, aby Przystępujący wykonywał w przeszłości usługi polegające na pielęgnacji zieleni urządzonej na terenach publicznie dostępnych, a nadto aby spółka DROG-BUD sp. z o. o. nie dysponowała żadnym sprzętem do wykonywania tych usług.

Zgodnie ze złożonymi przez Przystępującego referencjami, usługi realizowane przez Drog-Bud sp. z o. o. na rzecz GDDKiA wbrew temu co próbuje wywodzić odwołujący nie odnoszą się do robót budowlanych w zakresie napraw i utrzymania dróg (zgodnie nagłówkiem referencji). Po pierwsze w nagłówku referencji wskazane jest pojęcie roboty, a nie roboty budowalne, jak celowo i błędnie pisze odwołujący. Po drugie w treści referencji wskazany jest zakres pracy wykonywany przez DROG-BUD sp. z o.o., a z którego wprost i niewątpliwie wynika, iż zakres wykonanych prac nie stanowił robót budowalnych.

Tym samym nie sposób zgodzić się z odwołującym, iż koszenie trawy w pasie drogowym, nasadzenia krzewów i drzew czy w końcu mechaniczna przycinka korony drzew, odnosiła się do Procesu zakładania zieleni, a nie jej pielęgnacji. Po trzecie wskazać należy, iż w zakres pojęcia pielęgnacji zieleni, wchodzi koszenie i pielęgnacja trawników, areacja i wertykulacja trawników, podlewanie trawników, przycinanie żywopłotów, przycinanie i formowanie drzew i krzewów, ochrona chemiczna roślin, usuwanie liści. Powyższe potwierdza także załącznik do SWZ nr II.4 — przedmiar robót, z którego wprost wynika zakres prac jakich żąda zamawiający w ramach pielęgnacji zieleni. Wymieć tu należy chociażby pkt od 1 do 21 załącznika nr II.4 do SWZ. W tym miejscu następuje wymienienie czynności do wykonania w ramach zamówienia.

Biorąc pod uwagę przywołane powyżej zapisy SWZ, wskazać należy, iż pielęgnacja zieleni w ramach zamówienia, niewątpliwie pokrywa się z zakresem prac wykonywanych przez przystępującego, co do których otrzymał referencje.

Ponadto wskazać należy, iż zieleń w pasie drogowym nie jest to zieleń dzika, a urządzona z przypisanymi jej funkcjami, związanymi z funkcjonowaniem jej jako wyposażenie pasa drogowego (funkcja izolacyjna-ograniczanie rozprzestrzeniania zanieczyszczeń komunikacyjnych emitowanych liniowo w pasach drogowych, w tym także hałasu komunikacyjnego, krajobrazowa). Zgodnie z § 52 Rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie: (dalej cytat przepisu).

Przystępujący złożył również referencje wystawione przez Stadion Śląski Sp. z o.o., aby jednoznacznie wykazać posiadane kwalifikacje zawodowe, dodatkowo wraz z referencjami wystawionymi przez Stadion Śląski Sp. z o.o. przedłożył końcowy protokół odbioru wraz z tabelą rozliczeniową nr 4. Z treści przedłożonych dodatkowych załączników wprost wynika, że Drog-Bud Sp. z o.o. w ramach referencji wystawionych przez Stadion Śląski Sp. z o.o., wykazał kwalifikacje niezbędne do wykonania mniejszego zamówienia, zgodnie z wymogami Zamawiającego, tj.:(następuje wyliczenie prac)

Po zsumowaniu wszystkich wymienionych wyżej pozycji zakres wykonanych przez Drog-Bud sp. z o. o. prac ma wartość: 296.481,42 zł brutto i spełnia warunek określony przez Zamawiającego. Należy przy tym zauważyć, iż Zamawiający określił ten warunek jako łączny dla wszystkich rejonów I-VIII, a zatem Przystępujący wykonawca nie musiał wykazywać doświadczenia w wykonaniu usług o wartości stanowiącej wielokrotność kwoty 250 000,00 zł brutto z każdego z rejonów.

Natomiast odnosząc się do kwestii posiadania przez Przystępującego wykonawcę niezbędnego sprzętu wskazać należy, iż istotą wspólnego ubiegania się o zamówienie jest łączenie potencjału kilku wykonawców, który sumowany łącznie pozwala wykazać fakt dysponowania odpowiednimi w stosunku do przedmiotu zamówienia kwalifikacjami (KIO 2424/10). Wobec tego konsorcjum biorące udział w postępowaniu co do zasady powinno być traktowane — w odniesieniu do warunków, o których mowa w art. 112 pzp — jak jeden podmiot dysponujący określonym potencjałem w zakresie technicznym, kadrowym, wiedzy i doświadczenia oraz sytuacji ekonomicznej i finansowej, na który to potencjał składają się zdolności poszczególnych członków konsorcjum. Tylko wówczas zachowany zostanie sens przepisów dopuszczających wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia, a interpretacja przeciwna podważałaby ratio legis art. 58 ust. 5 (KIO/KU 41/11 na gruncie art. 23 ust. 1 poprzedniego p.z.p.). Dlatego też potencjały wykonawców występujących w postępowaniu wspólnie podlegają sumowaniu (KIO 2765/11, KIO 248/11).

W niniejszym postępowaniu zamawiający żądał spełnienia warunku w zakresie posiadania niezbędnego sprzętu przez co najmniej jednego członka konsorcjum. Zamawiający w SWZ, co do oferty wspólnej, wymagał:(cytat z SWZ i art.117PZP)

Jak wynika z powyższego jeżeli jeden z podmiotów posiada wymagane doświadczenie, to on będzie zobowiązany do wykonania zadania, do którego zdolności te należy uznać za niezbędne, nie stawiając w tym zakresie wymogu wykonania „własnym sprzętem". Przepis nakazuje wykonanie świadczenia przez konkretnego członka konsorcjum (wykonawcę ubiegającego się wspólnie o zamówienie) wykazującego posiadanie zasobów niezbędnych do spełnienia warunku i doświadczenia, dysponowania osobami o odpowiednich kwalifikacjach czy wykształceniu. Dlatego też z uwagi na wyżej wskazane stanowisko zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b pzp należy uznać za całkowicie bezzasadny.

