

WYROK

z dnia 26 kwietnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący - członek Krajowej Izby Odwoławczej: **Barbara Bettman**

Protokolant: **Aneta Górniak**

Po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **26 kwietnia 2016 r.** w Warszawie odwołania wniesionego dnia **14 kwietnia 2016 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez wykonawcę: **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe „ADREM” S.A., ul. Oś. Słoneczne 3, 31-956 Kraków** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Gminę Miejską Kraków - Zarząd Zieleni Miejskiej w Krakowie, ul. Za Torem 22, 30-542 Kraków,**

orzeka:

1. Oddala odwołanie wykonawcy **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe „ADREM” S.A., ul. Oś. Słoneczne 3, 31-956 Kraków,**
 2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego: **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe „ADREM” S.A., ul. Oś. Słoneczne 3, 31-956 Kraków**
 - 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000,00 zł** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe „ADREM” S.A., ul. Oś. Słoneczne 3, 31-956 Kraków,** tytułem wpisu od odwołania.
 - 2.2. zasądza od odwołującego: **Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Usługowego „ADREM” S.A., ul. Oś. Słoneczne 3, 31-956 Kraków** na rzecz zamawiającego: **Gminy Miejskiej Kraków - Zarządu Zieleni Miejskiej w Krakowie, ul. Za Torem 22, 30-542 Kraków,** kwotę **3 600,00 zł** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa przez pełnomocnika.
- Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

Przewodniczący:

1

Uzasadnienie:

W postępowaniu o udzielenia zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Utrzymanie zieleni niskiej na terenie Gminy Miejskiej Kraków w latach: 2016, 2017, 2018 z podziałem na 13 części (zadań) (Dz. Urz. UE Nr 2016/S 027-043887 z 9.02.2016 r.), w dniu 14 kwietnia 2016 r. zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe „ADREM” S.A.** z siedzibą w Krakowie, w kopii przekazane zamawiającemu w terminie ustawowym.

Wniesienie odwołania nastąpiło skutkiem powiadomienia wykonawców drogą elektroniczną w dniu 6 kwietnia 2016 r. o wyniku przetargu.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 13 kwietnia 2016 r. przestane drogą elektroniczną, zgłoszeń do postępowania odwoławczego, w terminie ustawowym nie złożyli inni wykonawcy.

W dniu 21 kwietnia 2016 r. drogą elektroniczną (bez podpisu weryfikowanego za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu) - pani K.M. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą **PROFI K.M., Grzechynia 667, 34-220 Maków Podhalański „w związku z wpływieniem w przedmiotowym postępowaniu odwołań (wniesionych przez wykonawców: **BKW Usługi Komunalne Sp. z o.o. ul. Piaski 12, 33-340 Stary Sącz oraz Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe „ADREM” S.A., ul. Oś. Słoneczne 3, 31-956 Kraków**” - przedstawiła swoje stanowisko odnośnie zarzutów w nich zawartych.**

Ustawa Prawo zamówień publicznych przewiduje udział innych wykonawców w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą wszczętym przez oznaczonego wykonawcę - jedynie w formie przystąpienia do postępowania odwoławczego - instytucji opisanej w art. 185 ust. 2-6 ustawy Pzp.

Przepis art. 185 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, że wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.

2

Wobec ewidentnego niespełnienia ww. przytaczanych przesłanek ustawowych - Izba pozostawiła pismo z dnia 21 kwietnia 2016 r. pani K.M. w aktach postępowania odwoławczego bez nadania mu biegu, jaki ustawa Pzp wiąże ze zgłoszeniem przystąpienia.

Odwołujący, wobec podjętych czynności i zaniechań czynności nakazanych ustawą, w zakresie części XIII (zadania) nr XIII) zamówienia zarzucił zamawiającemu Gminie Miejskiej Kraków - Zarządowi Zieleni Miejskiej w Krakowie naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164), dalej zwaną „ustawą Pzp”, tj.:

1. art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego w sytuacji, gdy nie było przesłanek do dokonania takiej czynności w postępowaniu, podając niewystarczające uzasadnienie faktyczne i prawne tej czynności;
2. art. 24 ust. 2a Pzp w związku z art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp poprzez uznanie oferty odwołującego za odrzuconą w sytuacji, gdy brak było przesłanek do wykluczenia odwołującego z postępowania, gdyż zamawiający nie wezwał odwołującego w stosownym czasie do określenia się, że podjął on konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które mają zapobiec zawinonemu i poważnemu naruszaniu obowiązków zawodowych w przyszłości oraz naprawił szkody powstałe w wyniku naruszania obowiązków zawodowych lub zobowiązał się do ich naprawienia i do przedłożenia dowodów potwierdzających to, przez co nie udowodnił odwołującemu ziszczenia się przesłanek z art. 24 ust. 2a Pzp;
3. art. 24 ust. 2a Pzp poprzez brak podstaw do formułowania przez zamawiającego treści uzasadnienia faktycznego wskazanego w powiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 6 kwietnia 2016 r.

- poprzez podjęcie następujących czynności:

- a) wykluczenie odwołującego z postępowania, co w konsekwencji skutkowało odrzuceniem oferty odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2a Pzp,
- b) odrzucenie oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp,
- c) wybór oferty złożonej w postępowaniu przez innego wykonawcę, t.j. K.M. firma PROFI siedzibą w Grzechyni 667, 34-220 Maków Podhalański - jako oferty najkorzystniejszej.

W związku z powyższym, odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu i w konsekwencji odrzucenia oferty odwołującego, unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego;
- 2) unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty złożonej w postępowaniu przez K.M. PROFI siedziba Grzechynia 667, 34-220 Maków Podhalański;
- 3) dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego;

3

- 4) obciążenia kosztami postępowania zamawiającego na rzecz odwołującego.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów żądań odwołujący argumentował, że zgodnie z art. 24 ust. 2a ustawy Pzp do przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania w przetargu publicznym należą:

- 1/ poważne naruszenie obowiązków zawodowych w okresie trzech lat przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;
- 2/ wina wykonawcy;
- 3/ zamieszczenie w ogłoszeniu o zamówieniu, w specyfikacji istotnych warunków

zamówienia lub zaproszeniu do negocjacji podstaw wykluczenia wykonawcy w myśl wskazań art. 24 ust. 2a ustawy Pzp.

Przesłanki muszą zostać spełnione kumulatywnie. Brak spełnienia chociażby jednej z nich, stanowi o niedopuszczalności wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2a Pzp.

Odwolujący zaznaczał, że w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), w części XI w ustępie 5 zawarto treść o brzmieniu art. 24 ust. 2a Pzp „Zamawiający wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcę, który w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, w szczególności, gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą dowolnych środków dowodowych, jeżeli zamawiający przewidział taką możliwość wykluczenia wykonawcy w ogłoszeniu o zamówieniu, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w zaproszeniu do negocjacji. Zamawiający nie wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy, który udowodni, że podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które mają zapobiec zawinionemu i poważnemu naruszaniu obowiązków zawodowych w przyszłości oraz naprawił szkody powstałe w wyniku naruszenia obowiązków zawodowych lub zobowiązał się do ich naprawienia.”

Dowód: specyfikacja istotnych warunków zamówienia 3/16

Odwolujący podnosił, że mimo zamieszczenia w specyfikacji istotnych warunków zamówienia treści art. 24 ust. 2a ustawy Pzp zamawiający nie zrealizował jego postanowień w sposób prawidłowy. Uzasadnienie faktyczne zawarte w powiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty cyt. *„Zamawiający wielokrotnie nakładał na Wykonawcę kary za nienależyte wykonanie prac, zerwał z Wykonawcą umowę. Wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 2a Pzp zostało przewidziane w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,”* jest zdaniem odwołującego niewystarczające i nie spełnia wymogów art. 24 ust. 2a ustawy Pzp. Dowód: powiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 6 kwietnia 2016 r.

4

Według odwołującego zamawiający winien go być wezwać do wykazania działań podjętych w ramach procedury naprawczej „self-cleaning”. Zaznaczał, że nie mogą to być działania czysto formalne. Wykonawca musi znać powody wykluczenia. W efekcie zamawiający musi przedstawić konkretne dowody zawinionego i poważnego naruszenia obowiązków zawodowych, tak by wykonawca mógł się do nich odnieść. Jeśli Zamawiający tego nie czyni, to naraża się na ryzyko skutecznego odwołania do KIO (wyrok z 9 lutego 2015 r. KIO 145/15).

Odwolujący utrzymywał, że zapłata kar umownych, czy zerwanie umowy nie zawsze musi oznaczać podstawę wykluczenia i poważnego naruszenia obowiązków zawodowych. Zamawiający winien to udowodnić, zarzucając winę wykonawcy i to nie później niż na etapie informacji o wykluczeniu z postępowania - wyrok KIO z 9 lutego 2015 r. sygn. 145/15. Zamawiający winien zebrać dowody stanowiące podstawę wykluczenia wykonawcy już w momencie wezwania wykonawcy do określenia się, że podjął on konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które mają zapobiec zawinionemu i poważnemu naruszaniu obowiązków zawodowych w przyszłości oraz naprawił szkody powstałe w wyniku naruszenia obowiązków zawodowych lub zobowiązał się do ich naprawienia i do przedłożenia dowodów to potwierdzających.

Odwolujący stwierdził, że zamawiający nie podjął żadnych z ww. czynności, nie spełnił więc przesłanek ustanowionych art. 24 ust. 2a Pzp, mimo że ciężar udowodnienia i wykazania tych okoliczności spoczywa na zamawiającym. Nie wykazał również winy odwołującego.

Odwolujący wyjaśniał, że nie mógł spodziewać się wykluczenia, gdyż wcześniej, w dniu 5 stycznia 2016 r. zawarł z zamawiającym umowę w wyniku przeprowadzonego innego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Utrzymanie zieleni niskiej i wysokiej na terenach Gminy Miejskiej Kraków w parkach, na zieleńcach i w pasach drogowych z podziałem na 15 części - znak sprawy: 5/2015,” na podstawie specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w treści których przewidziano również procedurę na podstawie art. 24 ust. 2a Pzp, identyczną w treści, jak w Istotnych warunkach zamówienia przedmiotowego postępowania - znak sprawy 3/2016. Odwołujący zaznaczał, że jego sytuacja prawna i faktyczna była identyczna przy składaniu oferty do zamówienia 5/2015 jak i do zamówienia 3/2016. Jednakże odwołujący mimo identycznego

stanu faktycznego, jak przed złożeniem oferty do sprawy znak 3/2016 nie został wykluczony, a jego oferty nie odrzucono.

Dowód: umowa z dnia 5 stycznia 2016 r.,

specyfikacja istotnych warunków zamówienia znak sprawy: 5/2015

5

Odwołujący przyznał, że zamawiający odstąpił tylko raz od umowy zawartej z odwołującym. Była to umowa zawarta dnia 2 grudnia 2015 r., miała ona trwać do 15 grudnia 2015 r. Oświadczenie o odstąpieniu od umowy w trybie natychmiastowym zostało zawarte w piśmie skierowanym do odwołującego, którego tylko dolny fragment odnosi się do ww. umowy.

Dowód: umowa z dnia 2.12.2015 r.,

odstąpienie od umowy zawarte w piśmie z dnia 10 grudnia 2015 r.

Odwołujący zaznaczał, że w ramach realizacji umowy z 2 grudnia 2015 r. otrzymał zlecenie do wykonania dopiero dnia 7 grudnia 2015 r. o godz. 15.47. Zlecenie dotyczyło przystąpienia do grabienia trawników od 8 grudnia 2015 r., a już pismem z dnia 10 grudnia 2015 r. odwołujący otrzymał oświadczenie o odstąpieniu od umowy w trybie natychmiastowym na podstawie § 7 pkt. 3 umowy, z powodu rażącego naruszenia warunków umowy. Pismo nie zawierało informacji, w jakim terminie dokonano kontroli, na podstawie, której wysunięto zarzuty wobec odwołującego, przez co odwołujący nie mógł w ogóle odnieść się do faktów w nim zawartych. Zamawiający stwierdził realizację usługi wyłącznie na ciągu ulic Żeromskiego-Ludźmierskiej, zarzucając zniszczenie trawników przy ulicy Żeromskiego, gdy tymczasem trawniki zostały zniszczone na skutek trwających w 2015 roku remontów chodników przy tejże ulicy, w następstwie, których nie została przeprowadzona ich rekultywacja. Załączone do pisma zdjęcia obrazują stan trawników po remontach chodników, a nie skutki działań odwołującego, w tym używanego przez niego sprzętu.

Odwołujący przyznał, że oprócz zakończenia umowy zapłacił zamawiającemu karę umowną, którą tenże obciążył wykonawcę. Wartość umowy wynosiła 34.965 zł, czas jej trwania pierwotny od 2 do 15 grudnia 2015 r., faktyczny od 2 do 11 grudnia 2015 r. Powtórzył, że pierwsze zlecenie miało miejsce dopiero w dniu 7 grudnia 2015 r. z rozpoczęciem prac od 8 grudnia 2015 r. Uznał, że wartość i czas trwania umowy były niewspółmierne do nałożonej kary i sankcji odstąpienia od umowy. Odwołujący uważał, iż nie ponosił winy za odstąpienie od umowy i niesłusznie poniósł karę. Nie on bowiem zdewastował trawniki. Dowód: e-mail z 7 grudnia 2015 r.

Odwołujący podnosił, że w okresie od 1 lipca do 31 grudnia 2015 r. realizował również inne umowy zawarte z zamawiającym o numerach: 394/ZIKIT/2015 i 395/ZIKIT/2015 odpowiednio o wartości 835.567,50 zł i 795.186,00 zł z tytułu, których nie poniósł żadnych kar umownych, a zamawiający pismem z dnia 2 lutego 2016 r. zwrócił odwołującemu kaucję z tytułu należytego zabezpieczenia wykonania umowy i stwierdził w piśmie, że umowy zostały zrealizowane w sposób nie budzący zastrzeżeń zamawiającego. Dowód: pismo zamawiającego z dnia 2 lutego 2016 r.

6

Odwołujący potwierdził również, że z tytułu umów zawartych z zamawiającym w ubiegłych latach ponosił kary umowne, które spłacił, ale nigdy nie były one podstawą jego wykluczenia z przetargów, do których przystępował w następnych latach.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie - do protokołu rozprawy przytoczył treść art. 179 ust 1 Pzp i stwierdził, analizując treść odwołania, że brak jest w uzasadnieniu tego odwołania okoliczności i środków dowodowych, które wskazywały by na istnienie interesu do wniesienia odwołania. Strona odwołująca nie tylko nie udowodniła, ale nawet nie uprawdopodobniła, że taki interes posiada. W tym stanie rzeczy należy przyjąć, że wobec braku spełnienia przesłanki warunkującej spełnienie interesu prawnego po stronie odwołującego do skarżenia czynności zamawiającego - zachodzi brak podstaw do uwzględnienia takiego odwołania. Ponadto mając na względzie art. 192 ust 2 ustawy Pzp, mówiącego o tym, że Izba uwzględnia odwołanie jedynie wówczas gdy stwierdzi, że naruszenie przepisów Pzp miało istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, nawet ewentualne naruszenia przepisów Pzp przy wykluczeniu odwołującego z postępowania na część XIII zamówienia i odrzuceniu jego oferty - nie mogłyby mieć wpływu

na wynik jego postępowania. Zamawiający powołał się na ustalony do protokołu rozprawy niesporny stan faktyczny, że w zakresie XIII części zamówienia oferta odwołującego plasowała się na czwartym miejscu, i jako taka wobec braku zaskarżenia czynności wyboru oferty na część XIII i kolejności ofert poprzedzających ofertę odwołującego - nie podlegałaby ona wyborowi, wobec czego przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Pzp w związku z art. 192 ust. 2 tej ustawy - nie zostały spełnione. Zamawiający powołał się na wyrok Sygn. akt: KIO 758/15 z 05.06.2015 r., w którym Izba z wskazań art. 24 ust. 2a ustawy Pzp - nie wywodzi obowiązku zamawiającego sygnalizowania zamiaru wykluczenia wykonawcy na podstawie tego przepisu, ani obowiązku wzywania wykonawcy aby przedstawił on okoliczności pozwalające mu oczyścić się z zarzutu nieprawidłowej realizacji poprzedniego zamówienia. Zamawiający wnosił o nieuwzględnienie wniosków dowodowych złożonych na rozprawie, jako nieprzydatnych dla rozpoznania tej sprawy, w związku z czym zamawiający wnosił o oddalenie odwołania i zasądzenie na jego rzecz kosztów zastępstwa, zgodnie ze złożonym rachunkiem.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z: ogłoszenia o zamówieniu, protokołu postępowania, z postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia z wyjaśnieniami, ofert wykonawców, korespondencji stron w przedmiotowym postępowaniu.

Przedstawione przez odwołującego Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe „ADREM” S.A. dowody:

a) umowa z dnia 5 stycznia 2016 r.,

7

b) specyfikacja istotnych warunków zamówienia znak sprawy: 5/2015

c) umowa z dnia 2.12.2015 r.,

d) odstąpienie od umowy zawarte w piśmie z dnia 10 grudnia 2015 r.

e) e-mail z 7 grudnia 2015 r.

f) pismo zamawiającego z dnia 2 lutego 2016 r.

a także dalsze dowody, załączone do pisma odwołującego z dnia 25 kwietnia 2016 r., złożonego na rozprawie

- nie miały znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, skoro w ogólności nie zostały wykazane przesłanki legitymacji czynnej do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Wykonawca Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe „ADREM” S.A. przyznał, że zapłacił zamawiającemu kary umowne za nienależyte wykonywanie umów, zatem w tym zakresie - postępowanie dowodowe było zbędne w oparciu o art. 190 ust. 5 ustawy Pzp. Wnioski dowodowe - wykazania przesłanek braku odpowiedzialności po stronie odwołującego - nie korespondowały ponadto z zarzutami zaniechania wezwania wykonawcy Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe „ADREM” S.A. do przedstawienia działań: konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, jakie podjął w celu zapobieżenia zawinieniu i poważnemu obowiązków zawodowych w naruszaniu przyszłości.

Przedstawione przez odwołującego dowody załączone do odwołania, lub powołane w odwołaniu wchodzące w skład dokumentacji przetargowej, dopuszczane są przez Izbę z urzędu w trybie art. 190 ust. 2 ustawy Pzp.

Ponadto, Izba rozważyła stanowiska stron przedstawione w złożonych pismach oraz do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania, jak stanowi art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba ustaliła, co następuje.

Z akt postępowania przetargowego udostępnionych przez zamawiającego na wezwanie Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej - wynika następujący stan faktyczny.

Postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, powtórzone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej zwaną „SIWZ”).

Ogłoszenie II.1.5) Krótki opis zamówienia lub zakupu

a) Przedmiotem zamówienia jest usługa polegająca na utrzymaniu zieleni niskiej na terenie Gminy Miejskiej Kraków w parkach, na terenach leśnych oraz zieleńcach, terenach osiedlowych, pasach drogowych, placach zabaw z podziałem na 13 części.

Zakres prac obejmuje m.in.:

8

- utrzymanie zieleni niskiej,
- utrzymanie małej architektury,
- utrzymanie czystości,
- letnie i zimowe utrzymanie ciągów pieszych,
- koszenie trawy w torowiskach.

Opis przedmiotu zamówienia zawiera załącznik nr 12 OPZ do SIWZ.

Dokładana charakterystyka każdej części (obszaru) określona jest w załącznikach do niniejszej SIWZ. Po przetargu zostanie zawartych 13 umów.

II.1.8) Części

To zamówienie podzielone jest na części: tak

Wartość szacunkowa zamówienia przekracza 209 000 EUR.

II.3) Czas trwania zamówienia lub termin realizacji

Rozpoczęcie 1.5.2016. Zakończenie 30.11.2018

Informacje o częściach zamówienia

Część nr: 13 Nazwa: Część 13

1) Krótki opis Zieleńce, tereny osiedlowe, pasy drogowe, place zabaw:

Część 13 (obszar 9) obejmuje dzielnice XIV, XVIII.

IV.2.1) Kryteria udzielenia zamówienia

Oferta najkorzystniejsza ekonomicznie z uwzględnieniem kryteriów, kryteria określone poniżej

1. Cena brutto. Waga 80

2. Realizacja zamówienia przy pomocy osób zatrudnionych na umowie o pracę. Waga 10

3. Kryterium środowiskowe. Waga 10

IV.3.4) Termin składania ofert (...) 17.3.2016 - 11:00

Wartość zamówienia: 43. 908333,33 złote.

Część I punkt 1 SIWZ Opis przedmiotu zamówienia - usługa polegająca na konserwacji i utrzymaniu zieleni niskiej na terenie Gminy Miejskiej Kraków w parkach, na terenach leśnych oraz zieleńcach, terenach osiedlowych, pasach drogowych, placach zabaw, z podziałem na trzynaście części.

Część I pkt 3 SIWZ. Jeden wykonawca może złożyć ofertę tylko na jedną część w zakresie parków, terenów leśnych oraz na jedną dowolną część z zieleńców, terenów osiedlowych, pasów drogowych, placów zabaw (w sumie maksymalnie dwie części).

W części VIII pkt 1 SIWZ - wykonawca powinien wskazać, czy realizacja zamówienia będzie się odbywać przy pomocy osób zatrudnionych na umowie o pracę w związku z kryterium oceny ofert cz. IX SIWZ oraz powinien podać informację o tym, czy wykonawca będzie dysponował samochodami wyposażonymi w silniki spełniające normę Euro V.

W części IX SIWZ wskazano kryteria oceny ofert.

9

1. Cena brutto. Waga 80

2. Realizacja zamówienia przy pomocy osób zatrudnionych na umowie o pracę. Waga 10

3. Kryterium środowiskowe. Waga 10

Zgodnie z częścią IX SIWZ zamawiający poinformował, że dodatkowe dziesięć punktów otrzyma wykonawca, który zaproponuje zatrudnienie na podstawie umowy o pracę brygadzystów (5 pełnych etatów), ogrodników (5 pełnych etatów), kierowników kontraktu (5 pełnych etatów), osoby nadzorującej z wykształceniem kierunkowym (np. ogrodnicze, leśne, rolnicze, architekt krajobrazu - 1 etat). Kolejne dodatkowe 10 punktów otrzyma wykonawca, który wykaże dysponowanie 3 samochodami, wyposażonymi w silniki spełniające normy EURO V.

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w części XI w ustępie 5 zawarto treść o brzmieniu art. 24 ust. 2a Pzp „Zamawiający wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcę, który w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, w szczególności, gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą dowolnych środków dowodowych, jeżeli zamawiający przewidział taką możliwość wykluczenia wykonawcy w ogłoszeniu o zamówieniu, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w zaproszeniu do negocjacji. Zamawiający nie wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy, który udowodni, że podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe,

które mają zapobiec zawinonemu i poważnemu naruszaniu obowiązków zawodowych w przyszłości oraz naprawił szkody powstałe w wyniku naruszenia obowiązków zawodowych lub zobowiązań się do ich naprawienia.

Odwolujący wnosił zapytanie do postanowień części XI w ustępie 5 SIWZ. Zamawiający odpowiedział, że będzie postępował zgodnie z przepisami ustawy.

Protokół postępowania podaje, że w zakresie części zamówienia oferty złożyli:

Część nr: XIII Nazwa: 1) Krótki opis Zieleńce, tereny osiedlowe, pasy drogowe, place zabaw: (obszar 9) obejmuje dzielnice XIV, XVIII.

Ofertę Nr 3 złożył między innymi wykonawca K.M. - PROFi, Grzechynia 667, Maków Podhalański, cena 4 891 428,50 zł brutto. Realizacja zamówienia przy pomocy osób zatrudnionych na umowę o pracę - TAK, kryterium środowiskowe - TAK. Oferta jak wyżej została wybrana. Wykonawca BKW Usługi Komunalne Sp. z o.o. złożył ofertę z kolejną najniższą ceną 5 491 960,36 zł brutto. Realizacja zamówienia przy pomocy osób zatrudnionych na umowę o pracę - TAK, kryterium środowiskowe - TAK. Ofertę na część XIII z kolejną ceną złożył wykonawca ZPU RADIX Sp. z o.o. z Krakowa - cena brutto 7 722 379,50 zł. Realizacja zamówienia przy pomocy osób zatrudnionych na umowę o pracę - TAK, kryterium środowiskowe - TAK. Ofertę na część XIII złożył również odwołujący

10

Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe „ADREM” S.A., ul. Oś. Słoneczne 3, 31-956 Kraków, cena 7 831 974,00 zł brutto. Realizacja zamówienia przy pomocy osób zatrudnionych na umowę o pracę - TAK, kryterium środowiskowe - TAK.

W powiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 6.04.2016 r. zamawiający w odniesieniu do wykonawcy Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe „ADREM” S.A., ul. Oś. Słoneczne 3, 31-956 Kraków, podał następujące uzasadnienie wykluczenia. Cyt.

„Zamawiający wielokrotnie nakładał na Wykonawcę kary za nienależyte wykonanie prac, zerwał z Wykonawcą umowę. Wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 2a Pzp zostało przewidziane w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.” Uzasadnienie prawne art. 24 ust. 2a Pzp.”

Izba zważyła, co następuje.

Zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Ponadto, podstawą skutecznego wniesienia odwołania jest tylko takie naruszenie prawa zamówień publicznych, które miało lub może mieć wpływ na wynik postępowania. Należy zauważyć, że Krajowa Izba Odwoławcza zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp jedynie wówczas jest uprawniona uwzględnić odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów rzeczowej ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 7 grudnia 2011 r., sygn. akt V Ca 1973/11, orzekając w przedmiocie stosowania art. 179 ust. 1 Pzp wskazał, że przepis ten nie pełni funkcji publicznych. Postępowanie odwoławcze ma jedynie na celu ochronę interesu osoby wnoszącej środki ochrony prawnej, o których mowa w tym artykule. Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 4 marca 2013 r., sygn. akt V Ca 3270/12 – potwierdza natomiast, że *„Przez istotny wpływ na wynik postępowania należy rozumieć wpływ na wybór najkorzystniejszej oferty.”*

Art. 179 ust. 1 ustawy Pzp wiąże możliwość skorzystania ze środków ochrony prawnej z ochroną interesu wykonawcy zarówno prawnego, jak i faktycznego, realizującego się poprzez możliwość uzyskania zamówienia, o które wykonawca zamierza się ubiegać, lub o które się ubiega przez swoje uczestnictwo w przetargu.

Biorąc pod uwagę brzmienie art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, należy uznać, że norma ta opisuje interes wykonawcy nakierowany na uzyskanie zamówienia, którego to zamówienia wykonawca nie uzyskałby, w przypadku zaniechania wniesienia środka ochrony prawnej.

11

Interes w uzyskaniu zamówienia badany jest na moment wniesienia odwołania.

Obowiązkiem wykonawcy korzystającego z tego środka ochrony prawnej jest wykazanie wszystkich łącznych przesłanek wymienionych w omawianej normie. Wykonawca musi

zatem udowodnić, że czynności lub zaniechania zamawiającego naruszają wskazane w odwołaniu przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, jednocześnie musi wykazać wpływ tych naruszeń i podnoszonych zarzutów na jego sytuację jako wykonawcy - wyrażające się zaistnieniem po stronie odwołującego uszczerbku stanowiącego szkodę w następstwie naruszenia przepisów ustawy Pzp, w sposób pozwalający na ustalenie związku przyczynowo-skutkowego pomiędzy zarzucanymi naruszeniami Pzp a wystąpieniem szkody po stronie wykonawcy, lub realne narażenie wykonawcy na poniesienie szkody.

Konieczne wykazanie posiadania interesu we wniesieniu odwołania, w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 Pzp obligowało Izbę do oceny pod kątem osiągnięcia zamierzonego przez odwołującego celu, jakim było uzyskanie zamówienia na część XIII przedmiotowego postępowania, o które ten się ubiegał. Wyłącznie taki kontekst sytuacyjno-prawny, inaczej mówiąc zespół występujących w postępowaniu okoliczności faktycznych i prawnych, umożliwiających odwołującemu uzyskanie zamówienia - pozwalałby Krajowej Izbie Odwoławczej na uznanie wykazania interesu przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe „ADREM” S.A.

Bezspornie ustaloną okolicznością pozostawało, że odwołujący złożył swoją ofertę jedynie na część XIII zamówienia (zieleńce, tereny osiedlowe, pasy drogowe, place zabaw: (obszar 9) obejmującą dzielnice XIV, XV/III).

Na tę samą część ofertę Nr 3 złożył między innymi wykonawca K.M. - PROFI, Grzechynia 667, Maków Podhalański, cena 4 891 428,50 zł brutto; zadeklarował realizację zamówienia przy pomocy osób zatrudnionych na umowę o pracę oraz spełnienie kryterium środowiskowego. Oferta jak wyżej została wybrana. Wykonawca BKW Usługi Komunalne Sp. z o.o. złożył ofertę Nr 19 z kolejną najniższą ceną 5 491 960,36 zł brutto. Zadeklarował realizację zamówienia przy pomocy osób zatrudnionych na umowę o pracę oraz spełnienie kryterium środowiskowego. Ofertę na część XIII z kolejną ceną złożył wykonawca ZPU RADIX Sp. z o.o. z Krakowa - cena brutto 7 722 379,50 zł. Zadeklarował realizację zamówienia przy pomocy osób zatrudnionych na umowę o pracę oraz spełnienie kryterium środowiskowego. W ofercie na część XIII odwołujący - Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe „ADREM” S.A., zaproponował wykonanie przedmiotu zamówienia za najwyższą cenę - 7 831 974,00 zł brutto. Zadeklarował realizację zamówienia przy pomocy osób zatrudnionych na umowę o pracę oraz spełnienie kryterium środowiskowego.

12

Z powyższego wynika, że nawet w sytuacji, gdyby odwołujący nie został wykluczony z postępowania - jego oferta nie podlegałaby wyborowi do realizacji części XIII zamówienia. Bez względu na to, że zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania wykonawcy BKW Usługi Komunalne Sp. z o.o. wobec wyboru oferty K.M. - firmy PROFI - od wyboru oferty odwołującego, dzieliły jeszcze dwie inne ww. omówione - korzystniejsze oferty.

Odwołujący wykazał jedynie tyle, że ubiegał się o uzyskanie zamówienia na część XIII, gdyż na tą część złożył swoją ofertę. Nie wykazał natomiast rzeczywistego interesu, ani szkody, gdyż oferta odwołującego, gdyby podlegała ocenie w oparciu o kryteria wyznaczone w SIWZ zostałaby sklasyfikowana na ostatniej, 4-tej pozycji spośród ww. wymienionych ofert. Po wyeliminowaniu oferty wykonawcy K.M. firmy PROFI - na 3-ciej pozycji.

Odwołujący nie podnosił żadnych zarzutów dotyczących nieprawidłowości oceny innych ofert, które były obiektywnie korzystniejsze od oferty odwołującego w wyznaczonych kryteriach. Kwestionował jedynie wykluczenie go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2a Pzp i podane uzasadnienie w powiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 6 kwietnia 2016 r., o treści: „*Zamawiający wielokrotnie nakładał na Wykonawcę kary za nienależyte wykonanie prac, zerwał z Wykonawcą umowę. Wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 2a Pzp zostało przewidziane w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.*”
Uzasadnienie prawne art. 24 ust. 2a Pzp.

Art. 24 ust. 2a Pzp, który został przytoczony w SIWZ, jako mający zastosowanie w przedmiotowym postępowaniu stanowi, że zamawiający wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcę, który w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, w szczególności, gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależyte wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą dowolnych środków dowodowych, jeżeli zamawiający przewidział taką możliwość wykluczenia wykonawcy w ogłoszeniu o zamówieniu, w specyfikacji istotnych warunków

zamówienia lub w zaproszeniu do negocjacji. Zamawiający nie wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy, który udowodni, że podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które mają zapobiec zawinieniu i poważnemu naruszeniu obowiązków zawodowych w przyszłości oraz naprawił szkody powstałe w wyniku naruszenia obowiązków zawodowych lub zobowiązań się do ich naprawienia.

W ustalonych okolicznościach przedmiotowego postępowania, skoro odwołujący nie wykazał spełnienia łącznych przesłanek wymienionych w art. 179 ust. 1 Pzp, które są warunkiem koniecznym do skutecznego skorzystania z obranego środka ochrony prawnej (legitymacji czynnej), bezprzedmiotowe byłoby przeprowadzanie postępowania dowodowego

13

na okoliczność braku podstaw do zastosowania przez zamawiającego normy art. 24 ust. 2a Pzp w odniesieniu do odwołującego, jako wykonawcy, który uczestniczył w przetargu.

Bezsprzecznie oferta odwołującego nie kwalifikuje się jako najkorzystniejsza, zatem odwołujący nie może uzyskać zamówienia w części XIII, czego następstwem było również niewykazanie poniesienia szkody - w postaci utraty możliwości zawarcia umowy z zamawiającym, zrealizowania zamówienia i osiągnięcia zysku.

Niewykazanie legitymacji do wniesienia odwołania, o której stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Pzp stanowi samodzielną materialną podstawę oddalenia odwołania i czyniło zbędnym rozpatrywanie zarzutów naruszenia przez zamawiającego wskazywanych przepisów ustawy Pzp, tj:

1. art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego w sytuacji, gdy nie było przesłanek do dokonania takiej czynności w postępowaniu, oraz podania niewystarczającego uzasadnienia faktycznego i prawnego tej czynności;
2. art. 24 ust. 2a Pzp w związku z art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp poprzez uznanie oferty odwołującego za odrzuconą w sytuacji, gdy brak było przesłanek do wykluczenia odwołującego z postępowania, gdyż zamawiający nie wezwał odwołującego w stosownym czasie do określenia się, że podjął on konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które mają zapobiec zawinieniu i poważnemu naruszeniu obowiązków zawodowych w przyszłości oraz naprawił szkody powstałe w wyniku naruszania obowiązków zawodowych lub zobowiązań się do ich naprawienia i do przedłożenia dowodów to potwierdzających, przez co nie udowodnił odwołującemu ziszczenia się przesłanek z art. 24 ust. 2a Pzp; oraz poprzez wybór oferty złożonej w postępowaniu przez innego wykonawcę, tj. K.M. firma PROFI - jako oferty najkorzystniejszej.

Nawet w sytuacji, gdyby zarzuty odwołującego znajdowały normatywne wsparcie w faktach i w treści przytaczanych regulacji - w odniesieniu do zakwestionowanych czynności zamawiającego, ich wpływ na wynik postępowania przetargowego w zakresie części XIII zamówienia byłby dla oferty odwołującego irrelevantny. Bez względu, zatem na ewentualne naruszenie przez zamawiającego wskazanych przepisów ustawy Pzp, Izba zobligowana była oddalić odwołanie także z mocy art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, który stanowi, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

W tym stanie rzeczy Izba oddaliła odwołanie o czym orzekła na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

14

Izba zaliczyła na poczet kosztów postępowania odwoławczego uiszczony przez odwołującego wpis, stosownie do postanowień § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) oraz zasądziła od odwołującego na rzecz zamawiającego zwrot kosztów postępowania odwoławczego, z tytułu kosztów zastępstwa przez pełnomocnika, stosownie do § 3 pkt 2 lit. b oraz § 5 ust. 3 pkt 1 powołanego rozporządzenia.

Przewodniczący:

