

Sygn. akt: KIO 3341/24

## WYROK

Warszawa, dnia 30 września 2024 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 września 2024 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 września 2024 roku przez wykonawcę „AG-COMPLEX” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miasto Stołeczne Warszawa, w ramach którego działa Zarząd Zieleni m. st. Warszawy

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę „AG-COMPLEX” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę „AG-COMPLEX” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

kwotę 4 428 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta dwadzieścia osiem złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę „AG-COMPLEX” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Miasto Stołeczne Warszawa, w ramach którego działa Zarząd Zieleni m. st. Warszawy tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

2.2 zasądza od wykonawcy „AG-COMPLEX” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie na rzecz Miasta Stołecznego Warszawy w ramach którego działa Zarząd Zieleni m. st. Warszawy kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Miasto Stołeczne Warszawa, w ramach którego działa Zarząd Zieleni m. st. Warszawy stosownie do wyniku postępowania.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - sądu zamówień publicznych.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 3341/24

## UZASADNIENIE

Zamawiający tj. Miasto Stołeczne Warszawa, w ramach którego działa Zarząd Zieleni m. st. Warszawy prowadzi postępowanie trybie przetargu nieograniczonego, pod nazwą: „Dostawa, sadzenie oraz roczna pielęgnacja bylin, pnączy, krzewów oraz roślin cebulowych na terenie m.st. Warszawy (2024-2025)” nr sprawy 74/PN/2024.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 2 sierpnia 2024 r. pod numerem 2024/S 150-466875.

W dniu 13 września 2024 roku Odwołujący działając na podstawie art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawą Pzp”, wniósł odwołanie od czynności podjętych przez zamawiającego oraz zaniechania przez zamawiającego czynności w tym postępowaniu, Część 5 (postępowanie), polegających na:

- 1) wyborze oferty złożonej przez Miejskie Przedsiębiorstwo Zieleni w Lublinie Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie (Miejskie Przedsiębiorstwo Zieleni albo Wykonawca), jako najkorzystniejszej, podczas, gdy ta oferta powinna podlegać odrzuceniu;
- 2) zaniechaniu odrzucenia oferty Miejskiego Przedsiębiorstwa Zieleni;

- 3) zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzuciła naruszenie:

- 1) art. 239 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp przez wybór oferty złożonej przez Miejskie Przedsiębiorstwo Zieleni, podczas gdy ta oferta powinna podlegać odrzuceniu,

a za ofertę najkorzystniejszą powinna być uznana oferta Odwołującego;

- 2) art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Miejskiego Przedsiębiorstwa Zieleni, które nie spełnia warunków udziału w postępowaniu;
- 3) 3) art. 239 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp przez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez Miejskie Przedsiębiorstwo Zieleni;
- 2) dokonanie ponownej oceny ofert oraz odrzucenie oferty złożonej przez Miejskie Przedsiębiorstwo Zieleni;
- 3) dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 4) zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika wg dokumentów złożonych na rozprawie;
- 5) dopuszczenie i przeprowadzenie następujących dowodów z dokumentów postępowania znajdujących się w dokumentacji postępowania wskazanych w uzasadnieniu odwołania.

Odwołujący podał, że jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 505 ust. 1 Pzp, gdyż jest wykonawcą, który złożył ofertę w postępowaniu i ubiega się o udzielenie zamówienia. Naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy spowodowało, że oferta Odwołującego nie została wybrana jako najkorzystniejsza, zatem grożą Odwołującemu możliwością poniesienia szkody.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania Odwołujący podał:

Zgodnie z pkt IV. 4.1. tiret piąte SWZ przedmiotem postępowania jest dostawa, sadzenie oraz roczna pielęgnacja krzewów, pnączy i bylin zlokalizowanych w dzielnicach: Ochota, Ursus, Włochy m.st Warszawy.

W odniesieniu do wymaganej zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy w pkt VIII. 1.4.1.tiret czwarte SWZ w brzmieniu ustalonym po zmianach wprowadzonych 1 sierpnia 2024 r. (data udostępnienia: 2 sierpnia 2024 r.) zamawiający ustalił, że wykonawca spełni warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności zawodowej, jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonywał lub wykonuje prace ogrodnicze polegające na sadzeniu i pielęgnacji krzewów lub/i bylin lub/i pnączy na powierzchni nie mniejszej niż 1000 m2 dla części 5, 6.

zamawiający zastrzegł, że składając ofertę na więcej niż jedną część, należy odpowiednio zsumować powyższe wartości.

Ponadto wyjaśnił, że za wykonaną usługę zamawiający rozumie takie zamówienie, które zostało zrealizowane na rzecz podmiotu (zamawiającego/odbiorcy) w ramach danej umowy i odebrane przez ten podmiot, jako wykonane należycie. Zamawiający zastrzegł sobie prawo do ewentualnego sprawdzenia prawdziwości przedstawianych danych, które będą wyszczególnione w ofercie.

W pkt IX. 7.4.1. SWZ w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu zamawiający żądał złożenia wykazu usług wykonanych, a w przypadku świadczeń

powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów -oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy. Wzór wykazu określa załącznik nr 7 do SWZ.

O udzielenie zamówienia w postępowaniu ubiegają się Miejskie Przedsiębiorstwo Zieleni, Odwołujący oraz Fagus Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Zamawiający pismem z 27 sierpnia 2024 r. wezwał Miejskie Przedsiębiorstwo Zieleni, do złożenia podmiotowych środków dowodowych, w tym potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia.

W odpowiedzi Miejskie Przedsiębiorstwo Zieleni, złożyło wykaz usług, w którym wskazało jedną usługę, której przedmiotem są „Nasadenia drzew, krzewów, bylin na terenie wielorodzinnego kompleksu mieszkalnego EKO-PARK w Lublinie” wykonaną na rzecz Capitalia Real Estate Gęsia Sp. z o. o. Podało, że powierzchnia usług/dostaw wynosi 3374 m2. Zgodnie z treścią referencji z 2 lipca 2024 r. wykonane zostały nasadenia wraz z pielęgnacją:

- 78 sztuk drzew o obw. 16-18 cm,
- 120 sztuk krzewów - pojemnik C5.

Nasadenia były wykonywane na terenie o powierzchni 3374 m2.

Pismem z 30 sierpnia 2024 r. zamawiający na podstawie art. 128 ust. 1 i 4 Pzp wezwał Wykonawcę do wyjaśnienia oraz uzupełnienia dokumentów i oświadczeń w zakresie potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu odnośnie zdolności technicznych i zawodowych przez złożenie Wykazu usług zawierającego powierzchnie prac ogrodniczych polegających na sadzeniu i pielęgnacji krzewów lub/i bylin lub/i pnączy na powierzchni nie mniejszej niż 1000 m2 jaka jest wskazana w zał. nr 7 dla cz. 5.

Zamawiający wskazał, że Wykonawca wykazał nasadenia drzew, krzewów, bylin na terenie

wielorodzinnego kompleksu mieszkalnego EKO-PARK w Lublinie realizację na powierzchni 3374 m2 dla podmiotu Capitalia Real Estate Gęsia Sp. z o.o., natomiast załączone referencje wskazują, że zostało posadzone 120 szt. krzewów w obiekcie mającym 3374 m2 a nie wynika z referencji, że powierzchnia obsadzenia, czy pielęgnacja to 3374 m2. Wobec powyższego nie można stwierdzić, czy Wykonawca spełnia warunek udziału w zakresie zdolności technicznej i zawodowej.

Miejskie Przedsiębiorstwo Zieleni nie złożyło odwołania wobec czynności wezwania. Nie udzieliło również żadnych wyjaśnień, do złożenia których wzywał je zamawiający. W odpowiedzi Wykonawca ponownie złożył wykaz, w którym wskazał jedną, tę samą usługę nasadenia drzew, krzewów, bylin na terenie wielorodzinnego kompleksu mieszkalnego EKO-PARK w Lublinie realizację na powierzchni 3374 m2 dla podmiotu Capitalia Real Estate Gęsia Sp. z o.o. oraz referencję z 2 września 2024 r., w której wskazano, że nasadenia były wykonywane na terenie o powierzchni 3374 m2. Prace zostały wykonane w okresie od 1.09.2022 do 30.11.2022 r., prace pielęgnacyjne objęły obszar zrealizowanych nasadzeń tj. 3374 m2 i były wykonywane do dnia 30.11.2023 r.

Zamawiający pozytywnie ocenił otrzymane dokumenty i pismem z 3 września poinformował o wyborze oferty Wykonawcy w postępowaniu, w związku z czym Odwołujący wniósł odwołanie.

Odwołujący podał, że zgodnie z SWZ od dnia jej ogłoszenia wiąże na równych prawach zamawiającego i wykonawców. Zamawiający zobowiązany jest przestrzegać postanowień zawartych w SWZ, ponieważ zgodnie z art. 17 ust. 2 Pzp zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Istotą sporu jest spełnianie warunku udziału w postępowaniu w odniesieniu do powierzchni sadzenia i pielęgnacji krzewów lub/i bylin lub/i pnączy. Zamawiający wymagał, aby sadzenie nastąpiło na powierzchni nie mniejszej niż 1000 m2. Wymaganie dotyczące rozmiarów powierzchni w sposób jednoznaczny dotyczy powierzchni sadzenia krzewów lub/i bylin lub/i pnączy, nie zaś terenu, na którym położona jest obsadzana i pielęgnowana powierzchnia. Zamawiający ten zamysł wyraził jasno nie tylko w postanowieniu SWZ, ale również bardzo jednoznacznie wskazał w treści Wykazu usług – Załącznika Nr 7 do SWZ, gdzie wymagał wykazania powierzchni wykonania usług.

Nie można w ocenie odwołującego zatem utrzymywać, że spełnienie warunku udziału w postępowaniu nastąpi w sytuacji, gdy wykonawca nie obsadzi roślinami i nie będzie pielęgnował obszaru o powierzchni wskazanej w warunku. Dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu niezbędne jest zatem, by wykonawca wykonał nasadenia i pielęgnację

w odniesieniu do powierzchni 1.000 m2. Czynności pielęgnacyjne również muszą dotyczyć tej powierzchni.

Niewystarczające dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu będzie zatem wykonanie nasadzeń i pielęgnacji na obszarze całego obiektu lub terenu, w oderwaniu od powierzchni, na jakiej te nasadenia i pielęgnacja były wykonywane.

Należy zwrócić uwagę, że zamawiający nie wymagał określonej liczby roślin, lecz wskazał wymaganą powierzchnię wykonania sadzenia i pielęgnacji. Posługiwanie się liczbą roślin albo powierzchnią zajmowaną przez te rośliny jest nie tylko powszechne na rynku badanego zamówienia. Okoliczność ta ma istotne znaczenie, gdyż zamówienia publiczne kierowane są do podmiotów profesjonalnych. Warunki udziału w postępowaniu kierowane są do takich wykonawców i nie mogą być interpretowane in abstracto.

Sposób posługiwania się w odniesieniu do sadzenia i pielęgnacji zieleni alternatywnie pojęciami liczby roślin i powierzchni potwierdza art. 83a Pkt 9 lit. a) ustawy o ochronie przyrody, który definiuje nasadenia zastępcze jako posadzenie drzew lub krzewów, w liczbie nie mniejszej niż liczba usuwanych drzew lub o powierzchni nie mniejszej niż powierzchnia usuwanych krzewów, stanowiących kompensację przyrodniczą za usuwane drzewa i krzewy w rozumieniu art. 3 pkt 8 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska.

Nie można zatem spełnić warunku udziału w postępowaniu w sytuacji, gdy sadzenie i pielęgnacja roślin będą miały miejsce nie w odniesieniu do powierzchni sadzenia lub pielęgnacji, ale w odniesieniu do terenu, na którym ta powierzchnia jest zlokalizowana. Rozumienie przeciwne, niezależnie od tego, że nastąpiłoby wbrew jasnemu brzmieniu SWZ, prowadziłoby do absurdalnego rezultatu. Wobec braku posłużenia się przez Zamawiającego wymaganiem liczby

roślin wykonawcy spełniliby warunek udziału w postępowaniu przez sadzenie, a następnie pielęgnację przykładowo dwóch krzewów na terenie 1.000 m<sup>2</sup>.

Rozumienie warunku udziału zgodnie z jego brzmieniem zaprezentował Zamawiający w wezwaniu z 30 sierpnia 2024 r. wskazując, że Wykonawca nie wykazał, że powierzchnia obsadzenia czy pielęgnacja to 3374 m<sup>2</sup>.

Zamawiający nie zaprezentował zawężającej wykładni warunków udziału w postępowaniu na etapie oceny. Zamawiający dokonując wezwania postąpił zgodnie z postanowieniami SWZ co jest zgodne z zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości.

Wskazanie przez Wykonawcę, że nasadzenia były wykonywane na terenie o powierzchni 3374 m<sup>2</sup>. Prace zostały wykonane w okresie od 1.09.2022 do 30.11.2022 r., prace pielęgnacyjne objęły obszar zrealizowanych nasadzeń nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu. Wykonawca przedstawiając te referencje zaprezentował

nieuzasadnioną rozszerzającą wykładnię postanowień SWZ. Zamawiający nie oczekiwał podania powierzchni terenu, na której były wykonywane sadzenie i pielęgnacja, ani obszaru zrealizowanych nasadzeń. Wymagał natomiast jasno podania powierzchni, na której rośliny były posadzone i pielęgnowane. Podkreślić należy, że Zamawiający dokonał wezwania w trybie art. 128 ust. 1 Pzp w związku z brakiem wykazania spełniania wymagania odnośnie powierzchni sadzenia i pielęgnacji, w związku z czym nie może go już ponawiać. Odwołujący wskazał na wyrok z 7 kwietnia 2023 r. sygn. akt 827/23. Wobec powyższego Zamawiający powinien odrzucić ofertę złożoną przez Miejskie Przedsiębiorstwo Zieleni na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp, czego zaniechał. Odwołujący wskazał na wyrok z 27 lutego 2024 r. sygn. akt 438/24.

W badanym postępowaniu przedmiotem zamówienia jest ogólna powierzchnia nasadzeń -2.438 m<sup>2</sup>, gdzie zostanie posadzone łącznie 81.389 szt. bylin, cebul i krzewów. Przy tak dużej ilości materiału roślinnego do posadzenia doświadczenie Wykonawcy, nie tylko nie odpowiada brzmieniu warunku udziału w postępowaniu, ale jest nieadekwatne do przedmiotu zamówienia. Wykonawca nie daje zatem rękojmi wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego z należytą starannością. Wykonawca wykazał się jedynie doświadczeniem w nasadzeniu 120 szt. krzewów, na powierzchni, która zgodnie z zasadami wykonywania nasadzeń wynosi prawdopodobnie ok. 30 m<sup>2</sup>

Przedstawione naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy skutkują również naruszeniem zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia. Zamawiający uznał ofertę Miejskiego Przedsiębiorstwa Zieleni za najkorzystniejszą podczas, gdy jest to oferta podlegająca odrzuceniu. Wybór oferty najkorzystniejszej nastąpił z uchybieniem zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców z pokrzywdzeniem Odwołującego, który spełnia warunki udziału w postępowaniu i prawidłowo to wykazał.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (tj. z dnia 19 sierpnia 2024 r. dalej „PZP” lub „ustawa”) skutkujących odrzuceniem każdego z odwołań. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 13 września 2024 roku od czynności z 3 września 2024 roku, a kopia została przekazana w ustawowym terminie zamawiającemu, co zostało potwierdzone oraz wynika

z akt sprawy odwoławczej.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 505 ust 1 nowej ustawy – Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z par. 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba ustaliła, że odwołanie wniesione jest w zakresie: Część 5 - Dostawa, sadzenie oraz roczna pielęgnacja krzewów, pnączy i bylin zlokalizowanych w dzielnicach: Ochota, Ursus, Włochy m.st Warszawy (2024-25).

Izba dopuściła postanowieniem wydanym na rozprawie dowody zawnioskowane przez Odwołującego z akt postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiących akta postępowania odwoławczego, tj.:

- Specyfikacji Warunków Zamówienia, na fakt wykazania brzmienia warunku, treść warunku udziału w postępowaniu,
- Kosztorys ofertowy pkt 1, na fakt brzmienia warunku udziału w postępowaniu - związek warunku udziału w postępowaniu z przedmiotem zamówienia,

- treść wezwania do uzupełnienia dokumentów, na fakt, że wykonawca wybrany nie wykazał spełnienia warunku, a Zamawiający żądał wykazania powierzchni sadzenia i pielęgnacji, a nie terenu, na którym te czynności będą wykonywane,
- pierwotny wykaz i pierwotne referencje na fakt niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do złożenia podmiotowych środków dowodowych,
- uzupełniony na wezwanie Zamawiającego wykaz i referencja na fakt, że wykonawca wybrany mimo wezwania nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, nie złożył wyjaśnień, do których Zamawiający go wzywał.

#### W zakresie podnoszonych przez Odwołującego naruszeń:

Na wstępie Izba wskazuje, zgodnie z art. 559 ust. 2 ustawy podstawy prawne oraz przytacza przepisy prawa:

- art. 7 pkt 16 ustawy - Ilekroć w niniejszej ustawie jest mowa o:

pisemności - należy przez to rozumieć sposób wyrażenia informacji przy użyciu wyrazów, cyfr lub innych znaków pisańskich, które można odczytać i powielić, w tym przekazywanych przy użyciu środków komunikacji elektronicznej;

- art. 16 pkt 1 ustawy - Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) przejrzysty,
- 3) proporcjonalności.

- art. 239 ust. 1 ustawy - Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

- art. 239 ust. 2 ustawy - Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

- art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b ustawy - Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

- 2) została złożona przez wykonawcę: (...)

- b) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu,

#### W zakresie rozpoznania zarzutów odwołania Izba stwierdza:

Izba na wstępie – wspólnie w zakresie rozpoznania zarzutów odwołania – przed odniesieniem się do poszczególnych wskazanych w uzasadnieniu odwołania okoliczności mających uzasadniać podniesione zarzuty odwołania Izba wyjaśnia i podkreśla, że w postępowaniu odwoławczym Izba dokonuje oceny czynności podjętej przez zamawiającego w prowadzonym przez zamawiającego postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które to czynności dokonane zostały na podstawie i w oparciu o dokumenty, stan faktyczny prowadzonego postępowania o zamówienie, który ustala się na podstawie i w oparciu o akta postępowania oraz składane dowody.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone przez zamawiającego jest postępowaniem kreowanym w oparciu o regulacje prawne obowiązujące zamawiającego. Oznacza to, że ocenie w zakresie zarzutów odwołania podlegają te czynności, lub ich brak, zamawiającego podjęte w określonym stanie faktycznym, który wynika z akt sprawy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stanowiących akta postępowania odwoławczego. Podkreślenia wymaga również, że ocenie takiej mogą podlegać czynności zamawiającego adekwatne do etapu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, czyli takie które nie są spóźnione.

W zakresie zarzutu 2 odwołania – naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty Miejskiego Przedsiębiorstwa Zieleni, które nie spełnia warunków udziału w postępowaniu – Izba zarzut uznała za niezasadny.

#### Izba w zakresie rozpoznania tego zarzutu ustaliła, że:

- zgodnie ze specyfikacją warunków zamówienia (dalej: SWZ) w Rozdziale VIII -INFORMACJA O WARUNKACH UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA, po zmianach przekazanych pismem z dnia 1 sierpnia 2024 roku, warunek udziału w postępowaniu dotyczący:

- 1.4 zdolności technicznej lub zawodowej:

- 1.4.1 Wykonawca spełni warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności zawodowej, jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonywał\* lub wykonuje prace ogrodnicze polegające na sadzeniu i pielęgnacji krzewów

lub/i bylin lub/i pnączy na powierzchni nie mniejszej niż:

Składając ofertę na więcej niż jedną część, należy odpowiednio zsumować powyższe wartości.

UWAGA:

\* Za wykonaną usługę Zamawiający rozumie takie zamówienie, które zostało zrealizowane na rzecz podmiotu (Zamawiającego / Odbiorcy) w ramach danej umowy i odebrane przez ten podmiot, jako wykonane należycie. Zamawiający zastrzega sobie prawo do ewentualnego sprawdzenia prawdziwości przedstawianych danych, które będą wyszczególnione w ofercie.

\*\* W przypadku składania oferty przez Wykonawców występujących wspólnie, wykonaniem zamówienia musi wykazać się co najmniej jeden z Wykonawców występujących wspólnie.

Wykonawca Miejskie Przedsiębiorstwo Zieleni w Lublinie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie na wezwanie Zamawiającego złożył podmiotowe środki dowodowe w tym Wykaz Usług (zgodnie z załącznikiem 7 do SWZ), dla Części 5 zamówienia podając:

Przedmiot usług/dostaw

Nasadzenia drzew, krzewów, bylin na terenie wielorodzinnego kompleksu mieszkalnego EKO-PARK w Lublinie

Powierzchnia w m2 usług/dostaw

3374 m2

Data wykonania usług/dostaw

Wykonanie: od 01.09.2022r. do 30.11.2022r.

Pielęgnacja: od 30.11.2022r. do 30.11.2023r.

Podmiot na rzecz którego usługi/dostawy zostały wykonane

Capitalia Real Estate Gęsia Sp. z o. o.

Załączona została również referencja z dnia 2 lipca 2024 roku o treści:

Capitalia Real Estate Gęsia Sp. z o.o. potwierdza, że Wykonawca Miejskie Przedsiębiorstwo Zieleni Sp. z o. o. z siedzibą w Lublinie przy ul. Misjonarskiej 20. 20-107 Lublin, zrealizowało na terenie wielorodzinnego kompleksu mieszkalnego EKO-PARK w Lublinie nasadzenia wraz z pielęgnacją następujące rośliny:

- 78 sztuk drzew o obw. 16-18 cm - na kwotę : 49 000.00 zł brutto,
- 120 sztuk krzewów pojemnik C5 - na kwotę : 14 548.00 zł brutto.

Nasadzenia były wykonywane na terenie o powierzchni 3374 m2. Prace zostały wykonane w okresie od 01.09.2022 do dnia 30.11.2022 r.. prace pielęgnacyjne objęły obszar zrealizowanych nasadzeń tj. 3374 m2 i były wykonywane do dnia 30.11.2023r.

Wartość wykonanej usługi wynosiła 165 548,00 zł brutto. Wartość nasadzeń opiewała na kwotę: 63 548,00 zł brutto. Wartość pielęgnacji na kwotę 102 000.00 zł brutto,

W okresie realizacji zadań jakość wykonanych robót została wykonana prawidłowo i bez zastrzeżeń, zgodnie ze sztuką ogrodniczą.

Powyższe referencje wydaje się na prośbę Zainteresowanego.

Pismem z dnia 30 sierpnia 2024 roku zamawiający wezwał Miejskie Przedsiębiorstwo Zieleni w Lublinie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie do: WEZWANIE DO UZUPEŁNIENIA PODMIOTOWYCH ŚRODKÓW DOWODOWYCH w zakresie części 5

Zamawiający informuje, że w wyniku badania złożonych przez Wykonawcę w dniu 29.08.2024 r. podmiotowych środków dowodowych na wezwanie - stwierdził, iż:

1. w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału

w postępowaniu został złożony:

- wykaz usług, wykonywanych przez wykonawcę, w którym wykazał nasadzenia drzew, krzewów, bylin na terenie wielorodzinnego kompleksu mieszkalnego EKO-PARK w Lublinie realizację na powierzchni 3374 m2 dla podmiotu Capitalia Real Estate Gęsia Sp. z o.o. natomiast załączone referencję wskazują, że zostało posadzone 120 szt. krzewów w obiekcie mającym 3374 m2 a nie wynika z referencji, że powierzchnia obsadzenia czy pielęgnacja to 3374 m2.

Wobec powyższego nie można stwierdzić czy Wykonawca spełnia warunek udziału w zakresie zdolności technicznej i zawodowej.

## WEZWANIE

Mając powyższe na względzie Zamawiający, działając na podstawie art. 128 ust. 1 i 4 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm.), wzywa Wykonawcę do wyjaśnienia oraz uzupełnienia niżej określonych dokumentów i oświadczeń:

I w zakresie potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału

w postępowaniu odnośnie zdolności technicznych i zawodowych:

złożenie Wykazu usług zawierającego powierzchnie prac ogrodniczych polegających na sadzeniu i pielęgnacji krzewów lub/i bylin lub/i pnączy na powierzchni nie mniejszej niż 1000 m2 jaka jest wskazana w zał. nr 7 dla cz. 5. (...)

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Miejskie Przedsiębiorstwo Zieleni w Lublinie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie przesłało Wykaz Usług i Referencję dla Części 5 zamówienia podając:

Przedmiot usług/dostaw

Nasadzenia drzew, krzewów, bylin na terenie wielorodzinnego kompleksu mieszkalnego EKO-PARK w Lublinie

Powierzchnia w m2 usług/dostaw

3374 m2

Data wykonania usług/dostaw

Wykonanie: od 01.09.2022r. do 30.11.2022r.

Pielęgnacja: od 30.11.2022r. do 30.11.2023r.

Podmiot na rzecz którego usługi/dostawy zostały wykonane

Capitalia Real Estate Gęsia Sp. z o. o.

Załączona została również referencja z dnia 2 września 2024 roku o treści:

Capitalia Real Estate Gęsia Sp. z o.o. potwierdza, że Wykonawca Miejskie Przedsiębiorstwo Zieleni Sp. z o. o. z siedzibą w Lublinie przy ul. Misjonarskiej 20, 20-107 Lublin, zrealizowało na terenie wielorodzinnego kompleksu mieszkalnego EKO-PARK w Lublinie nasadzenia wraz z pielęgnacją następujące rośliny:

- 78 sztuk drzew o obw. 16-18 cm - na kwotę : 49 000.00 zł brutto,
- 120 sztuk krzewów pojemnik C5 - na kwotę : 14 548.00 zł brutto.

Nasadzenia były wykonywane na terenie o powierzchni 3374 m2. Prace zostały wykonane w okresie od 01.09.2022 do dnia 30.11.2022 r.. prace pielęgnacyjne objęły obszar zrealizowanych nasadzeń tj. 3374 m2 i były wykonywane do dnia 30.11.2023r.

Wartość wykonanej usługi wynosiła 165 548,00 zł brutto. Wartość nasadzeń opiewała na kwotę: 63 548.00 zł brutto. Wartość pielęgnacji na kwotę 102 000.00 zł brutto,

W okresie realizacji zadań jakość wykonanych robót została wykonana prawidłowo i bez zastrzeżeń, zgodnie ze sztuką ogrodniczą.

Powyższe referencje wydaje się na prośbę Zainteresowanego. /A

Pismem z dnia 3 września 2024 roku zamawiający przekazał wykonawcom:

Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty w zakresie części 5

I Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty

Działając na podstawie art. 253 ust. 1 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm.) – dalej ustawa Pzp, Zamawiający informuje, że dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej.

Jako ofertę najkorzystniejszą uznano ofertę nr 8, złożoną przez wykonawcę:

MIEJSKIE PRZEDSIĘBIORSTWO ZIELENI W LUBLINIE SP. Z O. O.

UL. MISJONARSKA 20

20-107 LUBLIN

Oferta spełnia wszystkie wymagania Zamawiającego określone w ogłoszeniu o zamówieniu, SWZ i uzyskała najwyższą liczbę punktów w kryterium oceny ofert. Wykonawca nie podlega wykluczeniu.

I Informacja o Wykonawcach, którzy złożyli oferty wraz z przyznaną punktacją

| Nr oferty | Nazwa/firma adres Wykonawcy                                                                                       | Wartość brutto zamówienia | Punkty w kryterium „Cena – 100 pkt” | Łączna ilość punktów |
|-----------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------|-------------------------------------|----------------------|
| 8         | MEJSKIE PRZEDSIĘBIORSTWO ZIELNI W LUBLINIE SP. Z O. O.<br><br>U. MSJONARSKA 20<br><br>20-107 LUBLIN 20-107 LUBLIN | 809 549,00 zł             | 100 pkt                             | 100 pkt.             |
| 5         | „AG-Complex” Sp. z o.o. U. Ryłtowa 14                                                                             | 911 867,68 zł             | 88,78 pkt                           | 88,78 pkt            |
|           | 03-046 Warszawa                                                                                                   |                           |                                     |                      |
| 3         | FAGUS Sp. z o.o.<br><br>Al. Krakowska 110/114 00-971 Warszawa                                                     | 950 467,76 zł             | 85,17 pkt                           | 85,17 pkt.           |

Izba stwierdziła, że zarzut 2 odwołania jest niezasadny.

Na wstępie Izba zaznacza, w odniesieniu do podnoszonej w trakcie rozprawy argumentacji dotyczącej braku przedstawienia przez Miejskie Przedsiębiorstwo Zieleni w Lublinie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie wyjaśnień, w zakresie w jakim wykonawca został wezwany przez zamawiającego, że to stanowisko odwołującego wykracza poza ramy odwołania. W odwołaniu, jego zarzutach i uzasadnieniu podniesionych zarzutów odwołujący nie przedstawia żadnej argumentacji odnoszącej się do braku złożenia wyjaśnień. Wskazanie w odwołaniu w części zawierającej ustalenie stanu faktycznego stwierdzenia o braku podania wyjaśnienia, w żaden sposób nie zostało uzasadnione i podniesione w zarzucie odwołania. Niedopuszczalnym jest w warstwie skuteczności, po upływie zawitego terminu na wniesienie odwołania, rozszerzanie argumentacji i zarzutów odwołania. Izba nie pooddaje ocenie takiej argumentacji uznając ją za spóźnioną.

W zakresie rozpoznania zarzutu 2 istotą sporu, którą wyartykułował również odwołujący, jest ocena spełniania warunku udziału w postępowaniu w odniesieniu do powierzchni sadzenia i pielęgnacji krzewów lub/i bylin lub/i pnączy, w przyzmacie warunku jaki ukształtował zamawiający.

Izba, wyjaśnia i podkreśla na wstępie, że w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym Izba dokonuje oceny czynności podjętej przez zamawiającego w prowadzonym przez postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i określone w tej dokumentacji warunki zamówienia oraz wymagania określone przez zamawiającego (które sam zamawiający ukształtował w postępowaniu) co do treści składanych oświadczeń i zakresu składanych dokumentów. Odwołanie musi być rozpoznane w zakresie zarzutów odwołania, z odwołaniem do wymagań ukształtowanych w dokumentacji zamówienia przez zamawiającego i złożonej przez wykonawcę w postępowaniu oferty oraz dokumentów jakie składał dany wykonawca. Tylko taka podstawa rozpoznania zarzutów odwołania stanowi dla wykonawców biorących udział w postępowaniu gwarancję realizacji zasad prawa

zamówień publicznych, do przestrzegania których obowiązany jest zamawiający. Podnoszone każde naruszenie prawa, tak jak w przedmiotowym przypadku naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy powiązane są nierozdzielnie z kanonem zamówień publicznych tj. zasad na jakich prowadzone jest postępowanie o udzielenie zamówienia, a które to zasady stanowią sówite gwarancje dla każdego wykonawcy biorącego udział w postępowaniu. Każdy przepis ustawy Prawo zamówień publicznych powinien być interpretowany - a działanie i zaniechanie zamawiającego oceniane - przez pryzmat kluczowej zasady wskazanej w art. 16 ustawy czyli uczciwej konkurencji. Zasada równego traktowanie wykonawców, przejrzystości, jawności, proporcjonalności itp. są również sposobami realizacji zasady uczciwej konkurencji. Przechodząc dalej Izba podnosi, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone przez zamawiającego jest postępowaniem kreowanym przez zamawiającego w oparciu o regulacje prawne, który swoje wymagania co do zakresu warunków udziału w postępowaniu artykułuje w dokumentacji zamówienia. Izba dokonuje oceny czynności zamawiającego właśnie w oparciu o przygotowane przez zamawiającego dokumenty i wymagani – to właśnie te dokumenty stanowią podstawę dla podejmowania wszelkich czynności przez zamawiającego oraz te dokumenty stanowią podstawę oceny czynności zamawiającego dokonywaną przez Izbę.

W ramach przedmiotowego zamówienia publicznego zamawiający wymagał wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonywał lub wykonuje prace ogrodnicze polegające na sadzeniu i pielęgnacji krzewów lub/i bylin lub/i pnączy na powierzchni nie mniejszej niż 1000 m2 dla części 5. Istota rozpoznania zarzutu odwołania sprowadza się w tym miejscu do wskazania na określone przez zamawiającego jednoznacznie w warunku użyte sformułowania. Zamawiający zwrócił uwagę, że w ramach warunku udziału w postępowaniu zamawiający posłużył się, w odniesieniu do prac ogrodniczych, pojęciem „sadzenie”, a nie „nasadzenie”. Izba stwierdza w tym miejscu, że zgodnie z definicją zawartą w Słowniku języka polskiego PWN sadzić to «umieszczać sadzonki roślin, krzewy, drzewka itp. w odpowiednio przygotowanej ziemi, tak żeby się przyjęły i rosły». Natomiast nasadzenie to «rośliny, krzewy lub drzewa posadzone w dużej liczbie na jakimś terenie». Mając na uwadze fakt, że zgodnie z ugruntowanym w orzecznictwie Izby jak i sądów powszechnych (tak np. wyrok z dnia 14 marca 2024 roku sygn. akt XXIII Zs 115/23 i powołane tam orzecznictwo) stanowiskiem – prezentowanym również w trakcie rozprawy przez strony – w dekodowaniu znaczenia wymagań określonych w

warunkach udziału w postępowaniu należy posługiwać się wykładnią językową. Znaczenie warunku w przedmiotowym postępowaniu jest w ocenie Izby tak precyzyjne, że nie ma

potrzeby poddawania go innej wykładni niż językowa (np. wykładni funkcjonalnej, celowościowej). Podkreślenia wymaga również, że w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego udział biorą podmioty profesjonalne, tym samym dokumentacja kierowana jest właśnie do takich podmiotów, które z odczytaniem literalnego znaczenia warunku udziału w postępowaniu niewątpliwie nie powinny mieć problemu. Odnoszenie się do literalnego (językowego) brzmienia warunku stanowi gwarancję realizacji zasad zamówień publicznych. Pozwala na równe traktowanie wykonawców, bowiem w tych samych warunkach ocena ich zdolności realizacji zamówienia następuje w oparciu o to samo wymaganie. Jednocześnie w efekcie stanowi podstawę budowania zaufania podmiotów w obrocie gospodarczym, co odnajduje swoje odzwierciedlenie w dokonywaniu oceny warunku udziału w postępowaniu w oparciu o znaną wszystkim podmiotom – wykonawcom biorącym udział w postępowaniu treść. Sąd Najwyższy w uchwale składu siedmiu sędziów z dnia 1 marca 2007 r. (III CZP 94/06) wskazał, że odstępstwo od jasnego i oczywistego sensu przepisu wyznaczonego jego jednoznacznym brzmieniem mogą uzasadniać tylko szczególnie istotne i doniosłe racje prawne, społeczne, ekonomiczne lub moralne. Jeśli zaś takie nie zachodzą, należy oprzeć się na wykładni językowej. Wykładnia językowa wymaga uwzględniania dyrektyw języka potocznego, a zatem przypisywania zawartym w normie prawnej wyrażeniom podstawowego i powszechnie przyjętego znaczenia. Oznacza to, że warunek musi być odczytywany w sposób jaki został podany w dokumentacji przez zamawiającego.

Adekwatność, proporcjonalność warunku do przedmiotu zamówienia umożliwiającą ocenę wykonawcy w zakresie należytego wykonania zamówienia – jako elementy kluczowe i ustawowo wymagane przy kształtowaniu warunku udziału w postępowaniu mogą być kwestionowane na etapie po ogłoszeniu postępowania. Natomiast w żaden sposób ustawodawca nie wprowadził możliwości dokonywania wykładni warunku, po terminie składania ofert, również tak, aby ten warunek odpowiadał przedmiotowi zamówienia. Wymaga również podkreślenia, że warunek może określać minimalne poziomy zdolności wykonawcy, co oznacza, że wymagania ukształtowane w warunku nie muszą być wymaganiami przedmiotowo odpowiadającymi zamówieniu.

Izba podkreśla, że w zakresie odczytania treści warunku nie ma znaczenia dotychczasowa praktyka zamawiającego, do której referował odwołujący w swoim stanowisku, jak również nie ma znaczenia dla odczytania treści warunku wynikająca z przedmiotu zamówienia prowadzonego postępowania zasadność wykazania się doświadczeniem wprost odpowiadającym przedmiotowi zamówienia. Za niewłaściwe i niezasadne należy uznać również wykładanie literalnej treści warunku przez pryzmat opisu przedmiotu zamówienia, czy jak w tym przypadku starał się tego dowodzić odwołujący, przez treść Załącznika nr 4E

do SWZ Formularz cenowy (punkt 1.1) – Przygotowanie terenu pod nasadzenia. Wskazanie w zakresie opisu czynności na „nasadzenia” nie zmienia faktu, że w ramach warunku udziału w postępowaniu zamawiający wymagał jedynie doświadczenia w „sadzeniu”. W ocenie Izby nie dość, że odwołanie się do ww. dokumentu nie prowadzi do dokonywania jakiegokolwiek wykładni warunku udziału w postępowaniu, to w zasadzie potwierdza, że zamawiający używa różnych określeń w różnych dokumentach zamówienia. Wymaga również wskazania, że określenia te mają różne znaczenie i posługiwanie się nimi wymiennie nie jest możliwe. Stanowisko odwołującego wyrażone na rozprawie prowadzi do logicznego, zgoła odmiennego wniosku, a mianowicie takiego, że zamawiający w różnych miejscach dokumentacji posługuje się różnymi określeniami, o różnym znaczeniu. Izba podkreśla, że w warunku udziału w postępowaniu nie zostało użyte pojęcie „nasadzenia”.

Za niezasadne Izba również uznała dokonywanie wykładni warunku przez odwołanie się do treści wezwania z dnia 30 sierpnia 2024 roku skierowanego do Miejskiego Przedsiębiorstwa Zieleni w Lublinie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie. Izba zaznacza, że zgodnie z wezwaniem faktycznie zamawiający posłużył się określeniem – natomiast załączona referencja wskazuje, że zostało posadzone 120 szt. krzewów w obiekcie mającym 3374 m2 a nie wynika z referencji, że powierzchnia obsadzenia czy pielęgnacja to 3374 m2. Zaznaczenia wymaga, że powyższe stwierdzenie odnosi się do treści referencji oraz posługuje się określeniem nieznanym dokumentacji zamówienia w zakresie warunku udziału w postępowaniu, tj.: „obsadzenie”. Izba podkreśla, że dokumenty referencji są dokumentami pochodzącymi od osób trzecich, a ich treść nie jest w żaden sposób określona przepisami prawa. To właśnie wybrzmiewa z wezwania z dnia 30 sierpnia 2024 roku, bowiem w zakresie wezwania zamawiający wskazuje jednoznacznie, że oczekuje „uzupełnienia niżej określonych dokumentów i oświadczeń: w zakresie potwierdzenia spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu odnośnie zdolności technicznych i zawodowych: złożenie Wykazu usług zawierającego powierzchnie prac ogrodniczych polegających na sadzeniu i pielęgnacji krzewów lub/i bylin lub/i pnączy na powierzchni nie mniejszej niż 1000 m2 jaka jest wskazana w zał. nr 7 dla cz. 5. (...). Z powyższego wynika, że w treści pisma faktycznie odnoszącej się do wezwania zamawiający podał treść jednoznacznie odpowiadającą treści warunku, posługując się określeniem „sadzeniu” i nie wyzwał do uzupełniania dokumentu potwierdzającego „obsadzenie” ani „nasadzenie”. Tym samym stanowisko odwołującego oparte na ww. wezwaniu jest niezasadne, a to dlatego, że co do zasady warunek udziału w postępowaniu nie podlega wykładni w pryzmacie treści wezwania.

Mając na uwadze powyższe ukształtowany przez zamawiającego warunek udziału w postępowaniu, w przypadku rozpoznawanej sprawy, należy odczytywać dokładnie

i zgodnie z tym co jest literalnie napisane w warunku. Przekonanie odwołującego, że w ramach oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu powinna być brana pod uwagę „powierzchnia sadzenia” nie znajduje uzasadnienia. Odwołujący używa pojęcia zgodnego z treścią warunku ale jednocześnie w swoim stanowisku wyrażony w odwołaniu i poparty na rozprawie odnosi się do „powierzchni nasadzania”, ponieważ tylko tak rozumiana powierzchnia w znaczeniu językowym odpowiadałaby takiemu rozumieniu warunku jak prezentuje odwołujący, a odpowiada powierzchni, na której rośliny były

posadzone i pielęgnowane. W ocenie Izby takie rozumienie warunku jest jego nadinterpretacją i nie jest zgodne z literalną treścią warunku, która wprost odnosi się do „sadzenia”. Natomiast, jak już wcześniej było podane, definicja słownikowa „sadzenia” nie odnosi się do terenu (powierzchni) na jakiej dane rośliny zostały umieszczone (sadzić to «umieszczać sadzonki roślin, krzewy, drzewka itp. w odpowiednio przygotowanej ziemi, tak żeby się przyjęły i rosły»), odmiennie od definicji „nasadzenia” (nasadzenie to «rośliny, krzewy lub drzewa posadzone w dużej liczbie na jakimś terenie»).

Zamawiający w warunku jednoznacznie określił powierzchnię terenu na jakim miały być wykonywane „sadzenia”, nie określając wymagania co do powierzchni, na której zostały zasadzone rośliny.

Izba podkreśla w tym miejscu, że nie sposób w obliczu literalnego brzmienia warunku udziału w postępowaniu przyjąć stanowisko odwołującego za zasadne. Uznanie prawidłowości twierdzeń odwołującego byłoby działaniem wbrew zasadom prawa zamówień publicznych, które odnosi się w postępowaniu o zamówienie do wszystkich jego uczestników. Ocena wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu musi być dokonywana w danym postępowaniu o zamówienie w zakresie treści warunku podanego przez zamawiającego w dokumentacji, a jego interpretacja dokonywana po terminie składania ofert nie jest uprawniona. Izba dokonuje w ramach tego postępowania odwoławczego oceny zasadności zarzutu odwołania w kontekście istniejącej treści warunku, nie dokonuje natomiast oceny zasadności tak ukształtowanego warunku w ramach tego postępowania. Odstąpienie w ocenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu od liberalnego jego brzmienia naruszałoby zasady zamówień publicznych w odniesieniu do innych wykonawców.

W zakresie zarzutu 1 odwołania – naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy przez wybór oferty złożonej przez Miejskie Przedsiębiorstwo Zieleni, podczas gdy ta oferta powinna podlegać odrzuceniu, a za ofertę najkorzystniejszą powinna być uznana oferta Odwołującego oraz

w zakresie zarzutu 3 odwołania – naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy przez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej

– Izba zarzuty 1 i 3 uznała za niezasadne.

Izba stwierdziła, że w żadnej części odwołania nie było przedstawionej argumentacji odnoszącej się do naruszenia regulacji SWZ odnoszących się do kryteriów oceny ofert, ich zastosowania lub nie, czy też stosowania kryteriów niewskazanych w SWZ. Odwołujący nie przedstawił uzasadnienia faktycznego naruszenia powyższej podstawy prawnej odnoszącego się do nieprawidłowej czynności zamawiającego w zakresie oceny ofert w ramach ukształtowanych kryteriów oceny ofert. W zasadzie brak jest jakiegokolwiek argumentacji faktycznej uzasadniającej naruszenie tej regulacji prawnej. Natomiast stanowisko zawarte w uzasadnieniu odwołania stanowi wynikową podniesionego zarzutu drugiego i w żaden sposób nie jest powiązane z czynnością oceny oferty w ramach kryteriów tj. na podstawie i w granicach tychże kryteriów oceny ofert jakie przyjął zamawiający w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Nie sposób uznać w obliczu

Izba podkreśla, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie jest dowolnym, nieskodyfikowanym, luźnym postępowaniem, stanowi ono szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu – obowiązujące regulacje prawne są bardzo szczegółowe i nakładają na podmioty starające się o udzielenie zamówienia publicznego sztywną regulację postępowania w odniesieniu do wymagań tego postępowania, w zamian natomiast pozwalającą zawrzeć kontrakt z podmiotem publicznym, czyli podmiotem istniejącym i gwarantującym wypłatę środków finansowych. Izba zaznacza, że choć samo postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie powinno być formalizmem samym w sobie, a jego głównym zadaniem jest doprowadzenie do zawarcia umowy – to odstąpienie od formalizmu nie może być utożsamiane z modyfikacją reguł postępowania określonych ustawą i wymaganiami SWZ, które znane są wszystkim ubiegającym się o zamówienie.

Koszty:

Izba oddaliła odwołanie w całości uznając zarzuty odwołania za niezasadne.

Zgodnie z art. 557 ustawy z 2019 r., w wyroku oraz w postanowieniu kończącym

postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.

Izba zasądziła od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr tytułem wynagrodzenia pełnomocnika stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 pkt 2 lit. b oraz § 7 ust. 2 pkt 1 oraz ust. 6 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. z 2020 r. poz. 2437).

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji wyroku.

Przewodnicząca: .....