Kompletnie gołosłowny i niczym nie poparty, a co za tym idzie nie wykazany jest zarzut rzekomego nie posiadania uprawnień (przez Zielone Miasto Sp. z o.o. przypisek własny) wymaganych Przepisami Prawa powszechnie obowiązującego do wykonywania tego typu działalności, a zgodnie z warunkami zamówienia określonymi w szczególności w § 3 ust. 1 wzoru umowy (...) zobowiązany jest on do posiadania stosownych uprawnień do wykonywania świadczonej dzielności. Przy tak postawionym zarzucie nie sposób odnieść się do niego merytorycznie i domyślać się co autor odwołania miał na myśli. W tym miejscu wskazać należy, iż posiadanie zezwolenia odnosi się chociażby do posiadania zezwolenia na wycinkę drzewa. Zatem zarzut naruszenia art. 226 ust 1 pkt 5 jest nie tylko bezpodstawny, ale też nie uzasadniony w żadne sposób przez Odwołującego.

Biorąc pod uwagę wszystkie wskazane powyżej okoliczności w pełni przychylam się do stanowiska Zamawiającego i przyłączając się do zgłoszonych przez niego wniosków,

wnoszę o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła

Sygn. akt KIO 2292/21 i Sygn. akt KIO 2294/21

Obydwa odwołania zostały złożone w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego na udzielenie zamówienia publicznego p.n. „Utrzymanie porządku i czystości, utrzymanie zimowe oraz pielęgnacja zieleni na terenach miejskich zlokalizowanych w Częstochowie”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 1 marca 2021 r. pod numerem 2021/S 041-102607.

Rozstrzygnięcie postępowania o udzielenie zamówienia co do wyboru najkorzystniejszej oferty zostało poddane dwukrotnej kontroli przez Krajową Izbę Odwoławczą (Izbę) wskutek złożonych odwołań.

Pierwsze rozstrzygnięcie Izby zapadło w dniu 28 czerwca 2021r. w połączonych sprawach pod Sygn. akt KIO 1586/21 i Sygn. akt KIO 1587/21.

Odwołania zostały wniesione przez odwołujących:

1. T.O. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Produkcyjno-Usługowy Fleur-III T.O. z siedzibą w Aleksandrii Drugiej
(KIO 1586/21),

2. B.O. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Produkcyjno-Usługowy Fleur-II B.O. z siedzibą w Częstochowie
(KIO 1587/21).

Zamawiającemu w wyniku rozstrzygnięcia Izby nakazano między innymi: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w ramach części I, II, V, VI i VII postępowania, dokonanie ponownej czynności oceny ofert w ramach części I, II, V, VI i VII postępowania oraz wezwania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Drog-Bud Sp. z o.o. z siedzibą w Lubojence i Zielone Miasto Sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie do uzupełnienia oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 Pzp oraz do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie spełniania warunku kwalifikacji zawodowych badanych doświadczeniem wykonawcy.

Przedmiotowe postępowanie odwoławcze prowadzone przez Izbę dotyczy odwołań wniesionych przez wyżej wymienionych odwołujących to jest:

A. odwołującego Zakład Produkcyjno-Usługowo-Handlowy "Fleur-III" T.O., Aleksandria Druga, ul. Gościnna 245, Aleksandria Druga 42-274 Konopiska Sygn. akt KIO 2292/21

B. odwołującego Zakład Produkcyjno-Usługowo-Handlowy "Fleur-II" B.O., Al. Wyzwolenia 6/15, 42-200 Częstochowa Sygn. akt KIO 2294/21

W związku z wniesionymi odwołaniami w sprawach o Sygn. akt KIO 1586/21 i Sygn. akt KIO 1587/21 odwołujący i zamawiający, którzy są tożsami w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym to jest o Sygn. akt KIO 2292/21 i Sygn. akt KIO 2294/21, uzasadnili podniesione zarzuty jak poniżej.

1. Brak spełniania warunków udziału w postępowaniu - zarzuty w odniesieniu do oferty Konsorcjum Drog-Bud.

W ocenie Odwołujących ww. oferta winna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp z uwagi na fakt, że wykonawca nie spełnił warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający wymagał bowiem od wykonawców udowodnienia legitymowania się odpowiednim doświadczeniem w wykonywaniu podobnych zobowiązań w przeszłości. Zgodnie z pkt 5 str. 8 SWZ wykonawca spełni warunek, jeżeli: „udokumentuje wykonanie lub wykonywanie w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, usług polegających na pielęgnacji zieleni urządzonej na terenach publicznie dostępnych (urządzone tereny zieleni miejskiej, osiedlowej oraz otwarte publicznie dostępne urządzone tereny zieleni przyzakładowej, przyszkolnej, towarzyszącej urzędom, instytucjom użyteczności publicznej i obiektom sakralnym, handlowym i biurowym, w zakres których wchodziły między innymi: koszenie trawników, pielęgnacja kwietników lub grup krzewów, w tym cięcia pielęgnacyjne). Powyższy warunek zostanie spełniony, jeżeli wykonawca zrealizował w jednym lub kilku zamówieniach ww. usługi o łącznej wartości min. 250 000,00 zł brutto”.

Podkreślenia wymaga, że przedmiotem zamówienia jest wykonywanie usług pielęgnacyjnych w zakresie zieleni miejskiej, stąd też wymagane przez zamawiającego referencje odnosiły się do wykazania doświadczenia w zakresie usług pielęgnacyjnych w zakresie zieleni urządzonej.

Na skutek wezwania do złożenia dokumentów, w toku badania i oceny ofert, Konsorcjum Drog-Bud złożyło referencje dla Drog-Bud Sp. z o.o. wystawione przez Stadion Śląski

Sp. z o.o. (dokument z 13 lutego 2018 r.), w których szczegółowo określono zakres wykonywanych prac. Usługi wykonywane przez tego wykonawcę w odniesieniu do „Zieleni” (str. 3 referencji), odnosiły się w przeważającej mierze do zadań związanych z zakładaniem zieleni, a nie jej pielęgnacją. Jedyne czynności pielęgnacyjne w zakresie zieleni odnosiły się do „Pielęgnacji drzew liściastych form naturalnych — 30 szt.”, przy czym rynkowa wartość tych usług nie przewyższała kwoty 3000 zł. Tego typu doświadczenie było niewystarczające. Ponieważ dokumenty złożone przez wykonawcę nie potwierdzały spełnienia warunków udziału w postępowaniu, jego oferta winna podlegać odrzuceniu zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b Pzp.

2. Brak złożenia oświadczenia z art. 117 ust. 4 Pzp - zarzuty w odniesieniu do Konsorcjum Drog-Bud oraz Przystępującego.

W nawiązaniu do wymogu o którym mowa wyżej, brak spełniania przez Konsorcjum Drog-Bud warunków udziału w postępowaniu, był oczywisty, biorąc pod uwagę, że wymóg w zakresie posiadania określonego doświadczenia przez wykonawcę, w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o realizację zamówienia, niósł za sobą konsekwencje w postaci obowiązku dołączenia do oferty oświadczenia, z którego wynikałoby, które roboty budowlane, dostawy lub usługi wykonają poszczególni wykonawcy (art. 117 ust. 4 Pzp). Wymóg z art. 117 ust. 4 Pzp jest adresowany bezpośrednio do wykonawców, a obowiązek jego spełnienia nie zależy od tego czy zamawiający określi go w SWZ.

Brak spełnienia przez wykonawcę obowiązku złożenia oświadczenia wraz z ofertą spowodował, że zamawiający nie miał możliwości zweryfikowania czy później dostarczone referencje złożone zostały przez tego z członków konsorcjum, który będzie później wykonywał usługi objęte zakresem referencji.

W ramach złożonych przez wykonawcę podmiotowych środków dowodowych w postaci wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usług w celu wykonania zamówienia wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami (patrz pkt 5.3.2.SWZ), narzędzia te pozostawały w dyspozycji wykonawcy Zielone Miasto Sp. z o.o., który nie dysponował stosownymi referencjami wymaganymi przez Zamawiającego.

Odwołujący wskazali, że wymaganego dyspozycją art. 117 ust. 4 Pzp oświadczenia nie złożył również Przystępujący. Przystępujący złożył referencje na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postepowaniu w zakresie odpowiedniego do realizacji przedmiotu zamówienia doświadczenia. Brak oświadczenia powodował jednak, że Zamawiający nie mógł wiedzieć który z podmiotów wchodzących w skład konsorcjum Przystępującego będzie odpowiadał ze realizacje poszczególnych części przedmiotu zamówienia. W konsekwencji

Zamawiający nie mógł zweryfikować, czy deklarowane przez Przystępującego

doświadczenie w realizacji odpowiednich usług zostanie w należyty sposób wykorzystane przy realizacji przedmiotowego zadania.

Zamawiający na posiedzeniu z udziałem stron złożył pisemną odpowiedź na oba odwołania (przypis własny: to jest Sygn. akt KIO 1586 i Sygn. akt KIO 1587/21) wnosząc o ich oddalenie. W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający wskazał m. in.:

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp pkt 2 lit. c w zw. z art. 117 ust. 3 i 4 Pzp przez zaniechanie odrzucenia ofert Przystępującego oraz Konsorcjum Drog-Bud wobec złożenia oferty niezgodnej z przepisami ustawy oraz w związku z niezłożeniem oświadczenia, z którego wynika, które usługi wykonają poszczególni wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia.

Zamawiający uznał, że skoro biorące udział w postępowaniu konsorcja nie złożyły oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 Pzp, to domniemać należało, że ich członkowie wykonywać będą wszystkie elementy zamówienia wspólnie, bez dokonywania podziału zadań na poszczególnych uczestników konsorcjum.

Z ostrożności procesowej Zamawiający zastrzegł, że niezłożenie oświadczeń, o których mowa w art. 117 ust. 4 Pzp stanowi uchybienie o małym stopniu istotności, zatem nie powinno ono stanowić podstawy odrzucenia oferty.

Oświadczenie przewidziane w art. 117 ust. 4 Pzp należałoby zakwalifikować do podmiotowych środków dowodowych ze wszystkimi tego konsekwencjami, w szczególności co do możliwości uzupełnienia i wyjaśnienia oświadczenia na podstawie art. 128 Pzp. Koresponduje to z § 7 ust. 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie. Tym samym w razie niezłożenia oświadczenia wraz z ofertą, co do zasady, będzie istniała możliwość jego uzupełnienia. Sankcja w postaci odrzucenia oferty z powodu tego typu uchybienia byłaby przedwczesna i niewspółmierna.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Drog-Bud z uwagi na okoliczność, że wykonawca nie spełnił warunków udziału w postepowaniu w zakresie posiadanego doświadczenia był nietrafny.

Zamawiający wymagał od wykonawców doświadczenia w zakresie świadczenia usług polegających na pielęgnacji zieleni urządzonej na terenach publicznie dostępnych, a wartość tych usług powinna odpowiadać co najmniej kwocie 250 000 zł brutto. Konsorcjum Drog-Bud złożył referencje udzielone przez Stadion Śląski Sp. z o.o. potwierdzające wykonanie usług o wartości przekraczającej kwotę 250 000 zł, obejmujące szeroki zakres usług z zakresu utrzymania zieleni, w tym zakładaniem, pielęgnacją i utrzymaniem zieleni na terenach publicznie dostępnych (Parku Śląskiego w Chorzowie). Złożone referencje zostały podzielone na trzy części — w części drugiej „Zieleń" wyszczególniono roboty o wartości 942 454,87 zł, a wśród nich następujące: pielęgnację drzew liściastych form naturalnych (30 szt.), ułożenie ekranu przeciwkorzeniowego (212 m^2), ułożenie zestawu nawadniającego wokół drzew (20 szt.), wykonanie trawników dywanowych siewem z nawożeniem i ręczną pielęgnacją (31 039,52 m^2), sadzenie krzewów liściastych form naturalnych (9 930 szt.) oraz sadzenie drzew liściastych form naturalnych.

Zamawiający uznał złożone referencje jako satysfakcjonujące, mając na uwadze kompleksowy charakter świadczonych usług kwalifikowanych jako zamówienia o wspólnym charakterze. O takim traktowaniu wymienionych w referencjach usług z zakresu szeroko rozumianego utrzymania zieleni świadczy okoliczność, że usługi sadzenia roślin oraz utrzymania terenów zielonych są kwalifikowane w ramach jednego kodu CPV - 77310000. Biorąc pod uwagę szeroki zakres i duża skalę prowadzonych prac w ramach zadania potwierdzonego referencjami przez Stadion Śląski Sp. z o.o., jak również wartość zamówienia przekraczającą znacznie oczekiwane przez zamawiającego potwierdzenie doświadczenia w realizacji zadań objętych przedmiotowym zamówieniem publicznym o wartości 250 000 zł brutto, Zamawiający uznał, że wykonawca posiadał wymagane doświadczenie i będzie w stanie zrealizować powierzone mu zadanie.

Izba uzasadniając rozstrzygnięcia w sprawach o Sygn. akt KIO 1586/21 i o Sygn. akt KIO 1587/21 przedstawiła następujące stanowisko:

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i

Przystępującego złożone podczas rozprawy, Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że wobec żadnego z odwołań nie została wypełniona żadna, z wynikających z art. 528 Pzp, przesłanek ustawowych skutkujących jego odrzuceniem.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała oba odwołania uznając, że zasługują one na częściowe uwzględnienie.

Odwołania dotyczyły następujących części postępowania i złożonych w nich ofert:

1. 1586/21:
    a) część II - oferta Konsorcjum Drog-Bud,
    b) część VII - oferta Przystępującego,
2. 1587/21:
    a) część I - oferta Konsorcjum Drog-Bud,
    b) część V - oferta Przystępującego oraz Ready,
    c) część VI - oferta Konsorcjum Drog-Bud.

Potwierdziły się dotyczące Konsorcjum Drog-Bud zarzuty niewykazania przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający zawarł w SWZ następujący warunek udziału w postępowaniu w zakresie kwalifikacji zawodowych badanych doświadczeniem wykonawcy:

„Wykonawca spełni warunek, jeżeli udokumentuje wykonanie lub wykonywanie w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, usług polegających na pielęgnacji zieleni urządzonej na terenach publicznie dostępnych (urządzone tereny zieleni miejskiej, osiedlowej oraz otwarte publicznie dostępne urządzone tereny zieleni przyzakładowej, przyszkolnej, towarzyszącej urzędom, instytucjom użyteczności publicznej i obiektom sakralnym, handlowym i biurowym, w zakres których wchodziły między innymi: koszenie trawników, pielęgnacja kwietników lub grup krzewów, w tym cięcia pielęgnacyjne).

Powyższy warunek zostanie spełniony, jeżeli wykonawca zrealizował w jednym lub kilku zamówieniach ww. usługi o łącznej wartości min. 250.000,00 zł brutto”.

Zamawiający wskazał, że warunek powyższy odnosi się do części I - VIII przedmiotu zamówienia. Na potwierdzenie jego spełniania, w odpowiedzi na wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych Konsorcjum Drog-Bud złożyło referencje z 23 lutego 2018 r. wystawione przez Stadion Śląski Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach (dalej: Stadion Śląski).

W treści referencji Stadion Śląski potwierdził, że Drog-Bud Sp. z o.o. z siedzibą w Lubojence należycie wykonał przedmiot zamówienia o łącznej wartości robót brutto wynoszącej 6 896 315,12 zł, w ramach których prace związane z zielenią miały wartość 942 454,87 zł. Zakres dotyczących zieleni był następujący:

1. Pielęgnacja drzew liściastych form naturalnych - 30 szt.
2. Ułożenie ekranu przeciwkorzeniowego - 212,00 m^2,
3. Ułożenie zestawu nawadniającego wokół drzew - 20 szt.
4. Przemieszczenie spycharkami mas ziemnych - 4 083,416 m^3,
5. Formowanie i zagęszczanie nasypów - 4 083,416 m^3,
6. Roboty ziemne - 31 039,52 m^3,
7. Rozścielenie ziemi urodzajnej spycharkami na terenie płaskim - 31 039,52 m^3,
8. Wykonanie trawników dywanowych siewem z nawożeniem i ręczną pielęgnacją - 31 039,52 m^2,

9. Sadzenie krzewów liściastych form naturalnych - 9 930,00 szt.

10. Sadzenie drzew liściastych form naturalnych - 46 szt.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że potwierdziło się stanowisko Odwołującego, który twierdził, że treść referencji nie odpowiada przytoczonemu wyżej warunkowi udziału w postępowaniu.

Zamawiający w jasny sposób określił, że na potrzebę wykazania się spełnieniem ww. warunku wykonawcy będą musieli udowodnić realizację usług polegających na pielęgnacji zieleni urządzonej. W zakres usług nie mogły wchodzić zatem roboty budowlane polegające na urządzeniu terenów zieleni miejskiej. Zamawiający wskazał w treści warunku przykładowe usługi jakie uzna za odpowiadające wymogom: koszenie trawników, pielęgnacja kwietników lub grup krzewów, w tym cięcia pielęgnacyjne. Zdecydowana większość robót wykazanych w referencji Konsorcjum Drog-Bud to roboty budowlane, w tym roboty ziemne. Jedynie pielęgnacja 30 sztuk drzew liściastych form naturalnych nie budzi wątpliwości, co do spełniania wymogów określonych w przedmiotowym warunku udziału w postępowaniu.

Niezasadne jednak jest stanowisko Odwołujących dotyczące skutków złożenia przez Konsorcjum Drog-Bud referencji niepotwierdzających spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący twierdzili, że obowiązkiem Zamawiającego było odrzucenie oferty Konsorcjum Drog-Bud jako oferty złożonej przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu. Izba jednak wskazuje, że wobec ustalonego stanu faktycznego obowiązkiem Zamawiającego w postępowaniu jest, zgodnie z art. 128 ust. 1 Pzp, wezwanie wykonawcy odpowiednio do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie dokumentów na potwierdzenie spełniania dotyczącego kwalifikacji zawodowych warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający błędnie uznał referencje wystawione przez Stadion Śląski za prawidłowe, nie wzywał zatem Konsorcjum Drog-Bud do stosownego uzupełnienia lub poprawienia złożonych dokumentów. W tej sytuacji wykonawcy przysługuje prawo do jednokrotnego uzupełnienia złożonych dokumentów.

Potwierdziły się zawarte w obu odwołaniach zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt. 3 Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. c Pzp w zw. art. 117 ust. 3 i 4 Pzp dotyczące niezłożenia wraz z ofertami przez Przystępującego oraz Konsorcjum Drog-Bud oświadczeń, o których mowa w art. 117 ust. 4 Pzp.

Art. 117 stanowi:

> Ust. 3: W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach tych z wykonawców, którzy wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.
>
> Ust. 4: W przypadku, o którym mowa w ust. 2 i 3, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia dołączają odpowiednio do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty oświadczenie, z którego wynika, które roboty budowlane, dostawy lub usługi wykonają poszczególni wykonawcy.

Obaj wykonawcy nie zastosowali się do dyspozycji art. 117 ust. 4 Pzp i nie złożyli stosownych oświadczeń wraz z ofertami, mimo, że w świetle przytoczonych przepisów byli do tego obowiązani. Wbrew twierdzeniu Odwołujących nie obligowało to Zamawiającego do natychmiastowego odrzucenia ofert Konsorcjum Drog-Bud oraz Przystępującego. O ile oświadczenie powinno być złożone razem z ofertą to nie oznacza to, że nie podlega ono uzupełnieniu. Oświadczenie jest powiązane z wykazaniem spełniania warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia przez co najmniej jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Skoro dopuszczalne w świetle art. 128 ust. 1 Pzp dopuszczalne jest uzupełnienie lub poprawa złożonych dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu to oświadczenie wskazane w art. 117 ust. 4 Pzp również należy traktować jako uzupełniane.

Z tego też względu Izba nakazała wezwanie Konsorcjum Drog-Bud oraz Przystępującego do uzupełnienia przedmiotowego oświadczenia.

Tak przedstawiają się ustalenia i zważenia Izby w sprawach o Sygn. akt KIO 1586/21 i o Sygn. akt KIO 1587/21, a co ma związek w rozpatrywanymi odwołaniami w niniejszym postępowaniu odwoławczym to jest o Sygn. akt KIO 2292/21 i o Sygn. akt KIO 2294/21.

Izba nie stwierdziła podstaw z art.528 PZP do odrzucenia obydwu odwołań i takie też wnioski nie zostały zgłoszone na posiedzeniu, ani rozprawie.

Izba stwierdziła interes obydwu odwołujących do wniesienia odwołania w rozumieniu art.505 PZP.

Strony i uczestnik/przystępujący po stronie zamawiającego/wykonawca wybrany przyjęli propozycję Izby co do wspólnego rozpatrywania zarzutów obydwu odwołań z racji, że zarzuty są tożsame, ponieważ dotyczą tych samych naruszeń przepisów ustawy PZP przywołanych w odwołaniach w związku z tożsamymi zaskarżonymi okolicznościami związanymi z wyborem najkorzystniejszej oferty to jest przystępującego po stronie zamawiającego. Również stanowisko zamawiającego, jak i podnoszona argumentacja w odpowiedzi na odwołanie oraz stanowisko i argumentacja przystępującego są tożsame, w obydwu sprawach. Powyższe Izba przedstawiła w uzasadnieniu, prezentując odwołania, odpowiedzi na odwołanie i pismo procesowe przystępującego - powyżej.

Odrębnego omówienia wymaga tylko wniosek przystępującego w sprawie o Sygn. akt KIO 2292/21 o stwierdzenie braku interesu prawnego do wniesienia odwołania, a nawet wniosek o odrzucenie odwołania z racji błędnego oznaczenia części zamówienia, których dotyczy odwołanie, przy wykazaniu interesu w uzyskaniu zamówienia. Izba potwierdza, że w odwołaniu o Sygn. akt KIO 2292/21 odwołujący pomimo, że zaskarża czynność wyboru najkorzystniejszej oferty w Części II to jest rejon Tysiąclecie, to powołując się na interes prawny do wniesienia odwołania wskazuje Część I - Rejon Centrum i Część VI - Rejon Raków. Jednak poza wskazaniem formalnego błędu w oznaczeniu rejonów (rozbieżność we wskazaniu Rejonów między zarzutami odwołania a uzasadnieniem interesu prawnego) przystępujący nie wskazuje na merytoryczne przesłanki co do braku interesu prawnego do złożenia odwołania w sprawie o Sygn. akt KIO 2292/21.

Izba oceniła prawo do środka prawnego - odwołania na podstawie wskazanych rejonów w zarzutach odwołania, a nie w uzasadnieniu interesu w uzyskaniu zamówienia i stwierdza interes obydwu odwołujących do wniesienia odwołania w rozumieniu art.505 PZP.

Przechodząc do zarzutów naruszenia przez zamawiającego przepisów PZP w związku z czynnością wyboru najkorzystniejszych ofert - Sygn. akt KIO 2292/21 i Sygn. akt KIO 2294/21 wniesionych odwołań.

Co do braku spełniania warunków udziału w postępowaniu z powodu referencji - wskazujących na brak spełnienia warunku udziału w postepowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia zawodowego.

Według odwołującego oferta wykonawcy wybranego powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. b), ponieważ wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu.

Izba rozstrzygając postawiony zarzut dokonała analizy jakiego doświadczenia od wykonawców wymagał zamawiający w wykonywaniu podobnych zobowiązań w przeszłości.

I tak zgodnie z pkt. 5 str. 8 SWZ:

„Wykonawca spełni warunek, jeżeli udokumentuje wykonanie lub wykonywanie w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, usług polegających na pielęgnacji zieleni urządzonej na terenach publicznie dostępnych (urządzone tereny zieleni miejskiej, osiedlowej oraz otwarte publicznie dostępne urządzone tereny zieleni przyzakładowej, przyszkolnej, towarzyszącej urzędom, instytucjom użyteczności publicznej i obiektom sakralnym, handlowym i biurowym, w zakres których wchodziły między innymi: koszenie trawników, pielęgnacja kwietników lub grup krzewów, w tym cięcia pielęgnacyjne).

Z tak sformułowanego w SWZ warunku doświadczenia zawodowego wynikają następujące wymagania zamawiającego:

1. Mają to być „usługi pielęgnacji zieleni urządzonej”, czyli nie zakładanie, nie budowanie tylko dbanie o istniejącą już to jest urządzoną zieleń;

2. Usługi te mają być wykonane na terenach publicznie dostępnych;

3. Zamawiający jednak określa wyczerpująco co rozumie przez tereny publicznie dostępne, wymieniając je literalnie, dosłownie - urządzone tereny zieleni miejskiej, osiedlowej oraz otwarte publicznie dostępne urządzone tereny zieleni przyzakładowej, przyszkolnej, towarzyszącej urzędom, instytucjom użyteczności publicznej;

4. Zamawiający określa miejsca pielęgnacji zieleni urządzonej także przez wskazanie obiektów (obiektom sakralnym, handlowym i biurowym);

5. Zamawiający definiuje przykładowo wymagany zakres czynności wchodzących w pojęcie pielęgnacji zieleni: koszenie trawników, pielęgnacja kwietników lub grup krzewów, w tym cięcia pielęgnacyjne.

Na marginesie należy wspomnieć, że warunek zostanie spełniony, jeżeli wykonawca zrealizował w jednym lub kilku zamówieniach ww. usługi o łącznej wartości min. 250.000,00 zł brutto. Niemniej nie jest to warunek, w przedmiotowych rozstrzyganych sprawach, decydujący o spełnieniu wymaganego doświadczenia zawodowego.

Jak już wyżej Izba wskazała, w dniu 28 czerwca 2021 r. wydany został przed Krajowa Izbą Odwoławczą wyrok w połączonych sprawach o Sygn. akt KIO 1586/21 oraz o Sygn. akt KIO 1587/21, którym zakwestionowano możliwość powoływania się przez Konsorcjum Drog-Bud sp. z o.o. na złożone referencje wystawione przez Stadion Śląski. Jak między innymi stwierdzono w wyroku, usługi związane z pielęgnacją zieleni urządzonej stanowiły łącznie wartość 3.000 zł („Pielęgnacji drzew liściastych form naturalnych - 30 szt."). W pozostałym zakresie wymienione czynności Izba nie zaliczyła do pielęgnacji zieleni miejskiej tylko do jej urządzania/budowania, i to jako uzupełnienie robót budowlanych.

W następstwie powtórzenia czynności badania i oceny ofert, wskutek wydanego wyroku przez Izbę, wezwano wykonawcę do złożenia referencji dokumentujących spełnienie warunku udziału w postępowaniu w trybie art. 128 PZP.

Wykonawca wezwany/ przystępujący ponownie powołał się na te same referencje wystawione przez Stadion Śląski w toku ponownego badania i oceny ofert, przedstawiając dodatkowo protokół odbioru robót, w szczególności na wykazanie wartości zamówienia i szczegółowo je opisując w piśmie zamawiającego z dnia21.07.2021r.(akta sprawy). Niemniej nie przedstawił nowych pielęgnacji urządzonej zieleni co do jej zakresu. Słusznie odwołujący podnosi, że przedmiot świadczeń dokumentowany przez wykonawcę w ramach tych referencji jest zgoła odmienny od tego, którego wykazania wymagał zamawiający. Usługi świadczone przez Drog-Bud odnoszą się w zdecydowanej większości do etapu zakładania zieleni, a nie jej pielęgnacji. Powyższe potwierdza stanowisko wyrażone przez Izbę w wyroku z 28.06.2021 r. o braku możliwości powołania się przez Drogl-Bud na te referencje w celu udokumentowania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Poza tym w kontekście wyżej opisanego wymogu SWZ wśród obiektów w warunku nie wymienia się obiektów sportowych jakim jest Stadion Śląski (obiektom sakralnym, handlowym i biurowym). Ponadto w zakresie pielęgnacji zieleni nie wymienia się pielęgnacji kwietników, które wymienione są w warunku doświadczenia.

W powtórzonej czynności badania i oceny ofert przystępujący złożył drugą referencję, wystawione przez GDDKiA Oddział Katowice z dnia 20 lipca 2021roku. Również te referencje nie dokumentują wykonania przez wykonawcę usług polegających na pielęgnacji zieleni urządzonej na terenach publicznie dostępnych, zgodnie z wymogiem w SWZ.

Izba podziela argumentację odwołującego, że usługi realizowane w przeszłości przez Drog-Bud nie odnoszą się do zieleni urządzonej. Większość z nich dotyczy zieleni dziko rosnącej (chwastów i trawy przydrożnej) i nie ma nic wspólnego z czynnościami pielęgnacyjnymi na terenach zieleni urządzonej, tym bardziej zieleni miejskiej (zgodnie z wyliczeniem przedstawionym przez zamawiającego w SWZ). Pozostałe zabiegi dokumentowane przez wykonawcę odnoszą się do procesu zakładania zieleni, a nie jej pielęgnacji. Podobnie jak w przypadku zakwestionowanych wcześniej referencji przedstawionych przez Drog-Bud przy pierwszej ocenie ofert, tak i teraz referencje te należy traktować jako nie spełniające wymogów zamawiającego ujawnionych w SWZ. Ponieważ zamawiający dał już wykonawcy szansę na uzupełnienie dokumentów podmiotowych, w trybie art. 128 PZP, a wykonawca wymogowi temu nie podołał, jak również nie sprostał ciężarowi dowodowemu w zakresie udowodnienia, że przedłożone przez niego referencje dokumentują spełnienie warunków udziału w postępowaniu, oferta wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. b) PZP.

Przedmiot zamówienia odnosi się do realizacji wielu delikatnych usług polegających na drobiazgowej opiece nad urządzoną zielenią miejską. Umiejętności, które dokumentuje Drog-Bud odnoszą się z kolei w przeważającej mierze do czynności niszczących i dokonywanych w odniesieniu do zieleni dziko rosnącej lub też wyłącznie do zakładania zieleni jako elementu wykonywanych robót budowlanych (a nie jej pielęgnacji). Wobec tego uznać należy, że konsorcjum Drog-Bud nie spełnia warunku udziału w postępowaniu.

Zasadnie odwołujący w zakresie wykładni warunku udziału przywołuje stanowisko Izby w wyroku z dnia 21 stycznia 2020 r. (KIO 37/20): „Postanowienia dotyczące warunku udziału w postępowaniu oraz wymaganych dokumentów potwierdzających spełnienie warunków należy interpretować zgodnie z wykładnią gramatyczną. Wymagania, które określa Zamawiający, wynikają wprost z literalnego brzmienia ogłoszenia i SIWZ. Ocena spełnienia wymagań winna zostać dokonana w oparciu o literalne brzmienie ukształtowanych przez Zamawiającego wymagań, co zapobiega jakiejkolwiek uznaniowości na etapie oceny wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Nie jest więc dopuszczona rozszerzająca, niewyartykułowana interpretacja opisu warunku udziału w postępowaniu oraz dokonana w oparciu o nią ocena spełnienia warunku udziału w postępowaniu".

Powyżej cytowane postanowienia SWZ są jednoznaczne i należy je egzekwować dosłownie jako wymagania minimalne. Nie mają znaczenia przywoływane w sprawie czy to przepisy ustawy o ochronie przyrody, czy o utrzymaniu dróg. Prace zarówno na Stadionie Śląskim jak

1 przy drogach zarządzanych przez GDDKiA na dotyczą ani miejsc, ani obiektów wymienionych w warunku SWZ. Ponadto w żadnych referencjach nie wymieniono pielęgnacji kwietników. W tym stanie zarzut zasługuje na uwzględnienie.

2. Brak spełnienia warunków udziału w postępowaniu — brak sprzętu niezbędnego do realizacji deklarowanej części zamówienia

Izba w zakresie tego zarzutu podziela stanowisko i argumentację odwołującego, zgodnie z którą „ W toku ponownego badania i oceny ofert, na skutek wyroku Izby z dnia 28 czerwca 2021 r. Konsorcjum Drog-Bud złożyło oświadczenie w sposobie realizacji zamówienia, działając w trybie art. 117 ust. 4 PZP. Zgodnie z brzmieniem tego oświadczenia, wykonawca zadeklarował, że w ramach konsorcjum firma DROG-BUD sp. z o.o. wykonywać będzie usługi pielęgnacji zieleni na terenach miejskich zlokalizowanych w Częstochowie, natomiast firma Zielone Miasto sp. z o.o. wykonywać będzie usługi utrzymania porządku i czystości oraz utrzymania zimowego na przystankach komunikacji miejskiej oraz na terenach miejskich zlokalizowanych w Częstochowie.

Z kolei z przedstawionego przez konsorcjum zestawienia posiadanego sprzętu (zgodnie z wymogiem dokumentowania się określoną zdolnością techniczną, opisanym na str. 7 w pkt.

2 SWZ) oraz załączonymi do tego oświadczenia dowodami, wynika, że cały sprzęt, którego posiadania wymagał zamawiający, znajduje się wyłącznie w dyspozycji konsorcjanta Zielone Miasto sp. z o.o., który wynajmuje ten sprzęt od podmiotu trzeciego. Tymczasem firma Drog-Bud nie wykazała posiadania sprzętu niezbędnego do wykonania usług, które planuje wykonywać zgodnie ze złożonym przez konsorcjum oświadczeniem w trybie art. 117 ust. 4 PZP.

Antycypując chęć dążenia przez wykonawcę do powołania się na zasadę „łączenia potencjałów" członków konsorcjum w zakresie zdolności technicznej w kontekście uzasadnienia spełniania warunków udziału w postępowaniu, wskazuję że zasada ta ulega ograniczeniu w zakresie, w którym dotyczy badania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w powiązaniu z oświadczeniem złożonym w trybie art. 117 ust. 4 PZP. Istotą i celem wprowadzenia przez ustawodawcę tego przepisu było umożliwienie zamawiającym zbadania, czy realizacji określonej części zamówienia podejmować się będzie faktycznie podmiot który posiada zarówno kompetencje jak i zdolność techniczną do jego realizacji.

Powyższe znajduje potwierdzenie w poglądach doktryny, w tym w szczególności w treści komentarza do nowej ustawy PZP pod redakcją Urzędu Zamówień Publicznych. Jak wskazuje autor komentarza: „W zasadzie nie powinna budzić wątpliwości możliwość łączenia potencjału technicznego konsorcjantów w postaci urządzeń technicznych i narzędzi, choć przy ocenie spełniania warunków należy uwzględnić, czy zasoby te będą wyłącznie wykorzystywane przez tego współwykonawcę, który deklaruje dysponowanie tymi zasobami (w tym wypadku ma znaczenie wewnętrzny podział ról konsorcjantów), czy też zostaną rozdzielone w ramach grupy. (Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz, red. H. Nowak, M. Winiarz, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2021, s. 449, pkt. 6),

W niniejszym przypadku podmiotem, który deklaruje posiadanie kompletu zasobów niezbędnych do zrealizowania części zamówienia w zakresie usług pielęgnacji zieleni na terenach miejskich zlokalizowanych w Częstochowie (sprzęt i narzędzia) posiada konsorcjant Zielone Miasto sp. z o.o., podczas gdy zgodnie z oświadczeniem złożonym w trybie art. 117 ust. 4 PZP usługi te ma wykonywać w całości konsorcjant DROG-BUD sp. z o.o. Porównanie oświadczenia w trybie art. 117 ust. 4 PZP i złożonego wcześniej wykazu sprzętu dowodzi, że Konsorcjum DROG-BUD — Zielone Miasto, nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Również z tej przyczyny oferta tego wykonawcy winna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. b) PZP".

Natomiast w przedmiotowej sprawie nie zasługuje na uwzględnienie argumentacja zarówno zamawiającego, jak i przystępującego. Natomiast gdyby rozważać zagadnienie składania wyjaśnień w zakresie dysponowania sprzętem przez Drog-Bud, wynajmowanym od osoby trzeciej przez partnera Zielone Miasto, w zakresie sprzętu do pielęgnacji zieleni to i tak nie miałoby to znaczenia wobec trafności zarzutu co do braku doświadczenia zawodowego, którego w wyniku kolejnego wezwania przystępujący nie wykazał.

3. Złożenie oferty niezgodnej z warunkami zamówienia

W ocenie odwołującego, spółka Zielone Miasto sp. z o.o., będąca członkiem konsorcjum DROG-BUD, która zgodnie z deklaracją złożoną przez wykonawców w trybie art. 117 ust. 4 PZP zajmować się ma usługami utrzymania porządku i czystości oraz utrzymania zimowego na przystankach komunikacji miejskiej oraz na terenach miejskich zlokalizowanych w Częstochowie, nie posiada uprawnień wymaganych przepisami prawa powszechnie obowiązującego do wykonywania tego typu działalności, a zgodnie z warunkami zamówienia określonymi w szczególności w § 3 ust. 1 wzoru umowy zaakceptowanego przez wykonawcę, zobowiązany jest on do posiadania stosownych uprawnień do wykonywania świadczonej przez niego działalności.

Poprzez warunki zamówienia należy rozumieć zgodnie z definicją wyrażoną w art. 7 pkt 29 Pzp: warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zgodnie więc z zacytowaną definicją legalną, postanowień przyszłej umowy stron nie sposób pominąć analizując treść oferty wykonawcy.

Dopuszczenie do zawarcia umowy w tych okolicznościach, prowadziłoby do tego, że z chwilą wykonania pierwszej usługi w ramach umowy wykonawca działałby nielegalnie (w rozumieniu przepisów prawa powszechnie obowiązującego) oraz nienależycie wykonywałby zobowiązanie (w rozumieniu warunków zamówienia określonych w umowie z zamawiającym). Z tej przyczyny, oferta konsorcjum Drog-Bud winna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP.

Zarówno zamawiający jak i przystępujący w złożonych pismach podnosili ogólnikowość zarzutu , ponieważ odwołujący nie wskazał w odwołaniu jakich to uprawnień wymaganych przepisami prawa powszechnie obowiązującego do wykonywania tego typu działalności, a zgodnie z warunkami zamówienia określonymi w szczególności w § 3 ust. 1 wzoru umowy zaakceptowanego przez wykonawcę, zobowiązany jest on do posiadania stosownych uprawnień do wykonywania świadczonej przez niego działalności.

Faktycznie w odwołaniu nie określono z nazwy jakich to uprawnień wykonawca Zielone Miasto nie posiada. Niemniej pomimo nie określenia z nazwy uprawnień odwołujący wskazał okoliczności, które wymagają stosownych uprawnień do zajmowania się utrzymaniem porządku i czystości oraz utrzymania zimowego przystanków komunikacji miejskiej („spółka Zielone Miasto sp. z o.o., będąca członkiem konsorcjum DROG-BUD, która zgodnie z deklaracją złożoną przez wykonawców w trybie art. 117 ust. 4 PZP zajmować się ma usługami utrzymania porządku i czystości oraz utrzymania zimowego na przystankach komunikacji miejskiej oraz na terenach miejskich zlokalizowanych w Częstochowie, nie posiada uprawnień wymaganych przepisami prawa powszechnie obowiązującego do wykonywania tego typu działalności").

Poza tym na posiedzeniu odwołujący w poczet dowodów złożył: Wydruk z rejestru BDO (Baza Danych Odpadowych) z 15.08.2021 r., jest to rejestr ogólnokrajowy, z którego wynika, że spółka Zielone Miasto sp. z o.o. (członek konsorcjum) nie jest wpisana jako podmiot, który jest uprawniony do prowadzenia działalności objętej przedmiotem zamówienia. Zezwolenie to wydawane jest na poziomie miasta lub województwa (podstawa prawna: art. 41 ust. 1

Ustawy o odpadach, art. 195 w związku z art. 233 ust. 2 Ustawy o odpadach). W ocenie odwołującego takie wymogi należy mieć już na etapie składania oferty, a nie uzyskania zamówienia, ponieważ takie wymogi postawił w SWZ zamawiający. Przywołuje art. 7 pkt 29 Pzp, który mówi o spełnieniu warunków udziału i odwołuje się do par. 3 ust. 1 umowy. Z tych postanowień umowy wynika, że należy mieć przed przystąpieniem wykonane wpisy zgodnie z Ustawą o odpadach do zbierania i transportu. Wywodzę to z tego, że zaakceptowali wzór umowy, składając ofertę (vide protokół posiedzenia/rozprawy).

Natomiast zamawiający odnosząc się do wydruku z BDO stwierdził, że nie ma mocy dowodu, (Jeżeli chodzi o dowód z tzw. BDO, to w moim przekonaniu nie ma to waloru dowodowego, ponieważ wydruk nie odnosi się do żadnych przepisów oraz nie można tego rejestru przypisać do przywoływanego przez odwołującego rejestru Bazy Danych Odpadów. Przywołuje tutaj oświadczenie przystępującego, który stwierdza, że Drog-Bud sp. z o.o. posiada wpis do rejestru bazy danych odpadów, w związku z tym, występując w ramach konsorcjum, posiada uprawnienie, które według lansowanej tezy dowodowej przez odwołującego jako dokument powinien być złożony już na etapie składania oferty - vide protokół z posiedzenia/rozprawy).

Z kolei Odwołujący, odnosząc się do kwestionowanego dowodu z BDO, twierdzi, że jest to przede wszystkim ogólnodostępny rejestr rządowy, a przedstawiony zrzut ekranu stanowi dowód, że spółka Zielone Miasto sp. z o.o. nie ma pozwolenia (dowód - wydruk BDO w aktach sprawy).

Izba przyjęła jako dowód wydruk z BDO, na którym widnieje zielone miasto spółka z ograniczoną odpowiedzialnością województwo śląskie gdzie brak jakichkolwiek wpisów o posiadanych uprawnieniach do gospodarki odpadami.

Podsumowując Izba uznaje zarzut braku uprawnień do gospodarki odpadami za wykazany przez odwołującego.

W związku z powyższym obydwa odwołania zasługują na uwzględnienie o czym Izba orzekła w sprawach oznaczonych Sygn. akt KIO 2292/21 i o Sygn. akt KIO 2294/21.

Stosownie do wyniku sprawy Izba orzekła o kosztach jak w sentencji wyroku zgodnie z § 7 ust. 2 pkt 1) i ust.3 pkt 1) i pkt 2) w zw. z § 5 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) oraz art.557 i art.574 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) zasądzając na rzecz odwołujących od zamawiającego kwot tytułem zwrotu wpisów od odwołań, wynagrodzenia pełnomocnika odwołujących, opłat skarbowych oraz koszt noclegu pełnomocnika, według złożonych faktur vat.

Przewodniczący: .....