

WYROK

z dnia 2 listopada 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Bienias

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 października 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 października 2022 r. przez wykonawcę FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez

Gminę Miasta Gdańsk - Gdański Zarząd Dróg i Zieleni z siedzibą w Gdańsku,

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:
 - a) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
 - b) unieważnienie odrzucenia oferty wykonawcy FBSerwis S.A z siedzibą w Warszawie,
 - c) powtórzenie czynności badania i oceny ofert.
2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:
 - 2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.
 - 2.2. Zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą wpis od odwołania oraz koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) 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:

Zamawiający - Gmina Miasta Gdańsk - Gdański Zarząd Dróg i Zieleni z siedzibą w Gdańsku - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Całoroczne utrzymanie zieleni miejskiej na terenie pasa nadmorskiego w Gdańsku”, numer referencyjny: 27/B/IE/2022 w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 24 maja 2022 r. nr 2020/S 252-636774.

W dniu 14 października 2022 r. wykonawca FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie poniższych przepisów:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy PZP poprzez odrzucenie oferty Odwołującego jako złożonej przez Odwołującego, który rzekomo nie spełnia warunku udziału w Postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia, tj. z uwagi na fakt, że wykazana przez Wykonawcę usługa pn. „Całoroczne kompleksowe utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Gdańsku wraz ze wszystkimi elementami - Rejon w Gdańsku” rzekomo nie obejmowała wymaganego przez Zamawiającego utrzymania terenów zieleni publicznej z uwagi na to, że:

a. utrzymywane przez Wykonawcę tereny zieleni nie spełniały definicji przewidzianej w art. 5 pkt 21 ustawy z dnia 16 kwietnia 2004 r. o ochronie przyrody (Dz. U. z 2022 r. poz. 916, ze zm.; dalej: „ustawa OP”), a nadto

b. nie spełniały definicji „obszaru przestrzeni publicznej” przewidzianej w art. 2 pkt 6 ustawy z dnia 27 marca 2003 r. o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym (Dz. U. z 2022 r. poz. 503, ze zm.; dalej: „ustawa PiZP”),

c. nie zostały wskazane wprost i jednoznacznie w miejscowym planie zagospodarowania przestrzennego jako tereny zieleni, w sytuacji, gdy przedmiotowa usługa wykonana przez Wykonawcę na rzecz GDDKiA spełnia opisany warunek udziału w Postępowaniu, który został przez Zamawiającego opisany:

a. bez odesłania do którejkolwiek z przywołanych ustaw czy definicji ustawowych

b. bez wskazania na konieczność utrzymania takich terenów zieleni, które zostały ustalone „wprost i jednoznacznie” w miejscowym planie zagospodarowania, a jednocześnie

c. przy zastosowaniu własnej definicji pojęcia terenów zieleni publicznej („terenów zieleni publicznej (okres ciągły 12 miesięcy) tj: parki, zieleńce, tereny zieleni przy placówkach użyteczności publicznej, przy placówkach oświatowych, tereny mieszkaniowe (osiedla spółdzielcze, wspólnotowe i komunalne) oraz zieleń w pasach dróg publicznych w obrębie granic administracyjnych miast”), które jest odmienna od definicji zapisanych w ww. ustawach, a której wymagania wykazana przez Wykonawcę usługa spełnia,

co oznacza, że Zamawiający nie ocenił spełnienia przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu zgodnie z zawartym w SWZ opisem, lecz dokonał nieuprawnionego rozszerzenia wymagań objętych tym warunkiem ponad te, które w SWZ zostały zapisane, i tym samym wadliwie odrzucił ofertę Odwołującego z powodu rzekomego niespełnienia tego warunku,

przy czym Zamawiający zupełnie pominął, że utrzymywany przez Odwołującego obszar

zieleni na terenie Obwodu Utrzymania Drogi GDDKiA w Gdańsku - Matarni był publicznie dostępny, bowiem na jego terenie znajdował się położony w plenerze i dostępny publiczności bezpłatnie Skansen Maszyn Drogowych;

2. art. 65 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. z 2022 r.

poz. 1360, ze zm.; dalej: „k.c.”) w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy PZP oraz w zw. z art. 16 ust. 1

pkt 1 i 2 ustawy PZP poprzez dokonanie nieprawidłowej, rozszerzającej wykładni rozdziału IV pkt 4 lit. a) SWZ i przyjęcie, że zapis ten obejmował wymagania, które nie zostały w nim wprost przewidziane, tj. że nakazywał on, aby wykazywana na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w Postępowaniu usługa obejmowała tereny:

a. odpowiadające definicji zapisanej w art. 5 pkt 21 ustawy OP i publicznie dostępne, a nadto

b. odpowiadające definicji „obszaru przestrzeni publicznej” zapisanej w art. 2 pkt 6 ustawy PiZP,

c. wskazane wprost i jednoznacznie w miejscowym planie zagospodarowania przestrzennego jako tereny zieleni,

podczas gdy ww. wymagania nie zostały w rozdziale IV pkt 4 lit. a) SWZ zapisane, zaś mając na uwadze jednostronny charakter czynności Zamawiającego dotyczącej sporządzenia SWZ i opisanie warunku udziału w Postępowaniu, potrzebę ochrony interesu Wykonawcy jako strony nieuczestniczącej w sporządzaniu SWZ oraz względy związane z obowiązkiem zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania i przede wszystkim przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, niedopuszczalne jest rozszerzanie wymagań dotyczących warunku udziału w postępowaniu po terminie składania ofert i wywodzenia z jego opisu takich wymagań, które wprost w nim nie zostały przewidziane,

zaś sankcyjny charakter regulacji dotyczącej odrzucania ofert i wykluczania wykonawców skutkują nakazem zawężającego ich interpretowania,

a nadto zgodnie z ugruntowanym w orzecznictwie stanowiskiem, wszelkie niejednoznaczności, niejasności i braki specyfikacji warunków zamówienia muszą być interpretowane na korzyść wykonawcy, który swoją ofertę składa pozostając w zaufaniu do jej treści,

3. art. 239 ust. 1 i 2 ustawy PZP poprzez dokonanie wyboru oferty WT BONSAI sp. z o.o. w Gdańsku jako oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu, podczas gdy ww. oferta nie przewiduje najniższej ceny, gdyż oferta złożona przez Odwołującego jest tańsza, a została przez Zamawiającego odrzucona bezpodstawnie.

Opierając się na przedstawionych zarzutach Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania,
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienie decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej,
3. nakazanie Zamawiającemu unieważnienie odrzucenia oferty Odwołującego,

Ponadto wnosił o:

4. zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa według spisu, który przedłożony zostanie na rozprawie (faktura).

Odwołujący wskazywał, że:

1. Uzasadnienie zarzutów odwołania

1.1. Stan faktyczny

Zgodnie z treścią rozdziału IV pkt 4 lit. a) SWZ, o zamówienie udzielane w Postępowaniu mogli się ubiegać wykonawcy, którzy wykazą, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem

terminu składania ofert a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali lub wykonują co najmniej jedną usługę polegającą na ciągłym, minimum rocznym utrzymaniu terenów zieleni publicznej (okres ciągły 12 miesięcy) tj: parki, zieleńce, tereny zieleni przy placówkach użyteczności publicznej, przy placówkach oświatowych, tereny mieszkaniowe (osiedla spółdzielcze, wspólnotowe i komunalne) oraz zieleń w pasach dróg publicznych w obrębie granic administracyjnych miast, obejmujące: prace porządkowe włącznie z utrzymaniem zimowym, prace ogrodnicze (zakładanie i pielęgnacja zieleni niskiej) i konserwację elementów małej architektury, na powierzchni i o wartości BRUTTO nie mniejszej niż odpowiednio 50 ha i 500 000,00 zł w skali roku.

Na potwierdzenie tego warunku nie mogły być jednak wykazane zamówienia związane z pielęgnacją zieleni wyłącznie w pasach drogowych oraz usługi dotyczące wyłącznie utrzymania czystości.

Odwołujący - który w Postępowaniu złożył ofertę najtańszą, na potwierdzenie spełnienia ww. warunku powołał się na wykonanie usługi pn. „Całoroczne kompleksowe utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Gdańsku wraz ze wszystkimi elementami - Rejon w Gdańsku” - bowiem usługa ta obejmowała również pielęgnację zieleni w zakresie wymaganym przez Zamawiającego.

W dniu 21 lipca 2022 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, w tym m.in. wykazu wykonanych zamówień wskazując, że złożone przez Wykonawcę dokumenty potwierdzają wyłącznie wykonanie usługi polegającej na utrzymaniu terenów zieleni w pasach dróg publicznych w obrębie granic administracyjnych miast, obejmujące: prace porządkowe włącznie z utrzymaniem zimowym, prace ogrodnicze (zakładanie i pielęgnacja zieleni niskiej) i konserwację elementów małej architektury.

W dniu 1 sierpnia 2022 r. Odwołujący udzielił odpowiedzi na ww. wezwanie wyjaśniając, że usługa realizowana przez niego na rzecz GDDKiA obejmowała swym zakresem nie tylko utrzymanie zieleni w pasach dróg publicznych, ale również i terenów zieleni przy placówkach użyteczności publicznej, tj. przy obiektach Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad położonych na terenie Wejherowa oraz Gdańska (Matarni). Odwołujący przedstawił w tym zakresie zaktualizowany wykaz wykonanych usług, wskazujący w sposób jednoznaczny ww. okoliczność.

W dniu 22 sierpnia 2022 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących:

- zakresu czynności podejmowanych w ramach utrzymania terenu zieleni zlokalizowanego przy obiektach GDDKiA oraz
- funkcji użytkowej, jaką ten teren zieleni wykazany jako publiczny spełnia.

W odpowiedzi na to wezwanie Odwołujący, pismem z dnia 24 sierpnia 2022 r. wyjaśnił, że:

- w ramach świadczonej przez siebie usługi przy obiektach użyteczności publicznej:
 - dbał o estetykę ww. terenów (w szczególności wykonywał czynności porządkowe, związane z
 - utrzymaniem ich w czystości),
 - pielęgnował zieleń (kosił trawę, pielęgnował krzewy i drzewa, dokonywał ich przycinki),
 - utrzymywał zlokalizowane na jej terenie obiekty takie jak płotki, murki i krawężniki,
 - zajmował się również utrzymaniem zimowym ww. terenów.

• zieleń zlokalizowana przy obiektach użyteczności publicznej pełni w ocenie Wykonawcy funkcję estetyczną (wprowadza zieleń do zabudowy, czyniąc teren bardziej przyjazny w odbiorze użytkowników, osób odwiedzających obiekty, a także przechodniów i mieszkańców), zdrowotną (zapewnia dla użytkowników i mieszkańców możliwość kontaktu z naturą, redukując stres wywołany codziennymi obowiązkami, chroni od kurzu, dymu, a także od silnych wiatrów, odpowiada również za tłumienie hałasu powstającego przy drodze, polegające na rozpraszaniu lub pochłanianiu dźwięków; ponadto roślinność ma duże znaczenie przy oczyszczaniu powietrza poprzez gromadzenie pyłów na powierzchni swoich liści, a także jednoczesnym produkowaniu tlenu; dzięki swoim właściwościom wpływa na modyfikowanie wilgotności gleby oraz powietrza, co wpływa również na mikroklimat miasta), a także przeciwpożarowe (stanowi barierę dla rozprzestrzeniającego się ognia oraz spowalnia jego przenoszenie na dalsze tereny); zaś zieleń położona na terenie Obwodu Utrzymania Drogi w Gdańsku - Matarni dodatkowo pełniła funkcję kulturalno-oświatową i rekreacyjną (zlokalizowany jest tam bowiem dostępny publicznie Skansen Maszyn Drogowych).

Ponadto Odwołujący zauważył, że z treści opisanego w SWZ warunku udziału w postępowaniu nie wynikało, aby utrzymywane tereny zielone miały pełnić określoną funkcję, zaś Zamawiający w treści ww. warunku nie powoływał się na jakąkolwiek definicję zieleni

publicznej - czy to definicję legalną, czy też słownikową (według określonego słownika języka polskiego), naukową, branżową czy też jakąkolwiek inną, stąd też brak było podstaw, aby na etapie oceny ofert funkcję użytkową badać oraz aby wymagać od Odwołującego precyzowania takiej funkcji.

W dniu 4 października 2022 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty oraz o wyborze oferty WT BONSAI sp. z o.o. w Gdańsku jako oferty najkorzystniejszej. Zamawiający wskazał, że nie uznał wykazanej przez wykonawcę usługi na rzecz GDDKiA jako obejmującej swoim zakresem utrzymanie terenów zieleni publicznej, bowiem jego zdaniem za tereny zielone mogły być uznane tylko tereny spełniające cele określone w art. 5 pkt 21 ustawy OP, tj. 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 towarzyszącą drogom na terenie zabudowy, placom, zabytkowym fortyfikacjom, budynkom, składowiskom, lotniskom, dworcom kolejowym.

Ponadto Zamawiający:

- wskazał, że okolicznością pozwalającą na uznanie terenu za teren zieleni jest jego publiczna dostępność
- powołał się na definicję „obszaru przestrzeni publicznej”,
- podniósł, że o terenach zieleni w pojęciu prawnym można mówić tylko wówczas, gdy miejscowy plan zagospodarowania wprost i jednoznacznie tworzy takie tereny, zaś obszary utrzymywane przez Odwołującego w miejscowym planie zagospodarowania mają inne przeznaczenie.

Z taką oceną Odwołujący zgodzić się nie może z przyczyn szczegółowo opisanych poniżej.

1.2. Treść warunku udziału w Postępowaniu

Uzasadniając zarzuty Odwołania wskazać należy przede wszystkim, że wskazane przez Zamawiającego w decyzji o odrzuceniu powody uznania, że usługa świadczona na rzecz GDDKiA nie spełnia ustalonego warunku udziału w postępowaniu, są zupełnie oderwane od treści tego warunku.

Mianowicie, opisując warunek udziału w Postępowaniu zamawiający wskazał, że wykazywana usługa miała polegać na „ciągłym, minimum rocznym utrzymaniu terenów zieleni publicznej (okres ciągły 12 miesięcy) tj: parki, zieleńce, tereny zieleni przy placówkach użyteczności publicznej, przy placówkach oświatowych, tereny mieszkaniowe (osiedla spółdzielcze, wspólnotowe i komunalne) oraz zieleń w pasach dróg publicznych w obrębie granic administracyjnych miast”.

Odwołujący wykazał się wykonaniem usługi odpowiadającej temu opisowi - obejmującej utrzymanie zieleni zarówno w pasach dróg publicznych w obrębie granic administracyjnych miast, jak i zieleni przy placówkach użyteczności publicznej. Okoliczności tych Zamawiający nie zakwestionował - jednak odrzucił ofertę Odwołującego powołując się na jej niezgodność z innymi wymaganiami - które w opisie warunku udziału w postępowaniu w ogóle nie zostały wskazane.

Próżno bowiem szukać w przedmiotowym opisie warunku udziału w Postępowaniu odesłania do jakichkolwiek definicji ustawowych (w szczególności zawartych w ustawie OP czy ustawie PiZP), wymagania, aby utrzymywany przez Wykonawcę teren miał pełnić określoną funkcję użytkową, miał być dostępny dla wszystkich czy też aby został przeznaczony w miejscowym planie zagospodarowania na tereny zielone.

Co więcej, Odwołujący szczegółowo przeanalizował całość dokumentacji Postępowania i ustalił, że w żadnym jej fragmencie Zamawiający nie odesłał nawet do żadnej z ww. ustaw, nie przywołał nawet ich tytułu czy publikatora, nie wspominają już nawet o jakichkolwiek przepisach tych ustaw. Na konieczność stosowania się do przepisów ustawy o ochronie przyrody oraz o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym powołał się po raz pierwszy dopiero w decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego.

Zupełnie niezrozumiałym jest zatem, dlaczego Zamawiający ocenił doświadczenie wykazane przez Odwołującego pod kątem jego zgodności z definicją zawartą w art. 5 pkt 21 ustawy OP, skoro wcześniej (na etapie poprzedzającym składania ofert) w ogóle się do tej definicji czy nawet szerzej do tej ustawy nie odnosił.

Zauważyć przy tym należy, że Zamawiający w opisie przedmiotowego warunku dokładnie opisał, co rozumie przez użyte w jego treści pojęcie terenów zieleni publicznej - mianowicie wyspecyfikował w sposób enumeratywny (w katalogu zamkniętym, a nie jedynie przykładowym), konkretne kategorie terenów, których utrzymywanie ma świadczyć o spełnieniu warunku udziału w postępowaniu.

Tym samym, Zamawiający przedstawił w opisie warunku własną definicję terenów zieleni publicznej. Co istotne, definicja ta różni się w sposób istotny od tej definicji, na którą powołał się odrzucając ofertę Odwołującego, tj. od definicji zapisanej w art. 5 pkt 21 ustawy OP. Różnice w tym zakresie obrazuje poniższa tabela:

	Definicja zapisana w SWZ	Definicja z art. 5 pkt 21 ustawy OP
Definiowane pojęcie	Tereny zieleni publicznej	Tereny zieleni

Treść definicji	parki, zieleńce, tereny zieleni przy placówkach użyteczności publicznej, przy placówkach oświatowych, tereny mieszkaniowe (osiedla spółdzielcze, wspólnotowe i komunalne) oraz zielen w pasach	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,
-----------------	--	--

	dróg publicznych w obrębie granic administracyjnych miast	zoologiczne, jordanowskie i zabytkowe, cmentarze, zielen towarzysząca drogom na terenie zabudowy, placom, zabytkowym fortyfikacjom, budynkom, składowiskom, lotniskom, dworcom kolejowym oraz obiektom przemysłowym
Przykładowe różnice	nie tylko tereny urządzone (również nieurządzone)	tylko tereny urządzone wraz z infrastrukturą techniczną i budynkami funkcjonalnie z nimi związanymi
	brak wskazania na konieczność pełnienia funkcji publicznej	wskazanie na konieczność pełnienia funkcji publicznej
	tereny zieleni	tereny urządzone pokryte roślinnością
	Zamknięty katalog terenów mieszczących się w definiowanym pojęciu	Otwarty katalog terenów mieszczących się w definiowanym pojęciu („w szczególności”)
	tereny przy placówkach użyteczności publicznej, placówkach oświatowych (zawężony charakter placówek, przy których mają być położone tereny zielone)	zielen towarzysząca budynkom (bez zawężenia budynków do placówek użyteczności publicznej czy oświatowych)
	zielen w pasach dróg publicznych w obrębie granic administracyjnych miast	Zielen towarzysząca drogom (nie tylko znajdująca się w pasach dróg publicznych - pojęcie szersze) na terenie zabudowy (nie tylko w obrębie miast, ale również w zabudowie wiejskiej), a nadto towarzysząca również drogom niepublicznym (brak zawężenia do dróg publicznych)
	tereny mieszkaniowe (osiedla spółdzielcze, wspólnotowe i komunalne)	brak odniesienia do terenów mieszkaniowych czy osiedli

wymienione tylko parki i zieleńce (wąski katalog terenów pokrytych roślinnością)	parki, zieleńce, promenady, bulwary, ogrody botaniczne, zoologiczne, jordanowskie i zabytkowe (szerszy katalog terenów pokrytych roślinnością)
brak odniesienia do cmentarzy	cmentarze
brak odniesienia do zieleni przy placach, zabytkowych fortyfikacjach, składowiskach, lotniskach, dworcach kolejowych i obiektach przemysłowych	zielen towarzysząca placom, zabytkowym fortyfikacjom, składowiskom, lotniskom, dworcom kolejowym oraz obiektom przemysłowym

Tak daleko idące różnice w sformułowaniach użytych obu przywołanych definicji (poczynając od różnicy w oznaczeniu definiowanych pojęć) nie dawały Odwołującemu podstaw ku temu aby przyjąć, że treść rozdziału IV pkt 4 lit. a) SWZ chociażby pośrednio miała wskazywać na obowiązek wykazania się usługą odpowiadającą definicji zapisanej w art. 5 pkt 21 ustawy OP. Wręcz przeciwnie, skoro Zamawiający przedstawił w SWZ własną i kompletną definicję terenów zieleni publicznej, różniącą się od definicji zawartej w ustawie OP i nie wprowadzającą w tym zakresie żadnych wymogów czy odesłań do definicji zapisanej w ustawie OP, to

jedynym racjonalnym wnioskiem musi być przyjęcie, że oczekiwał on od wykonawców wykazania się usługą odpowiadającą li tylko wymogom określonym w SWZ.

W świetle opisanego w treści SWZ warunku udziału w Postępowaniu zupełnie niezrozumiałym dla Odwołującego jest również to, dlaczego Zamawiający obecnie utrzymuje, że warunkiem koniecznym uznania wykazywanej usługi za spełniającą wymogi Zamawiającego jest to, aby obejmowała ona tereny oznaczone w miejscowym planie zagospodarowania przestrzennego

jako tereny zieleni.

Abstrahując nawet od tego, że taki wymóg wprost w opisie warunku nie został przewidziany (co samo w sobie uniemożliwia Zamawiającemu wymaganie tego na obecnym etapie), to wręcz byłby on nie do pogodzenia z jego treścią. Jest bowiem oczywiste, że niektóre kategorie terenów, które w SWZ zostały przez Zamawiającego określone jako tereny zieleni publicznej, w planie zagospodarowania będą miały inne przeznaczenie (np. zieleń w pasach drogowych w planie zagospodarowania będzie oznaczona jako tereny dróg publicznych - nie zaś tereny zieleni, podobnie przeznaczenie osiedli mieszkaniowych będzie raczej wskazane jako tereny mieszkaniowe).

W tych okolicznościach stanowisko Zamawiającego dotyczące niewykazania przez Odwołującego spełnienia warunku udziału, dokonane w oparciu o wymogi, które nie zostały przedstawione w SWZ, musi być uznane za nieprawidłowe.

W tych okolicznościach jedynie na marginesie należy zauważyć, że wywodzona przez Zamawiającego okoliczność, jakoby utrzymywane przez Wykonawcę w ramach usługi świadczonej na rzecz GDDKiA tereny zielone nie były publicznie dostępne (przy czym jeszcze raz należy podkreślić, że wymóg publicznej dostępności nie został w SWZ przewidziany) również jest nieprawidłowa. Jak wykonawca bowiem informował Zamawiającego, na terenie zieleni położonym przy placówce GDDKiA w Gdańsku - Matarni zlokalizowany jest Skansen Maszyn Drogowych, który jest dostępny dla zwiedzających (wszystkich zainteresowanych) bezpłatnie. Okoliczność ta znajduje potwierdzenie m.in. na stronie internetowej Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad oraz w artykułach publikowanych przez GDDKiA:

Nie dość zatem, że Zamawiający błędnie przyjął, że nieopisany w SWZ wymóg publicznej dostępności terenu zieleni stanowi element warunku udziału w postępowaniu, to jeszcze błędnie uznał, że tego wymogu usługa zrealizowana przez Odwołującego nie spełnia.

W tych okolicznościach decyzja Zamawiającego jest nieprawidłowa i powinna być unieważniona.

1.3. Wykładnia opisu warunku udziału w Postępowaniu

W tym miejscu należy zaznaczyć, że postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia stanowią wyraz woli zamawiającego i jako takie podlegają wykładni tak, jak każde oświadczenie woli, przy zachowaniu reguł określonych w art. 65 k.c.

W orzecznictwie sądowym przyjmuje się tzw. kombinowaną metodę wykładni oświadczeń woli. Kombinowana metoda wykładni oświadczenia woli (zgodnie z uchwałą siedmiu Sędziów Sądu Najwyższego z dnia 19 czerwca 1995 roku, III CZP 66/95, OSNC 1995, z. 12, poz. 168) przyznaje pierwszeństwo kryterium subiektywnemu, nakazując tłumaczyć sens oświadczenia woli tak, jak rozumiała je osoba składająca i odbierająca oświadczenie. Dopiero w przypadku, gdy kryterium to zawodzi, ustalenie sensu oświadczenia woli następuje na podstawie przypisania normatywnego, czyli tak jak adresat sens powinien rozumieć. W pierwszej fazie sens oświadczenia woli ustala się mając na uwadze rzeczywiste ukonstytuowanie się

znaczenia między stronami; uznaje się za wiążący sens oświadczenia woli, w jakim zrozumiała go zarówno osoba składająca, jak i odbierająca to oświadczenie. Jeżeli okaże się, tak jak w niniejszej sprawie, że strony nie przyjmowały tego samego znaczenia oświadczenia woli, konieczne jest przejście do drugiej, obiektywnej fazy wykładni, w której właściwy dla prawa sens oświadczenia woli ustala się na podstawie przypisania normatywnego, czyli tak, jak adresat sens ten powinien rozumieć. Powinność rozumienia oceniana być musi przy tym w odniesieniu do modelu adresata zachowującego należytą staranność. Decydujący jest normatywny punkt widzenia odbiorcy, który z należytą starannością dokonuje wykładni zmierzającej do odtworzenia treści myślowych osoby składającej oświadczenie woli. Kryterium subiektywne oczywiście zawodzi przy ustalaniu sensu umowy, aktualność zachowuje jednak przypisanie normatywne, przy jednoczesnym uwzględnieniu, że wątpliwe zapisy powinny być interpretowane na niekorzyść autora tekstu umowy wywołującego wątpliwości.

W stanie faktycznym sprawy niewątpliwie brak jest zgodności rozumienia zapisów SWZ przez Zamawiającego i Odwołującego. Rozstrzygnięcie wątpliwości w tym zakresie wymaga zatem ustalenia, jak adresat SWZ (Odwołujący) winien był postanowienia SWZ zrozumieć.

Jednocześnie wskazać należy, że w orzecznictwie z zakresu zamówień publicznych słusznie przyjmuje się, że przy dokonywaniu wykładni postanowień SWZ, a w szczególności przy ocenie i badaniu zgodności oferty czy doświadczenia wykonawcy z wymogami w SWZ określonymi, podstawowe znaczenie ma wykładnia językowa. Jest to konieczne z uwagi na formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz potrzebę zagwarantowania równego traktowania wykonawców. Co za tym idzie istotna jest przede wszystkim treść SWZ. Wyprowadzanie dalej idących wniosków na podstawie dość uproszczonego rozumowania, iż "to co nie jest zabronione, jest dozwolone", jest nieuprawnione (por. w szczególności uzasadnienie wyroku Izby z dnia 9 stycznia 2018 r. sygn. akt KIO 2712/17).

Jak słusznie zauważyła Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniu wyroku z dnia 27 maja 2021 r. sygn. akt KIO 1164/21; KIO 1187/21, „postanowienia SWZ dotyczące warunku udziału w postępowaniu oraz wymaganych dokumentów potwierdzających spełnienie warunków należy interpretować zgodnie z wykładnią gramatyczną. Regulacje odnoszące się do warunku udziału w postępowaniu czytane zatem muszą być tak jak zostały napisane, literalnie, tak aby nie pozostawiać marginesu na interpretację i domysły. Tak więc wymagania, które określa zamawiający, wynikają wprost z literalnego brzmienia ogłoszenia i SWZ. Ocena spełnienia wymagań winna zostać dokonana w oparciu o literalne brzmienie ukształtowanych przez zamawiającego wymagań co zapobiega jakiegokolwiek uznaniowości na etapie oceny wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Nie jest więc dopuszczona rozszerzająca, niewyartykułowana interpretacja warunku udziału w postępowaniu oraz dokonana w oparciu o nią ocena spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Należy odrzucić interpretacje oparte na intencjach, dorozumianym znaczeniu w obliczu danej sprawy o udzielenie zamówienia publicznego czy założeniach czynionych na potrzeby oceny (tak: wyrok KIO z dnia 30 września 2020 r., KIO 1927/20).

Podobne stanowisko zaprezentował Sąd Okręgowy w Warszawie, wskazując w uzasadnieniu wyroku z dnia 7 października 2008 r. wydanym w sprawie o sygn. akt XXIII Ga 446/08, że „postanowienia w zakresie warunków udziału (jak i przedmiotu zamówienia) należy interpretować zgodnie z wykładnią gramatyczną właśnie z uwagi na konieczność zapewnienia ewentualnym oferentom pełnej oceny własnych możliwości udziału w przetargu. Nie jest zatem właściwe stosowanie, w omawianym zakresie, innej wykładni wymogów zamawiającego niż wykładnia językowa i tylko takie wymagania powinny spełnić oferenci jakie wynikają wprost z literalnego brzmienia ogłoszenia i SWZ. Dlatego też Sąd Okręgowy nie aprobeje wywodu skarżącego sprowadzającego się w istocie do twierdzenia, że o wymogach doświadczenia zawodowego decyduje przedmiot zamówienia, a nie ścisła redakcja tych wymogów przez Zamawiającego. Sąd Okręgowy podziela natomiast wywód KIO, że skoro Zamawiający jednoznacznie nie określił, że dokumentacja ma obejmować zarówno projekt budowlany jak i wykonawczy to brak jest takiego wymogu w zakresie doświadczenia zawodowego.”

Obowiązek ścisłego interpretowania wymogów zamawiającego na podstawie jej literalnego brzmienia wynika również z obowiązujących na gruncie zamówień publicznych zasad przejrzystości i równego traktowania wykonawców.

Jak bowiem wielokrotnie wskazywał Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (por. w szczególności z dnia 17 czerwca 2021 w sprawie C-23/20 Simonsen & Weel e.a., pkt 61) zarówno zasady równości traktowania i niedyskryminacji, jak i zasada przejrzystości, która z nich wynika, oznaczają, że wszystkie warunki i zasady postępowania o udzielenie zamówienia powinny być określone w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji warunków zamówienia, tak by, po pierwsze, pozwolić wszystkim rozsądnie poinformowanym i wykazującym zwykłą staranność oferentom na zrozumienie ich dokładnego zakresu i dokonanie ich wykładni w taki sam sposób, a po drugie, umożliwić instytucji zamawiającej rzeczywistą weryfikację, czy oferty złożone przez oferentów odpowiadają kryteriom wyznaczonym dla danego zamówienia (zob. podobnie wyrok z dnia 19 grudnia 2018 r., Autorita Garante della Concorrenza e del Mercato - Antitrust i Coopservice (C-216/17, EU:C:2018:1034, pkt 63). Trybunał w swoich orzeczeniach wielokrotnie wskazywał, że z zasady przejrzystości wynika jednoznacznie, że instytucja zamawiająca musi ściśle przestrzegać wymogów, które same ustanowiła w dokumentach zamówienia (patrz: wyroki Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej: z dnia 10 października 2013 r., Manova, C-336/12, pkt 40; z dnia 6 listopada 2014 r., Cartiera dell'Adda, C-42/13, pkt 42; a także z dnia 2 czerwca 2016 r., Pizzo, C-27/15, pkt 39, podobnie w postanowieniu TSUE z dnia 13 lipca 2017 r. Saferoad et Kabex, C-35/17).

Tymczasem w stanie faktycznym sprawy Zamawiający dokonał takiej interpretacji postanowienia SWZ, który nie wynika wprost z jego literalnej treści. Dokonał on w istocie rozszerzenia wymogów zapisanych w rozdziale IV pkt 4 lit. a) SWZ wywodząc z jego treści to, co wprost nie zostało tam zapisane.

Takie stanowisko Zamawiającego i podjęta w oparciu o nie decyzja o odrzuceniu oferty Odwołującego są nieprawidłowe.

Brak zawarcia w SWZ wymogów odnoszących się do doświadczenia dotyczących utrzymywania terenów zielonych w rozumieniu ustawy OP czy ustawy PiZP, ich publicznej dostępności czy przeznaczenia ich na tereny zieleni w miejscowym planie zagospodarowania przestrzennego jest w ocenie Odwołującego oczywisty i żadnych wątpliwości budzić nie powinien.

Tym niemniej z ostrożności wskazuję, że w wypadku gdyby uznać istnienie takich wątpliwości, to powinny one być interpretowane na korzyść stanowiska Odwołującego.

Zgodnie bowiem z bogatym dorobkiem orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej (por. np. wyrok KIO z 11 października 2019 roku, KIO 1905/19) „obowiązuje swoista „święta” zasada, że wszelkie niejasności, dwuznaczności, niezgodności postanowień SIWZ należy rozpatrywać na korzyść wykonawców. Reguła ta wynika z prawniczej paremii in dubio contra proferentem znaczącej w języku polskim „wątpliwości należy tłumaczyć przeciw autorowi”. Zapisy w SIWZ [uw. aut. - obecnie SWZ] muszą mieć charakter precyzyjny i jednoznaczny, a wątpliwości powstałe na tym tle muszą być rozstrzygane na korzyść wykonawcy. Obowiązek takiego formułowania i tłumaczenia ma na celu realizację zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców przystępujących do przetargu. Wyrażona w art. 7 ust. 1 ustawy PZP zasada, obecnie formułowana jako zasada przejrzystości, oznacza również zakaz wyciągania negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy wskutek niedopełnienia przez niego obowiązku, który nie wynika wyraźnie z dokumentacji przetargowej lub obowiązujących przepisów prawa krajowego, lecz jedynie z wykładni tych przepisów lub dokumentacji, a także z uzupełniania przez krajowe organy lub sądownictwo występujących w tej dokumentacji luk”. Również Sąd Najwyższy w wyroku z 4 lipca 2019 roku (sygn. akt: IV CSK 363/18), zauważył: „Jeżeli powstają wątpliwości co do jednoznaczności postanowień SIWZ (a szerzej: dokumentacji zamawiającego, w oparciu o którą wykonawcy składają oferty), muszą być one rozstrzygane na korzyść wykonawcy. Przeciwny wniosek byłby sprzeczny z art. 29 ust. 1 p.z.p. W konsekwencji, jeżeli dokumentacja sporządzona przez zamawiającego zawiera nieścisłości, nie jest jednoznaczna, nie można negatywnymi skutkami obciążać oferentów (a więc potencjalnych wykonawców), ale zamawiającego - jako autora tej dokumentacji”.

Stąd też nawet gdyby na podstawie opisanego przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu mogły powstać wątpliwości, czy usługa wykazywana na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu miała spełniać jakiegokolwiek inne niż wprost

wymienione w rozdziale IV pkt 4 lit. a) SWZ, to takie wątpliwości należałoby rozstrzygnąć na korzyść Odwołującego.

Konsekwencją powyższego musi być nakazanie Zamawiającemu unieważnienia decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z dnia 21 października 2022 r. wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający wskazał, że:

Zarzuty zawarte w treści odwołania pozostają nieuzasadnione, stąd odwołanie powinno zostać oddalone.

Odnosząc się do podniesionego przez Odwołującego zarzutu w postaci naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b Pzp poprzez wadliwe odrzucenie oferty Odwołującego, z uwagi na to iż nie obejmowała wymaganego przez Zamawiającego utrzymania zieleni publicznej - w sytuacji gdy, zdaniem Odwołującego, jego oferta spełniała warunek udziału w postępowaniu opisany przez Zamawiającego - bez odesłania do jakiejkolwiek ustawy czy definicji ustawowych, bez wskazania na konieczność utrzymania takich terenów zieleni, które zostały wprost i jednoznacznie ustalone w MPZP, a jednocześnie przy zastosowaniu własnej definicji pojęcia terenów zieleni publicznej, która jest odmienna od definicji ustawowych, a której wymagania wykazana przez Wykonawcę usługi spełnia, co oznacza że (zdaniem Odwołującego)

Zamawiający nie ocenił spełnienia przez niego warunku udziału w postępowaniu zgodnie z opisem zawartym w SWZ, lecz dokonał nieuprawnionego rozszerzenia wymagań objętych tym warunkiem ponad zapisane w SWZ, Zamawiający podnosi co następuje.

Zamawiający odrzucił ofertę FBSerwis S.A., ponieważ nie spełniła ona warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia polegającego na ciągłym, minimum rocznym, utrzymaniu terenów zieleni publicznej, tj. parków, zieleńców, terenów zieleni przy placówkach użyteczności publicznej, przy placówkach oświatowych, na terenach mieszkaniowych. Zamawiający nie uznał wykazanej przez Wykonawcę usługi polegającej na całorocznym kompleksowym utrzymaniu dróg krajowych administrowanych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Gdańsku wraz ze wszystkimi elementami - Rejon w Gdańsku, gdyż dla wykazania wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia w utrzymaniu terenów zieleni publicznej Wykonawca wykazywał usługi w zakresie pielęgnacji zieleni świadczone na terenie obiektów zaplecza Obwodu drogowego GDDKiA zlokalizowanych w Gdańsku-Matarni i w Wejherowie, które zdaniem Zamawiającego nie stanowią terenów zieleni publicznej w rozumieniu pojęcia „terenów zieleni publicznej” zawartego w pkt. 4 lit. a rozdziału IV SWZ.

Przy wykładni zawartego w SWZ pojęcia „zieleni publiczna” sporne wydaje się pomiędzy Stronami rozumienie pojęcia „publiczna” w odniesieniu do terenu zieleni. Za tereny zieleni „publicznej” mogą być uznane tereny parków, zieleńców, terenów zieleni przy placówkach użyteczności publicznej, terenach mieszkaniowych (osiedlach spółdzielczych, wspólnotowych i komunalnych), przy czym istotne jest aby pełniły one funkcje publiczne na co wskazuje użyty w SWZ zwrot „publiczna”. Podobnie określone zostało pojęcie „terenu zieleni” wart. 5 pkt 21 ustawy z dnia 16 kwietnia 2004r. ustawy o ochronie przyrody (Dz.U. z 2022 r. poz.916), który to przepis za „tereny zieleni” uznaje 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.

Zaznaczenia przy tym wymaga, że zmiana definicji pojęcia "tereny zieleni" w ustawie z dnia 16 kwietnia 2004 r. ustawy o ochronie przyrody została dokonana ustawą z dnia 25 czerwca

2015 r. o zmianie ustawy o samorządzie gminnym oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2015 r. poz. 1045). z uwagi na potrzebę zawężenia pojęcia "tereny zieleni". Zgodnie z poprzednią definicją terenów zieleni (tereny wraz z infrastrukturą techniczną i budynkami funkcjonalnie z nimi związanymi, pokryte roślinnością, znajdujące się w granicach wsi o zwartej zabudowie lub miast, pełniące funkcje estetyczne, rekreacyjne, zdrowotne lub osłonowe, a w szczególności parki, zieleńce, promenady, bulwary, ogrody botaniczne, zoologiczne, jordanowskie i zabytkowe oraz cmentarze, a także zieleń towarzyszącą ulicom, placom, zabytkowym fortyfikacjom, budynkom, składowiskom, lotniskom oraz obiektom kolejowym i przemysłowym) każde drzewo i krzew rosnące na terenie miasta lub zwartej zabudowy wsi mogło być uznane za teren zieleni.

Po zmianie definicji ww. pojęcia okolicznością pozwalającą za uznanie terenu za teren zieleni jest pełnienie funkcji publicznej i co wiąże się z tym - jego publiczna dostępność. Zadaniu zdefiniowania pojęcia „pełnienie funkcji publicznej” przez teren zieleni usiłowało sprostać orzecznictwo sądów administracyjnych. Punkt wyjścia stanowiło pojęcie pokrewne, a mianowicie „obszar przestrzeni publicznej” zdefiniowane wart. 2 pkt 6 z dnia 27 marca 2003 r. o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym (Dz. U. z 2018 r. poz. 1945). Zgodnie z cytowanym przepisem przez obszar przestrzeni publicznej należy rozumieć obszar o szczególnym znaczeniu dla zaspokajania potrzeb mieszkańców, poprawy jakości ich życia i sprzyjający nawiązywaniu kontaktów społecznych ze względu na jego położenie oraz cechy funkcjonalno-przestrzenne. W wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 27 czerwca 2019 r., VIII SA/Wa 358/19 uznano, iż przez pojęcie pełnienia funkcji publicznej przez dany teren należy rozumieć, iż teren dotyczy ogółu, służy ogółowi ludzi, przeznaczony i dostępny dla wszystkich, ogólny, powszechny, społeczny, nieprywatny. Podobnie WSA w Poznaniu (por. wyrok z dnia 19 maja 2022 r., II SA/Po 51/22) uznał, iż przez pełnienie funkcji publicznej przez dany teren należy rozumieć sytuację, gdy określony teren służy ogółowi ludzi, jest przeznaczony i dostępny dla wszystkich, i w takim celu został odpowiednio urządzony i zorganizowany. Istotna jest też jego funkcja - służyć ma zaspokajaniu określonych potrzeb w zakresie wypoczynku, relaksu. Należy to rozumieć jako obszar o szczególnym znaczeniu dla zaspokajania potrzeb mieszkańców, poprawy jakości ich życia i sprzyjający nawiązywaniu kontaktów społecznych ze względu na jego położenie oraz cechy funkcjonalno-przestrzenne określony w studium uwarunkowań i zagospodarowania przestrzennego gminy (por. wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 27 czerwca 2019 r., VIII SA/Wa 358/19).

O terenach zieleni w pojęciu prawnym można ponadto mówić wówczas, gdy miejscowy plan zagospodarowania przestrzennego wprost i jednoznacznie tworzy takie tereny (por. Naczelny Sąd Administracyjny (wyrok NSA z dnia 27 marca 2003 r., SA/Bd 516/03, OSP 2004, z. 2, poz. 15).

Wbrew temu co usiłuje wykazać Odwołujący w swoim odwołaniu, sam fakt istnienia zespołu zieleni na terenie Obwodów Drogowych GDDKiA zlokalizowanych w Gdańsku-Matarni i w Wejherowie nie uprawnia do przypisania tej formie zieleni statusu „terenu zieleni publicznej” w rozumieniu pojęcia „terenów zieleni publicznej” zawartego w pkt. 4 lit. a rozdziału IV SWZ z tego powodu, że istniejąca na tym terenie roślinność (trawnik) nie jest przeznaczona do pełnienia żadnych publicznych funkcji. Tereny te nie służą ogółowi ludzi, nie są przeznaczone i dostępne dla wszystkich, nie służą zaspokajaniu określonych potrzeb w zakresie wypoczynku, relaksu. Nie stanowią również obszarów o szczególnym znaczeniu dla zaspokajania potrzeb mieszkańców, poprawy jakości ich życia i sprzyjający nawiązywaniu kontaktów społecznych.

Obwody drogowe w Gdańsku-Matarni i w Wejherowie stanowią siedzibę tzw. Rejonów - jednostek administracyjnych funkcjonujących w strukturze Oddziału GDDKiA w Gdańsku. Na tych terenach znajdują się obiekty typu biurowego, wykorzystywane na potrzeby pracy GDDKiA lub dzierżawcy tego obiektu, magazynowego, użytkowego (warsztaty, baza sprzętowa i parking). Tereny te są ogrodzone i wjazd na nie zagrodzony jest szlabanem lub bramą. Istnienie na terenie Obwodu Drogowego GDDKiA w Gdańsku-Matarni „skansenu” maszyn drogowych, na ogrodzonym terenie, zagrodzonego szlabanem, dostępnego dopiero po wcześniejszym umówieniu u kierownika Rejonu Oddziału GDDKiA w Gdańsku, nie świadczy o tym, iż teren ten stanowi obszar przestrzeni publicznej, a to ze względu na jego ograniczoną, a nie powszechną dostępność.

Dowód :

- 1) mapa w Google Maps Obwodu drogowego w Gdańsku-Matarni

2) mapa w Google Maps Obwodu drogowego w Wejherowie

Ponadto zgodnie z miejscowymi planami zagospodarowania przestrzennego - Obwód Drogowy GDDKiA zlokalizowany w Gdańsku- Matarni jest przeznaczony pod strefę produkcyjną- usługową, (nr strefy 41 , karta terenu numer 001 - § 5 uchwały Nr XXII/625/04 Rady Miasta Gdańska z dnia 25 marca 2004 r. w sprawie uchwalenia miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego Matarni), a Obwód Drogowy GDDKiA zlokalizowany w Wejherowie stanowi teren zabudowy produkcyjno-usługowej, co wynika z Karty terenów

055.PU (§ 4 ust. 15 uchwały Nr VIII/XXXIV/387/2017 Rady Miasta Wejherowa Gdańska z dnia 27 czerwca 2017 r.). Z Karty terenu wynika ponadto, iż na tym terenie nie występują i nie będą występowały obszary przestrzeni publicznej w rozumieniu ustawy o planowaniu przestrzennym (§ 4 ust. 15 pkt 8 uchwały Nr VIII/XXXIV/387/2017 Rady Miasta Wejherowa Gdańska z dnia 27 czerwca 2017 r.).

Dowód :

- 1) uchwała Nr XXII/625/04 Rady Miasta Gdańska z dnia 25 marca 2004 r. w sprawie uchwalenia miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego Matarni -<https://baw.bip.gdansk.pl/UrzedMiejskiwGdansk/document/508223/Uchwa%C5%82a->
- 2) rysunek planu zagospodarowania przestrzennego dla terenu dla obszaru 001-41 - załącznik do n/n odpowiedzi
- 3) uchwała Nr VIII/XXXIV/387/2017 Rady Miasta Wejherowa Gdańska z dnia 27 czerwca 2017 r. w sprawie uchwalenia zmiany miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego fragmentu miasta Wejherowa położonego na wschód od linii kolejowej w rejonie ulicy Przemysłowej do ulicy Ofiar Piaśnicy (Dz. Urz. Woj. Pom z 2017 r. poz. 2885) ;
- 4) rysunek planu zagospodarowania przestrzennego fragmentu miasta Wejherowa położonego na wschód od linii kolejowej w rejonie ulicy Przemysłowej do ulicy Ofiar Piaśnicy

Odnosząc się do podniesionego przez Odwołującego zarzutu w postaci naruszenia art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego w związku z art. 8 ust. 1 i art. 16 ust. 1 pkt. 1 i 2 Pzp poprzez dokonanie przez Zamawiającego nieprawidłowej interpretacji punktu 4 lit. a rozdziału IV SWZ, które nie wynikają wprost z jego literalnego brzmienia, a w istocie dokonanie rozszerzającej wykładni tego punktu, Zamawiający podnosi iż jest to zarzut nieuprawniony z poniższych przyczyn.

Z ogólnych zasad stosowania wykładni wynika, że przepisy prawa powinny być

interpretowane literalnie, a zatem, że w pierwszej kolejności należy przepisom prawa nadać

sens wynikający z ich dosłownego brzmienia. Wykładnia językowa (zwanej inaczej: gramatyczną, literalną) polega na ustaleniu znaczenia słów, wyrażeń i zwrotów użytych w tekście przepisu prawnego, a w szczególności tych, które są nieostre lub wieloznaczne, pomocne jest tu sięgnięcie do definicji legalnych, tj. wyjaśnienia danych pojęć, których

dokonuje

sam

ustawodawca.

Do dokonania prawidłowej wykładni przepisów prawa niezbędne jest zastosowanie się do dyrektyw interpretacyjnych, które pozwolą na odpowiednie odczytanie przepisów. Dyrektywy interpretacyjne stanowią wskazówki i zalecenie dotyczące sposobów ustalania

znaczenia i zakresu zwrotów języka prawnego. Wykładnia językowa opiera się na takich dyrektywach wykładni jak: dyrektywa języka potocznego, dyrektywa języka specjalistycznego, dyrektywa języka prawniczego i dyrektywa języka prawnego. Zgodnie z dyrektywą języka potocznego wyrazy i ich związki użyte w tekście prawnym należy rozumieć tak, jak są one pojmowane w języku potocznym. Oznacza to, że w wykładni językowej należy kierować się takimi regułami semantycznymi (znaczeniowymi), syntaktycznymi (składniowymi) i gramatycznymi, jakie są charakterystyczne dla tego języka. Zgodnie z dyrektywą języka specjalistycznego wyrazy i ich związki użyte w tekście prawnym należy rozumieć tak, jak są one pojmowane w języku specjalistycznym. Zgodnie z dyrektywą języka prawniczego wyrazy i ich związki użyte w tekście prawnym należy rozumieć tak, jak są one pojmowane w języku prawniczym.

Zgodnie z dyrektywą języka prawnego wyrazy i ich związki użyte w tekście prawnym należy rozumieć tak, jak nakazuje je rozumieć samo prawo (tj. zwłaszcza tak, jak wynika to z ich definicji zamieszczonych w takim tekście). Dyrektywa języka prawnego ma tu zawsze pierwszeństwo. Ogólnie dyrektywa języka potocznego jest domyślną, a za skorzystaniem z dyrektywy języka prawniczego lub specjalistycznego będzie przemawiać to, że dane słowo lub zwrot nie występuje w języku potocznym lub jest w tym języku bardzo niejasne/niejasny, podczas gdy posiada ono/on ustalone i precyzyjne znaczenie w języku prawniczym lub specjalistycznym.

W dążeniu do ustalenia właściwego znaczenia interpretowanego pojęcia „terenów zieleni publicznej” zawartego w SWZ Zamawiający dokonał jego wykładni językowej w oparciu o dyrektywę języka prawnego wykorzystując definicję terenów zieleni zawartą wart. 5 pkt 21 ustawy z dnia 16 kwietnia 2004r. ustawy o ochronie przyrody (Dz. U. z 2022 r. poz.916) oraz definicję „obszaru przestrzeni publicznej” zawartą wart. 2 pkt 6 z dnia 27 marca 2003 r.

o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym (Dz.U. z 2018 r. poz. 1945).

Mając powyższe na uwadze, należy uznać, iż FB Serwis nie wykazał spełnienia warunku określonego w punkcie 4 lit. a rozdziału IV SWZ w zakresie udziału w postępowaniu.

W świetle powyższych okoliczności należy uznać, że czynność odrzucenia oferty Odwołującego i wyboru oferty WT Bonsai Sp. z o.o. w Gdańsku jako oferty najkorzystniejszej została przez Zamawiającego podjęta zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy - Prawo zamówień publicznych.

W tym stanie rzeczy należy uznać, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Z przytoczonych powodów Zamawiający stwierdza, że nie zaistniały przesłanki do uwzględnienia odwołania określone w art. 554 Pzp, dlatego Zamawiający wnioskuję o oddalenie odwołania zgodnie z art. 553 Pzp.

Stan faktyczny ustalony przez Izbę:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 24 maja 2022 r. nr 2020/S 252-636774.

W dniu 14 października 2022 r. wykonawca FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie poniższych przepisów:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy PZP poprzez odrzucenie oferty Odwołującego jako złożonej przez Odwołującego, który rzekomo nie spełnia warunku udziału w Postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia, tj. z uwagi na fakt, że wykazana przez Wykonawcę usługa pn. „Całoroczne kompleksowe utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Gdańsku wraz ze wszystkimi elementami - Rejon w Gdańsku” rzekomo nie obejmowała wymaganego przez

Zamawiającego utrzymania terenów zieleni publicznej z uwagi na to, że:

a. utrzymywane przez Wykonawcę tereny zieleni nie spełniały definicji przewidzianej w art. 5 pkt 21 ustawy z dnia 16 kwietnia 2004 r. o ochronie przyrody (Dz. U. z 2022 r. poz. 916, ze zm.; dalej: „ustawa OP”), a nadto

b. nie spełniały definicji „obszaru przestrzeni publicznej” przewidzianej w art. 2 pkt 6 ustawy z dnia 27 marca 2003 r. o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym (Dz. U. z 2022 r. poz. 503, ze zm.; dalej: „ustawa PiZP”),

c. nie zostały wskazane wprost i jednoznacznie w miejscowym planie zagospodarowania przestrzennego jako tereny zieleni,

w sytuacji, gdy przedmiotowa usługa wykonana przez Wykonawcę na rzecz GDDKiA spełnia opisany warunek udziału w Postępowaniu, który został przez Zamawiającego opisany:

a. bez odesłania do którejkolwiek z przywołanych ustaw czy definicji ustawowych

b. bez wskazania na konieczność utrzymania takich terenów zieleni, które zostały ustalone „wprost i jednoznacznie” w miejscowym planie zagospodarowania, a jednocześnie

c. przy zastosowaniu własnej definicji pojęcia terenów zieleni publicznej („terenów zieleni publicznej (okres ciągły 12 miesięcy) tj: parki, zieleńce, tereny zieleni przy placówkach użyteczności publicznej, przy placówkach oświatowych, tereny mieszkaniowe (osiedla spółdzielcze, wspólnotowe i komunalne) oraz zieleń w pasach dróg publicznych w obrębie granic administracyjnych miast”), które jest odmienna od definicji zapisanych w ww. ustawach, a której wymagania wykazana przez Wykonawcę usługa spełnia,

co oznacza, że Zamawiający nie ocenił spełnienia przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu zgodnie z zawartym w SWZ opisem, lecz dokonał nieuprawnionego rozszerzenia wymagań objętych tym warunkiem ponad te, które w SWZ zostały zapisane, i tym samym wadliwie odrzucił ofertę Odwołującego z powodu rzekomego niespełnienia tego warunku,

przy czym Zamawiający zupełnie pominął, że utrzymywany przez Odwołującego obszar zieleni na terenie Obwodu Utrzymania Drogi GDDKiA w Gdańsku - Matarni był publicznie dostępny, bowiem na jego terenie znajdował się położony w plenerze i dostępny publiczności bezpłatnie Skansen Maszyn Drogowych;

2. art. 65 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. z 2022 r. poz. 1360, ze zm.; dalej: „k.c.”) w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy PZP oraz w zw. z art. 16 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy PZP poprzez dokonanie nieprawidłowej, rozszerzającej wykładni rozdziału IV pkt 4 lit. a) SWZ i przyjęcie, że zapis ten obejmował wymagania, które nie zostały w nim wprost przewidziane, tj. że nakazywał on, aby wykazywana na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w Postępowaniu usługa obejmowała tereny:

a. odpowiadające definicji zapisanej w art. 5 pkt 21 ustawy OP i publicznie dostępne, a

nadto

b. odpowiadające definicji „obszaru przestrzeni publicznej” zapisanej w art. 2 pkt 6 ustawy PiZP,

c. wskazane wprost i jednoznacznie w miejscowym planie zagospodarowania

przestrzennego jako tereny zieleni,

podczas gdy ww. wymagania nie zostały w rozdziale IV pkt 4 lit. a) SWZ zapisane, zaś mając na uwadze jednostronny charakter czynności Zamawiającego dotyczącej sporządzenia SWZ i opisanie warunku udziału w Postępowaniu, potrzebę ochrony interesu Wykonawcy jako strony nieuczestniczącej w sporządzaniu SWZ oraz względy związane z obowiązkiem zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania i przede wszystkim przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, niedopuszczalne jest rozszerzanie wymagań dotyczących warunku udziału w postępowaniu po terminie składania ofert i wywodzenia z jego opisu takich wymagań, które wprost w nim nie zostały przewidziane,

zaś sankcyjny charakter regulacji dotyczącej odrzucania ofert i wykluczania wykonawców skutkują nakazem zawężającego ich interpretowania,

a nadto zgodnie z ugruntowanym w orzecznictwie stanowiskiem, wszelkie niejednoznaczności, niejasności i braki specyfikacji warunków zamówienia muszą być interpretowane na korzyść wykonawcy, który swoją ofertę składa pozostając w zaufaniu do jej treści,

3. art. 239 ust. 1 i 2 ustawy PZP poprzez dokonanie wyboru oferty WT BONSAI sp. z o.o. w Gdańsku jako oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu, podczas gdy ww. oferta nie przewiduje najniższej ceny, gdyż oferta złożona przez Odwołującego jest tańsza, a została przez Zamawiającego odrzucona bezpodstawnie.

W wyniku wniesionego odwołania przez wykonawcę FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa, Zamawiający wnosil o oddalenie odwołania w całości.

Stan prawny ustalony przez Izbę:

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy PZP, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Zgodnie z art. 239 ust. 1 i 2 ustawy PZP:

1. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.
2. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

Zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy PZP, do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. z 2022 r. [poz. 1360](#)), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

Zgodnie z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy PZP, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

2) przejrzysty;

Zgodnie z art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego, Oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje.

Krajowa Izba Odwoławcza - po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy - ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 ustawy PZP i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 ustawy PZP. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 ustawy PZP, których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Ponadto w ocenie składu orzekającego Odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 ustawy PZP, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy PZP może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba - uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, biorąc pod uwagę zakres sprawy określony przez okoliczności podniesione w odwołaniu oraz stanowiska złożone pisemnie i ustnie do protokołu - stwierdziła, że sformułowane przez Odwołującego zarzuty znajdują oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

I.

W pierwszej kolejności, zarzut Odwołującego w zakresie naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy PZP poprzez odrzucenie oferty Odwołującego jako niespełniającej warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia, jest zdaniem Izby zasadny.

Izba wskazuje, że Zamawiający w rozdziale IV pkt 4 lit. a SWZ wymagał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy wykazą, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali lub wykonują co najmniej jedną usługę polegającą na ciągłym, minimum rocznym utrzymaniu terenów zieleni publicznej (okres ciągły 12 miesięcy) tj: parki, zieleńce, tereny zieleni przy placówkach użyteczności publicznej, przy placówkach oświatowych, tereny mieszkaniowe (osiedla spółdzielcze, wspólnotowe i komunalne) oraz zieleń w pasach dróg publicznych w obrębie granic administracyjnych miast, obejmujące: prace porządkowe włącznie z utrzymaniem zimowym, prace ogrodnicze (zakładanie i pielęgnacja zieleni niskiej) i konserwację elementów małej architektury, na powierzchni i o wartości BRUTTO nie mniejszej niż odpowiednio 50ha i 500 000,00 zł w skali roku.

Nadto na potwierdzenie spełnienia warunku dotyczącego doświadczenia nie mogły być wykazane zamówienia związane z pielęgnacją zieleni wyłącznie w pasach drogowych oraz usługi dotyczące wyłącznie utrzymania czystości.

W dniach 21 lipca 2022 r. oraz 22 sierpnia 2022 r. Zamawiający odpowiednio wezwał Odwołującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych i złożenia wyjaśnień dotyczących zakresu czynności podejmowanych w ramach utrzymania terenu zieleni zlokalizowanego przy obiektach GDDKiA oraz funkcji użytkowej, jaką ten teren zieleni wykazany jako publiczny spełnia.

Odwołujący pismem z dnia 24 sierpnia 2022 r. wyjaśnił, że wykonywał szereg czynności związanych z utrzymaniem zieleni publicznej znajdującej się przy obiektach użyteczności publicznej - obwodach utrzymania drogi Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad, w szczególności:

- dbał o estetykę ww. terenów (w szczególności wykonywał czynności porządkowe, związane z utrzymaniem ich w czystości),
- pielęgnował zieleni (kosił trawę, pielęgnował krzewy i drzewa, dokonywał ich przycinki),
- utrzymywał zlokalizowane na jej terenie obiekty takie jak płotki, murki i krawężniki,
- zajmował się również utrzymaniem zimowym ww. terenów.

Nadto Odwołujący wskazał, że przedmiotowe obwody utrzymania drogi stanowią siedzibę tzw. Rejonów - jednostek administracyjnych funkcjonujących w strukturze Oddziału Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Gdańsku. Na ich terenie znajdują się obiekty typu biurowego, wykorzystywane na potrzeby pracy urzędu - GDDKiA oraz częściowo udostępnione (aktualnie wydierżawione podmiotowi utrzymującym drogi z ramienia GDDKiA, tj. Wykonawcy), magazynowego oraz użytkowego (warsztaty, baza sprzętowa i parking). Otaczająca ww. obiekty zieleni pełni w ocenie Wykonawcy funkcję estetyczną (wprowadza zieleni do zabudowy, czyniąc teren bardziej przyjazny w odbiorze użytkowników, osób odwiedzających obiekty, a także przechodniów i mieszkańców), zdrowotną (zapewnia dla użytkowników i mieszkańców możliwość kontaktu z naturą, redukując stres wywołany codziennymi obowiązkami, chroni od kurzu, dymu, a także od silnych wiatrów, odpowiada również za tłumienie hałasu powstającego przy drodze, polegające na rozpraszaniu lub pochłanianiu dźwięków; ponadto roślinność ma duże znaczenie przy oczyszczaniu powietrza poprzez gromadzenie pyłów na powierzchni swoich liści, a także jednoczesnym produkowaniu tlenu; dzięki swoim właściwościom wpływa na modyfikowanie wilgotności gleby oraz powietrza, co wpływa również na mikroklimat miasta), a także przeciwpożarowe (stanowi barierę dla rozprzestrzeniającego się ognia oraz spowalnia jego przenoszenie na dalsze tereny).

Dodatkowo Odwołujący podniósł, że na terenie zieleni przynależącej do Obwodu Utrzymania Drogi w Gdańsku (Matarnia) znajduje się Skansen Maszyn Drogowych. Obiekt ten jest otwarty dla publiczności, wizyta w obiekcie jest bezpłatna i wymaga jedynie wcześniejszego umówienia.

W dniu 4 października 2022 r. (pismo z dnia 3 października 2022 r.) Zamawiający poinformował Odwołującego o wyborze najkorzystniejszej oferty, tj. oferty wykonawcy "WT BONSAI" Sp. z o.o., ul. Hausbrandta 29, 80-126 Gdańsk oraz o odrzuceniu oferty

Odwołującego, ponieważ: „firma FBSerwis S.A. nie spełniła warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia polegającego na ciągłym min. rocznym utrzymaniu terenów zieleni publicznej tj. parki, zieleńce, tereny zieleni przy placówkach użyteczności publicznej, przy placówkach oświatowych, tereny mieszkaniowe (osiedla spółdzielcze, wspólnotowe i komunalne). Zamawiający nie uznał wykazanej przez wykonawcę usługi pn. „Całoroczne kompleksowe utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Gdańsku wraz ze wszystkimi elementami - Rejon w Gdańsku” jako obejmującą swoim zakresem utrzymanie terenów zieleni publicznej. Za tereny zielone mogą być uznane tereny spełniające cele określone w art. 5 pkt 21 ustawy z dnia 16 kwietnia 2004 r. o ochronie przyrody (Dz. U. z 2022 r. poz. 916) tereny zieleni- 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 towarzyszącą drogom na terenie zabudowy, placom, zabytkowym fortyfikacjom, budynkom, składowiskom, lotniskom, dworcom kolejowym. Należy wskazać, iż okolicznością pozwalającą za uznanie danego terenu za teren zieleni w świetle wyżej powołanego przepisu będzie pełnienie funkcji publicznej przez ten teren i co wiąże się z tym - jego publiczna dostępność. Pojęcie „obszar przestrzeni publicznej” zostało zdefiniowane w art. 2 pkt 6 ustawy z dnia 27 marca 2003 r. o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym (Dz. U. z 2018 r. poz. 1945). Należy to rozumieć jako obszar o szczególnym znaczeniu dla zaspokajania potrzeb mieszkańców, poprawy jakości ich życia i sprzyjający nawiązywaniu kontaktów społecznych ze względu na jego położenie oraz cechy funkcjonalno-przestrzenne określony w studium uwarunkowań i zagospodarowania przestrzennego gminy (por. wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 27 czerwca 2019 r., VIII SA/Wa 358/19.). O terenach zieleni w pojęciu prawnym można mówić wówczas, gdy miejscowy plan zagospodarowania przestrzennego wprost i jednoznacznie tworzy takie tereny. Wobec powyższego wykazane doświadczenie w utrzymaniu terenów zieleni świadczone na terenie obiektów zaplecza Obwodu drogowego GDDKiA zlokalizowanych w Gdańsku- Matarni i w Wejherowie nie stanowią terenów zieleni publicznej w wyżej przedstawianym rozumieniu. Tereny te nie służą ogółowi ludzi, nie są przeznaczone i dostępne dla wszystkich, nie służą zaspokajaniu określonych potrzeb w zakresie wypoczynku, relaksu. Nie stanowią również obszarów o szczególnym znaczeniu dla zaspokajania potrzeb mieszkańców, poprawy jakości ich życia i sprzyjający nawiązywaniu kontaktów społecznych ze względu na jego położenie. Ponadto zgodnie z MPZP - Obwód drogowy GDDKiA zlokalizowany w Gdańsku- Matarni jest przeznaczony pod strefę produkcyjną- usługową, a Obwód drogowy GDDKiA zlokalizowany w Wejherowie - teren zabudowy produkcyjno-składowo- usługowej. Z karty terenu do MPZP wynika, iż na tym terenie nie występują i nie będą występowały obszary przestrzeni publicznej w rozumieniu ustawy o planowaniu”.

Izba wskazuje, że 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.

Natomiast zgodnie z art. 2 pkt 6 ustawy z dnia 27 marca 2003 r. o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym przez „obszar przestrzeni publicznej” - należy przez to rozumieć obszar o szczególnym znaczeniu dla zaspokojenia potrzeb mieszkańców, poprawy jakości ich życia i sprzyjający nawiązywaniu kontaktów społecznych ze względu na jego położenie oraz cechy funkcjonalno-przestrzenne, określony w studium uwarunkowań i kierunków zagospodarowania przestrzennego gminy.

Izba zważa, że Zamawiający opisując warunek udziału w przedmiotowym postępowaniu wskazał wyraźnie, że ma być to usługa polegająca na: „ciągłym, minimum rocznym utrzymaniu terenów zieleni publicznej (okres ciągły 12 miesięcy) tj: parki, zieleńce, tereny zieleni przy placówkach użyteczności publicznej, przy placówkach oświatowych, tereny mieszkaniowe (osiedla spółdzielcze, wspólnotowe i komunalne) oraz zieleń w pasach dróg publicznych w obrębie granic administracyjnych miast”.

Izba zwraca uwagę, że Zamawiający dokonując odrzucenia oferty Odwołującego nie zakwestionował wykonania usługi obejmującej utrzymanie zieleni zarówno w pasach dróg publicznych w obrębie granic administracyjnych miast, jak i zieleni przy placówkach użyteczności publicznej. Izba wskazuje, że dowody wskazane przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie (otoczenie siedziby GDDKiA przy Budowlanych w Gdańsku - sierpień 2022, otoczenie siedziby GDDKiA przy Przemysłowej w Wejherowie - sierpień 2022) ewidentnie potwierdzają, że występuje zieleń zarówno w pasach dróg publicznych, czy tereny zieleni przy placówkach użyteczności publicznej.

Izba zważa, że w przedmiotowym postępowaniu przy opisie warunku udziału w postępowaniu, Zamawiający podejmując decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego, powołując się przy tym na przepisy ustawy o ochronie przyrody oraz ustawy o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym, zdaniem Izby podjął decyzję nieuprawnioną i niezgodną z przepisami ustawy PZP, ponieważ Zamawiający nie odniósł się jednoznacznie (nie wyartykułował) w SWZ do art.

- 5 pkt 21 ustawy z dnia 16 kwietnia 2004 r. o ochronie przyrody (tj. „tereny zielone”) i art. 2 pkt 6 ustawy z dnia 27 marca 2003 r. o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym (tj. „obszar przestrzeni publicznej”).

Tym samym Izba nie zgadza się z Zamawiającym, aby warunkiem koniecznym uznania usługi za spełniającą wymogi jest to, aby obejmowała ona tereny zieleni w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 2004 r. o ochronie przyrody, jak i miałyby być to tereny oznaczone w miejscowym planie zagospodarowania przestrzennego jako tereny zieleni, ponieważ jak słusznie zauważył Odwołujący na rozprawie: „Zamawiający myli pojęcie definiowane z pojęciem definiującym. Teren zieleni publicznej jest definiowany zakresowo jako teren zieleni przy obiektach użyteczności publicznej”.

Nadto Izba zwraca uwagę, że rację ma Odwołujący, iż Zamawiający w opisie przedmiotowego warunku dokonał własnej definicji terenów zieleni publicznej, a co istotne, definicja ta różni się w sposób istotny od tej definicji, na którą powołał się Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego, tj. od definicji zapisanej w art. 5 pkt 21 ustawy z dnia 16 kwietnia 2004 r. o ochronie przyrody.

W związku z powyższym, należy zgodzić się z Odwołującym, że w niniejszym postępowaniu brak jest wymagania, aby utrzymywany przez Odwołującego teren miał pełnić określoną funkcję użytkową, czy też aby został przeznaczony w miejscowym planie zagospodarowania na tereny zielone. Izba zważa, że przedmiotowe postępowanie dotyczy utrzymania terenów zieleni publicznej, a nie aby tereny zielone były publicznie dostępne.

Niezależnie od powyższego, Izba zważa, że Odwołujący w piśmie z dnia 24 sierpnia 2022 r. wskazał, iż na terenie zieleni przynależącej do Obwodu Utrzymania Drogi w Gdańsku (Matarnia) znajduje się Skansen Maszyn Drogowych, a obiekt ten jest otwarty dla publiczności, wizyta bezpłatna oraz że wymaga jedynie wcześniejszego umówienia. Tym samym twierdzenia Zamawiającego, że istnienie na terenie Obwodu drogowego GDDKiA w Gdańsku- Matarni „skansenu” maszyn drogowych na ogrodzonym terenie, zagrodzonego szlabanem, dostępnego dopiero po wcześniejszym umówieniu się u kierownika Rejonu Oddziału GDDKiA w Gdańsku, nie stanowi obszaru przestrzeni publicznej, ze względu na ograniczoną a nie powszechną dostępność, jest zdaniem Izby podejściem nieracjonalnym.

Izba zważa, że ani ogrodzenie terenu, ani zagrodzenie terenu szlabanem, dostępnego dopiero po wcześniejszym umówieniu się u kierownika Rejonu Oddziału GDDKiA w Gdańsku, nie powoduje, że teren ten nie jest publicznie dostępny, a nadto jak słusznie zauważył Odwołujący na rozprawie: „kwestia wcześniejszego umówienia się jest tylko kwestią techniczną”.

Pozostałe dowody wskazane przez Zamawiającego do odpowiedzi do odwołania (mapa w Google Maps Obwodu drogowego w Gdańsku - Matarni, mapa w Google Maps Obwodu drogowego w Wejherowie, uchwała Nr XXII/625/04 Rady Miasta Gdańska z dnia 25 marca 2004 r. w sprawie uchwalenia miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego Matarni, rysunek planu zagospodarowania przestrzennego dla terenu dla obszaru 001-41, uchwała Nr VII/XXXIV/387/2017 Rady Miasta Wejherowa Gdańska z dnia 27 czerwca 2017 r. w sprawie uchwalenia zmiany miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego fragmentu miasta Wejherowa położonego na wschód od linii kolejowej w rejonie ulicy Przemysłowej do ulicy Ofiar Piaśnicy, rysunek planu zagospodarowania przestrzennego fragmentu miasta Wejherowa położonego na wschód od linii kolejowej w rejonie ulicy Przemysłowej do ulicy Piaśnicy), zdaniem Izby nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy.

Mając powyższe na uwadze, Izba doszła do przekonania, że stanowisko Zamawiającego dotyczące niewykazania przez Odwołującego spełnienia warunku udziału dokonane w oparciu o wymogi, które nie zostały wyraźnie przedstawione w SWZ, jest zdaniem Izby niezgodne z przepisami ustawy i tym samym Zamawiający naruszył art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy PZP.

Zarzuty Odwołującego w zakresie naruszenia przez Zamawiającego art. 65 § 1 KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy PZP oraz w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy PZP poprzez dokonanie nieprawidłowej, rozszerzającej wykładni rozdziału IV pkt 4 lit. a SWZ, są zdaniem Izby zasadne.

Izba uważa, że postanowienia SWZ stanowią wyraz woli Zamawiającego i jako takie podlegają wykładni tak, jak każde oświadczenie woli, przy zachowaniu reguł określonych w art. 65 KC.

Izba podkreśla, że w realiach niniejszej sprawy brak jest zgodności rozumienia zapisów SWZ zarówno przez Zamawiającego, jak i Odwołującego. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej przyjmuje się, że przy dokonywaniu wykładni postanowień SWZ, a w szczególności przy ocenie i badaniu zgodności oferty czy doświadczenia wykonawcy z

wymogami określonymi w SWZ, podstawowe znaczenie ma wykładnia językowa.

Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 września 2020 r., sygn. akt. KIO 1927/20: „W ocenie Izby nadal aktualne pozostaje utrwalana przez lata teza, że postanowienia SIWZ dotyczące warunku udziału w postępowaniu oraz wymaganych dokumentów potwierdzających spełnienie warunków należy interpretować zgodnie z wykładnią gramatyczną. Regulacje odnoszące się do warunku udziału w postępowaniu czytane zatem muszą być tak jak zostały napisane, literalnie, tak aby nie pozostawiać marginesu na interpretację i domysły. Tak więc wymagania, które określa Zamawiający wynikają wprost z literalnego brzmienia ogłoszenia i SIWZ (porównaj: wyrok Sadu Okręgowego w Warszawie z dnia 07 października 2008 roku sygn. akt XXIII Ga 446/08). Ocena spełnienia wymagań winna zostać dokonana w oparciu o literalne brzmienie ukształtowanych przez Zamawiającego wymagań co zapobiega jakiegokolwiek uznaniowości na etapie oceny wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Nie jest więc dopuszczona rozszerzająca, niewyartykułowana interpretacja warunku udziału w postępowaniu oraz dokonana w oparciu o nią ocena spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Należy odrzucić interpretację oparte na intencjach, dorozumianym znaczeniu w obliczu danej sprawy o udzielenie zamówienia publicznego czy założeniach czynionych na potrzeby oceny”, a Izba w pełni się zgadza z tezą tamtejszego składu orzekającego.

Podobne stanowisko zaprezentował Sąd Okręgowy w Warszawie, wskazując w uzasadnieniu wyroku z dnia 7 października 2008 r. wydanym w sprawie o sygn. akt XXIII Ga 446/08, że „postanowienia w zakresie warunków udziału (jak i przedmiotu zamówienia) należy interpretować zgodnie z wykładnią gramatyczną właśnie z uwagi na konieczność zapewnienia ewentualnym oferentom pełnej oceny własnych możliwości udziału w przetargu. Nie jest zatem właściwe stosowanie, w omawianym zakresie, innej wykładni wymogów

zamawiającego niż wykładnia językowa i tylko takie wymagania powinni spełnić oferenci jakie wynikają wprost z literalnego brzmienia ogłoszenia i SIWZ. Dlatego też Sąd Okręgowy nie aprobuje wywodu skarżącego sprowadzającego się w istocie do twierdzenia, że o wymogach doświadczenia zawodowego decyduje przedmiot zamówienia, a nie ścisła redakcja tych wymogów przez Zamawiającego. Sąd Okręgowy podziela natomiast wywód KIO, że skoro Zamawiający jednoznacznie nie określił, że dokumentacja ma obejmować zarówno projekt budowlany jak i wykonawczy to brak jest takiego wymogu w zakresie doświadczenia zawodowego.”

Izba chciałaby w tym miejscu podkreślić, że obowiązek ścisłego interpretowania wymogów wskazanych przez Zamawiającego na podstawie jej literalnego brzmienia wynika również z obowiązujących na gruncie przepisów ustawy PZP zasady przejrzystości prowadzonego postępowania oraz równego traktowania wykonawców. Oznacza to, że wszystkie warunki i zasady postępowania o udzielenie zamówienia powinny być określone w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny w SWZ, tak by każdy z wykonawców biorących udział w postępowaniu wiedział jakie wymogi postawił Zamawiający.

Biorąc powyższe na uwagę, w niniejszym stanie faktycznym sprawy Zamawiający dokonał takiej interpretacji postanowienia SWZ, który nie wynikał wprost z jego literalnej treści (brak

zawarcia w SWZ wymogów odnoszących się do doświadczenia dotyczących utrzymywania terenów zielonych w rozumieniu ustawy o ochronie przyrody czy ustawy o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym, ich publicznej dostępności czy przeznaczenia ich na tereny zieleni w miejscowym planie zagospodarowania przestrzennego).

Tym samym, twierdzenie Zamawiającego, który wskazał w odpowiedzi na odwołanie, że: „W dążeniu do ustalenia właściwego znaczenia interpretowanego pojęcia „terenów zieleni publicznej” zawartego w SWZ Zamawiający dokonał jego wykładni językowej w oparciu o dyrektywę języka prawnego wykorzystując definicję terenów zieleni zawartą wart. 5 pkt 21 ustawy z dnia 16 kwietnia 2004r. ustawy o ochronie przyrody (Dz. U. z 2022 r. poz.916) oraz definicję „obszaru przestrzeni publicznej” zawartą wart. 2 pkt 6 z dnia 27 marca 2003 r. o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym (Dz.U. z 2018 r. poz. 1945)”, jest zdaniem Izby działaniem nieuprawnionym ze strony Zamawiającego, ponieważ po pierwsze dotyczy wykładni przepisów prawa zawartych w akcie prawnym, a po drugie jak słusznie zauważył Odwołujący „Zamawiający dokonał rozszerzenia wymogów zapisanych w rozdziale IV pkt 4 lit. a) SWZ wywodząc z jego treści to, co wprost nie zostało tam zapisane”.

Na marginesie Izba wskazuje, że zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej wszelkie niejasności, dwuznaczności, niezgodności postanowień SWZ należy rozpatrywać na korzyść wykonawców. Obowiązek takiego formułowania i tłumaczenia ma na celu realizację zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców przystępujących do danego postępowania. Podobnie Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 4 lipca 2019 roku (sygn. akt: IV CSK 363/18), zauważył: „Jeżeli powstają wątpliwości co do jednoznaczności postanowień SIWZ (a szerzej: dokumentacji zamawiającego, w oparciu o którą wykonawcy składają oferty), muszą być one rozstrzygane na korzyść wykonawcy. Przeciwny wniosek byłby sprzeczny z art. 29 ust. 1 p.z.p. W konsekwencji, jeżeli dokumentacja sporządzona przez zamawiającego zawiera nieścisłości, nie jest jednoznaczna, nie można negatywnymi skutkami obciążać oferentów (a więc potencjalnych wykonawców), ale zamawiającego - jako autora tej dokumentacji”.

Mając powyższe na uwadze, Izba jest zdania, że Zamawiający naruszył art. 65 § 1 KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy PZP oraz art. 16 pkt 1 i 2 ustawy PZP w zw. z art. 239 ust. 1 i 2 ustawy PZP będący zarzutem wynikowym.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b w zw. z § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. 2020 r. poz. 2437), obciążając kosztami postępowania Zamawiającego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący: