

WYROK
z dnia 5 stycznia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 5 stycznia 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 grudnia 2015 r. przez wykonawcę: **A.S. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą AKS Landscaping A.S., ul. Dolna 47A, 33-131 Łęg Tarnowski** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Żabno, ul. Jagiełły 1, 33-240 Żabno,**

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: A.S. **prowadząca działalność gospodarczą pod firmą AKS Landscaping A.S., ul. Dolna 47A, 33-131 Łęg Tarnowski, i:**
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: A.S. **prowadząca działalność gospodarczą pod firmą AKS Landscaping A.S., ul. Dolna 47A, 33-131 Łęg Tarnowski** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2 zasądza kwotę **4 101 zł 48 gr** (słownie: cztery tysiące sto jeden złotych czterdzieści osiem groszy) od wykonawcy: A.S. **prowadząca działalność gospodarczą pod firmą AKS Landscaping A.S., ul. Dolna 47A, 33-131 Łęg Tarnowski** na rzecz zamawiającego: **Gmina Żabno, ul. Jagiełły 1, 33-240 Żabno,** stanowiącą koszty poniesione z tytułu reprezentacji i dojazdu na posiedzenie.

1

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Tarnowie.**

Przewodniczący:

2

Uzasadnienie

Zamawiający: Gmina Żabno prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Utrzymanie terenów zielonych na terenie miasta Żabno w latach 2016 – 2019”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 1 poz. 320680 w dniu 26.11.2015 r.

W dniu 16 grudnia 2015 r. Zamawiający przekazał wykonawcom informację o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę M.K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą EKO-ZIELEŃ Usługi Ogrodnicze M.K. oraz o wykluczeniu z postępowania i odrzuceniu oferty złożonej przez wykonawcę A.S. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą AKS Landscaping A.S. w Łęgu Tarnowskim na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp. Zamawiający uznał, że wykonawca nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Wykonawca AKS Landscaping wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu

naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”:

- art. 26 ust. 3 i 4 w związku z art. 22 ust. 1 Pzp, poprzez nieprecyzyjne wezwanie do uzupełnienia dokumentów, zaniechanie kolejnego wezwania dotyczącego innego zakresu złożonych dokumentów, zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień przez Odwołującego.
- art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, poprzez przeprowadzenie postępowania bez zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, nieprecyzyjne wezwanie Odwołującego do uzupełnienia dokumentów, wykluczenie Odwołującego i odrzucenie jego oferty pomimo spełniania przez niego warunku wiedzy i doświadczenia, a także udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy Pzp.
- art. 26 ust. 2b Pzp, poprzez nieuznanie skuteczności udostępnienia zasobów przez podmioty trzecie,
- art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, poprzez wykluczenie Odwołującego spełniającego warunki udziału w postępowaniu,
- art. 24 ust. 4 Pzp, poprzez uznanie za odrzuconą oferty Odwołującego,
- art. 24 ust. 4 Pzp, poprzez niewyjaśnienie w uzasadnieniu faktycznym dlaczego nie uznaje udostępnienia zasobów, w tym udostępnienia p. T.,
- art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego,
- art. 87 ust. 1 Pzp, poprzez nieżądanie od Odwołującego wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert,
- art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy EKO-ZIELEŃ

3

Usługi Ogrodnicze M.K. nie spełniającego warunków udziału w postępowaniu,
- art. 24 ust. 4 Pzp, poprzez zaniechanie uznania za odrzuconą oferty EKO-ZIELEŃ Usługi Ogrodnicze M.K..

Odwołująca wniosła o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty EKO-ZIELEŃ Usługi Ogrodnicze M.K. jako najkorzystniejszej, unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego i odrzucenia jego oferty, powtórzenia oceny ofert, wykluczenia wykonawcy EKO-ZIELEŃ Usługi Ogrodnicze M.K. i/lub odrzucenia jego oferty, a także wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. W wypadku unieważnienia odrzucenia oferty Odwołującego, jego oferta ma szansę zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Działania i zaniechania Zamawiającego sprzeczne z ustawą Pzp narażają Odwołującego na szkodę w postaci utraty zysku wynikłego z realizacji zamówienia.

Zamawiający określił w punkcie 8.1.2) pkt 3 SIWZ wymóg posiadania wiedzy i doświadczenia, w postaci 1 realizacji zadania związanego z utrzymaniem terenów zielonych o wartości co najmniej 150 000 PLN.

Odwołujący w ofercie złożył zobowiązanie podmiotu trzeciego P.PH.U Trans-Art. A. T. do udostępnienia wiedzy i doświadczenia oraz przedstawił wykaz wykonanych zadań.

Pismem z dnia 4 grudnia 2015 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów dotyczących wiedzy i doświadczenia zarzucając zbyt niską wartość wykonanych usług przez Odwołującego - w wysokości 30 tys. zł oraz przez podmiot udostępniający zasoby - w wysokości 84 tys. zł.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie, Odwołujący uzupełnił dokumenty, załączając nowe oświadczenie o udostępnieniu zasobów przez p. I. P. wraz ze wskazaną usługą oraz nowy wykaz usług, który zawiera m.in. wykonane przez p. T. usługi o wartości odpowiednio 483 178,41zł (Centrum Sportu w Koszycach), 483 178,41zł (obiekt sportowe przy Szkole Podstawowej nr 48 w Krakowie), 2 034 932,26 zł (prace dla Małopolskiego Zarządu Melioracji i Urządzeń Wodnych w Krakowie), wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie (protokoły odbioru).

Odwołujący podniósł, że w uzasadnieniu wykluczenia Zamawiający zupełnie nie odniósł się do oświadczenia o udostępnieniu zasobów p. T., w którym była mowa o „podwykonawstwie, doradztwie technicznym”, „dostępie do sprzętu mechanicznego” ani do poszerzonego wykazu wykonywanych usług. Zdaniem Odwołującego, powyższy brak zakwestionowania w uzasadnieniu wykluczenia kolejnych wskazanych przez Odwołującego usług wykonanych przez p. T. oraz usługi wykonanej przez p. I. P. potwierdza fakt spełnienia przez Odwołującego wymogu posiadania wiedzy i doświadczenia określonego w punkcie

Ponadto, Zamawiający w wezwaniu nie sformułował zarzutów wobec zakresu przekazania zasobów przez p. T., natomiast później ten zarzut uczynił powodem wykluczenia Odwołującego z postępowania. Zamawiający nie wskazując zarzutu dotyczącego zakresu i sposobu udostępnienia zasobów, działał niezgodnie z art. 7 Pzp. Zamawiający powinien wskazać wszystkie podstawy braku uznania spełnienia warunku przez Odwołującego. Takie postępowanie Zamawiającego nie daje wykonawcy realnej możliwości uzupełnienia oferty, zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp. W wezwaniu z dnia 4 grudnia 2015 r., Zamawiający zarzucił w wezwaniu jedynie zbyt niską kwotę, zatem uznał realność udostępnienia zasobów, której późniejsze zakwestionowanie stało się podstawą wykluczenia Odwołującego. Narusza to art. 26 ust. 3 Pzp w zakresie precyzyjnego sformułowania wezwania do uzupełnienia dokumentów.

Odwołujący podniósł także zarzuty dotyczące zaniechania wykluczenia wykonawcy M.K. prowadzącego działalność pod firmą EKO-ZIELEŃ Usługi Ogrodnicze M.K. i zaniechania odrzucenia jego oferty, gdyż w załączonym wykazie usług:

1. dla roku 2012 bezprawnie wskazał kwotę 80.387,00 zł,
 2. dla roku 2013 bezprawnie wskazał kwotę 92 948,33 zł dla okresu 01.01.2013-31.12.2012 (okres realizacji minus jeden dzień),
 3. dla roku 2014 bezprawnie wskazał kwotę 92 948,33 zł dla okresu 01.01.2014-31.12.2012 (okres realizacji minus jeden rok i jeden dzień),
 4. dla roku 2014 bezprawnie wskazał kwotę 92 948,33 zł dla okresu 01.01.2015-zlecenie na dzień składania ofert nie zostało zakończone,
- a zatem nie potwierdził posiadanego doświadczenia.

Pismem z dnia 4 stycznia 2015 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Zamawiający wyjaśnił, że wartość zamówienia jest niższa niż kwota określona w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, tj. nie przekracza tzw. progów unijnych. Wobec powyższego, zgodnie z art. 180 ust. 2 Pzp, Odwołującemu przysługuje na tym etapie postępowania wyłącznie prawo do wniesienia odwołania w zakresie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, i w konsekwencji uznania jego oferty za odrzuconą.

Zamawiający wskazał, że Odwołujący nie wykazał, że on sam lub podmiot trzeci wskazany w ofercie spełnia warunek, o którym mowa w pkt 8 ust. 1 i 3 SIWZ, tj. że zrealizował co najmniej 1 zadanie związane z utrzymaniem terenów zielonych o wartości 150 000,00 zł w okresie trzech lat przed terminem składania ofert. Wykonawca przedstawił w wykazie wykonanych usług tylko jedno zadanie o wartości przewyższającej wartość wymaganą w SIWZ, tj. budowę boisk przy Szkole Podstawowej i Gimnazjum w Niedomicach

i Otfinowie o wartości 1 087 751,80 zł, z czego według ustaleń Zamawiającego wartość robót i usług związanych z utrzymaniem zieleni wynosiła jedynie ok. 84 000,00zł. W pozostałym zakresie wartość dotyczyła robót budowlanych. Do wykazu nie załączono koniecznych dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, wymaganych w pkt 8 ust. 1 i pkt 2 lit. b oraz pkt 8 ust. 3 SIWZ.

W tej sytuacji na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz dokumentów umożliwiających Zamawiającemu ocenę czy wskazany podmiot trzeci, z którego zasobów Odwołujący zamierzał skorzystać będzie dysponował zasobami tego podmiotu w stopniu niezbędnym do należytego wykonania zamówienia. W odpowiedzi na to wezwanie Odwołujący złożył uzupełniony wykaz i zobowiązanie innego podmiotu – Zakład Remontowo-Budowlany P., I.P.– do oddania do dyspozycji wykonawcy zasobów wiedzy i doświadczenia w formie doradztwa technicznego oraz zaświadczenia, listy referencyjne i protokoły odbioru robót.

Po analizie złożonych dokumentów Zamawiający stwierdził, że ani Odwołujący, ani podmiot trzeci wskazany w ofercie nie wykazał spełniania warunku wiedzy i doświadczenia. W ocenie Zamawiającego, Odwołujący nie miał podstaw do wprowadzenia nowego podmiotu

udostępniającego zasoby, niewymienionego w ofercie, gdyż jest to sprzeczne z art. 26 ust. 3 zdanie drugie ustawy Pzp. W świetle złożonych dokumentów pozycja 6 poprawionego wykazu określona jako zagospodarowanie terenów zielonych w m. Bydgoszcz pozostaje sprzeczna z treścią listu referencyjnego Samson Sp. z o.o. z października 2014 r., podobnie jak poz. 10 tego wykazu z treścią listu referencyjnego Samson Sp. z o.o. ze stycznia 2015 r. Ponadto usługi wskazane w poz. 1, 11, 12, 13 poprawionego wykazu nie są usługami a robotami budowlanymi. Ostatnia pozycja wykazu określona jako zagospodarowanie i utrzymanie porządku na terenie Głucholańskich Zakładów Papierniczych Sp. z o.o. w Niedomicach dotyczy usług, które nie miały charakteru nawet zbliżonego do utrzymania terenów zielonych. Odwołujący nie przedstawił również wymienionych w pkt 8 ust. 3 SIWZ dokumentów wymaganych w oparciu o §1 ust. 6 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich zamawiający może żądać od wykonawcy, oraz form w jakich dokumenty te mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz. 231). Zamawiający nie miał wobec tego możliwości ocenić, czy Odwołujący będzie dysponował zasobami innego podmiotu w stopniu niezbędnym do należytego wykonania zamówienia oraz czy łączący Odwołującego z tym podmiotem stosunek gwarantuje rzeczywisty dostęp wykonawcy do tych zasobów.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty

6

zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.
Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący posiada legitymację materialno-prawną, o której mowa w art. 179 ust. 1 Pzp, wymaganą do wniesienia odwołania. Zgodnie z art. 180 ust. 2 pkt 3 Pzp odwołanie zostało wniesione wobec czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania. W wypadku unieważnienia tej czynności Odwołujący uzyskalaby możliwość wyboru jego oferty, jako najkorzystniejszej.

Stosownie do art. 192 ust. 7 Pzp, Izba rozpoznała odwołanie w zakresie zarzutów zawartych w odwołaniu.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest usługa utrzymania terenów zielonych na terenie miasta Żabno w okresie trzech lat. Jak wynika z opisu przedmiotu zamówienia przedstawionego w pkt 3 SIWZ w okresie rocznym, na przedmiot zamówienia składa się szereg czynności, powtarzających się cyklicznie, co pewien czas w ciągu jednego roku, takich jak np.: koszenie trawników – 3 razy w miesiącu w ciągu 7 miesięcy w roku, sprzątanie chodników i placów – 312 dni w roku, odśnieżanie chodników i placów – 30 razy w roku, grabienie liści w okresie jesiennym – 4 razy, odchwaszczanie ręczne rabat - 2 razy w miesiącu przez 6 miesięcy, cięcia pielęgnacyjne bylin, krzewów liściastych i żywopłotów – 3 razy w sezonie, aeracja trawnika – 1 raz w sezonie, nawożenie trawnika – 5 razy w sezonie, ochrona chemiczna trawnika przed chwastami – 3 razy w sezonie, czyszczenie ławek – 1 raz w miesiącu (12 razy w roku) itd. Opis powyższy wskazuje jednoznacznie na charakter usługi „utrzymania terenów zielonych”, związany z uprawą, pielęgnacją i ochroną roślinności, sprzątaniami terenów zielonych, chodników i placów, odśnieżaniem itp. Nie stanowi zatem tej usługi jednorazowe wykonanie którejs z wymienionych czynności, jak np. zasianie trawy lub usypanie ziemi pod zasiewy.

W punkcie 8.1.2 SIWZ Zamawiający wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia. Zamawiający wymagał dołączenia do oferty oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, wykazu wykonanych/wykonywanych głównych usług z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie, tj. poświadczeń lub innych dokumentów - jeżeli z uzasadnionych przyczyn

7

o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia.

W przypadku, gdy usługi wskazane w wykazie zostały wykonane na rzecz Zamawiającego to nie było obowiązkiem załączania poświadczeń. W pkt 8.1.2.lit.b ppkt 3 Zamawiający postanowił, że „Aby warunek został spełniony należy w wykazie wykazać co najmniej 1 zadanie związane z utrzymaniem terenów zielonych o wartości co najmniej 150 000,00 PLN – Załącznik nr 4 do SIWZ i na potwierdzenie, że usługi te zostały wykonane w sposób należyty i prawidłowo ukończone załączyć ww. dowody.”

Załącznik nr 4 do SIWZ „Wykaz wykonanych usług, doświadczenie oferenta” zawiera oświadczenie o następującej treści: „Składając ofertę w przetargu nieograniczonym na wykonanie zadania pod nazwą „Utrzymanie terenów zielonych na terenie miasta Żabno w latach 2016 – 2019” oświadczamy, że zrealizowaliśmy/zrealizujemy w ciągu ostatnich 3 lat następujące zadania o charakterze i złożoności porównywalnej z zakresem przedmiotu przetargu”, które wykonawca podpisywał składając wykaz doświadczenia w ofercie.

Odwołujący załączył do oferty powyższy „Wykaz wykonanych usług, doświadczenie oferenta”, w którym wskazał 6 zadań o wartości od 379,62 zł do 24 624,00 zł oraz 1 zadanie (poz. 1 wykazu) o wartości 1 087 751,80 zł - „Budowa boisk przy szkole podstawowej i Gimnazjum w Niedomicach i Otfinowie”, wykonane na rzecz gminy Żabno przez P.PH.U Trans-Art. Artur T.. Odwołujący złożył też zobowiązanie podmiotu trzeciego P.PH.U Trans-Art. Artur T. z dnia 2 grudnia 2015 r. do udostępnienia Odwołującemu wiedzy i doświadczenia w formie podwykonawstwa i doradztwa technicznego. Odwołujący nie załączył dokumentów potwierdzających należyte wykonanie zadań przedstawionych w wykazie, wymaganych w pkt 8 ust. 1 i pkt 2 lit. b oraz pkt 8 ust. 3 SIWZ.

W oparciu o posiadane informacje Zamawiający ustalił, odnośnie zadania wskazanego w poz. 1 ww. wykazu, że zadanie „Budowa boisk przy szkole podstawowej i Gimnazjum w Niedomicach i Otfinowie” obejmowało wartość robót i usług związanych z utrzymaniem zieleni na kwotę ok. 84 000,00 zł, a w pozostałym zakresie były to roboty budowlane, których charakter nie ma żadnego związku z przedmiotem zamówienia w prowadzonym postępowaniu.

W dniu 4 grudnia 2015 r. Zamawiający wezwał Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. W wezwaniu Zamawiający szczegółowo przytoczył treść warunku opisanego w SIWZ i wskazał dokumenty, które są wymagane do potwierdzenia spełnienia warunku. Zamawiający wyjaśnił też dlaczego informacje zawarte w złożonym wykazie nie potwierdzają spełnienia warunku, tj. brak wykazania realizacji 1 usługi związanej z utrzymaniem terenów zielonych o wartości co najmniej 150 000,00zł.

Odwołujący w odpowiedzi na powyższe wezwanie złożył oświadczenie

8

o udostępnieniu mu zasobów wiedzy i doświadczenia przez Zakład Remontowo-Budowlany P. I.P.w formie doradztwa technicznego oraz uzupełniony wykaz usług o 4 dodatkowe zadania, w tym 3 zadania udostępnione przez PPHU Trans-Art o wartości odpowiednio 483 178,41zł (Poprawa infrastruktury rekreacyjno-sportowej poprzez utworzenie zielonej strefy wypoczynku przy Centrum Sportu i Rekreacji w Koszycach), 483 178,41zł (Budowa i przebudowa obiektów sportowych przy Szkole Podstawowej nr 48 w Krakowie), 2 034 932,26 zł (Budowa rowu melioracji wodnych szczegółowych dla Małopolskiego Zarządu Melioracji i Urządzeń Wodnych w Krakowie), wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie (protokoły odbioru) oraz 1 zadanie udostępnione przez Zakład Remontowo-Budowlany P.o wartości 70 000,00 zł w każdym z lat 2013-2015 (Zagospodarowanie i utrzymanie porządku na terenie wokół zakładu produkcyjnego w m. Niedomice).

W ustalonym powyżej stanie faktycznym Izba zważyła, jak poniżej.

Treść warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia w świetle postanowienia pkt 8.1.2 SIWZ i Załącznika nr 4 do SIWZ jest jasna i jednoznaczna. Należało wykazać wykonanie 1 zadania o charakterze i zakresie porównywalnym z przedmiotem zamówienia. Skoro przedmiotem zamówienia są usługi utrzymania zieleni w okresie 3 lat, to uwzględniając zakres tych usług, opisany w pkt 3 SIWZ, należało wykazać wykonanie usługi obejmującej powtarzalne czynności związane z uprawą i pielęgnacją zieleni oraz sprzątnięciem terenów zieleni w pewnym okresie czasu, o wartości co najmniej 150 000 zł.

Złożone przez Odwołującego pierwotnie w ofercie dokumenty, mające potwierdzać

spełnianie warunku wiedzy i doświadczenia, nie były wystarczające do uznania przez Zamawiającego, że wykonawca wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący nie wykazał wymaganego doświadczenia własnego, natomiast doświadczenie podmiotu trzeciego, którego zobowiązanie Odwołujący załączył do oferty, również nie odpowiada warunkowi postawionemu w SIWZ. W pozycji 1 wykazu wskazano bowiem robotę budowlaną, która co prawda obejmowała zasianie trawy na wykonanych boiskach, ale nie stanowi ona usługi, polegającej na „utrzymaniu zieleni”, gdyż ww. podmiot nie zajmował się pielęgnacją trawy, koszeniem, grabieniem aeracją itp. Nie można zatem uznać, że robota budowlana, obejmująca jednoznacznie czynność zasiania trawy stanowi usługę o charakterze, zakresie i złożoności porównywalnej z zakresem przedmiotu niniejszego przetargu.

Prawidłowo zatem Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów, wymaganych na potwierdzenie spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, gdyż złożony wykaz nie przedstawiał wykonania wymaganej usługi, o określonej wartości.

Zauważyć przy tym należy, że na tym etapie badania ofert Zamawiający nie miał

9

podstaw by kwestionować złożone przez Odwołującego zobowiązanie podmiotu trzeciego. Zobowiązanie to należy bowiem oceniać wraz z pozytywnie ocenionym doświadczeniem danego podmiotu, a w tym przypadku, wymagane doświadczenie podmiotu trzeciego nie zostało przez Odwołującego wykazane. Ponadto, wezwanie z dnia 4 grudnia 2015 r. do uzupełnienia dokumentów skierowane do Odwołującego jest zgodne z art. 26 ust. 3 Pzp. Wezwanie to zawiera wszystkie szczegółowe informacje, które dotyczą treści warunku i wymaganych dokumentów do oceny jego spełniania, a jednocześnie przyczyny, z powodu których Zamawiający zakwestionował złożone wraz z ofertą dokumenty. Jednocześnie Zamawiający nie był zobowiązany do wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści złożonych w ofercie dokumentów, gdyż ich treść jest jasna i jednoznaczna - nie budzi jakichkolwiek wątpliwości, które należałoby wyjaśnić, aby dokonać oceny tych dokumentów. Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego co do niewykazania przez Odwołującego na tym etapie (w ofercie) faktu spełniania warunku udziału w postępowaniu w trybie art. 26 ust. 2b Pzp, stąd też wezwanie do uzupełnienia dokumentów było prawidłowe. Należy przy tym zastrzec, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego biorą udział profesjonalści w danej dziedzinie, co oznacza, że wykonawcy są przygotowani merytorycznie do udziału w postępowaniu, zarówno z zakresu danej specjalności – dziedziny działalności gospodarczej związanej z realizacją przedmiotu zamówienia, jak też z zakresu samych procedur postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W niniejszej sprawie wezwanie kwestionowane przez Odwołującego zawiera wszelkie informacje niezbędne do tego, aby wykonawca mógł je wykonać w sposób prawidłowy.

Biorąc pod uwagę uzupełnione przez Odwołującego dokumenty Izba stwierdziła, że Odwołujący nie wykazał również na tym etapie, iż samodzielnie posiada wymagane w SIWZ doświadczenie, o którym mowa w pkt 8.1.2 SIWZ. W uzupełnionym wykazie wykonanych usług Odwołujący nie wykazał żadnej dodatkowej usługi wykonanej samodzielnie, odpowiadającej przedmiotowi zamówienia o wartości 150 000 zł, co również nie było sporne pomiędzy stronami.

Ponadto, Odwołujący nie wykazał w wyniku uzupełnienia, że podmiot trzeci - P.PH.U Trans-Art. A. T. posiada wymagane doświadczenie w zakresie realizacji 1 zadania spełniającego wymagania SIWZ.

W uzupełnieniu Odwołujący przedstawił dodatkowo trzy zadania zrealizowane przez ten podmiot - o wartości odpowiednio 483 178,41zł (Poprawa infrastruktury rekreacyjno-sportowej poprzez utworzenie zielonej strefy wypoczynku przy Centrum Sportu i Rekreacji w Koszycach), 483 178,41zł (Budowa i przebudowa obiektów sportowych przy Szkole Podstawowej nr 48 w Krakowie), 2 034 932,26 zł (Budowa rowu melioracji wodnych szczegółowych dla Małopolskiego Zarządu Melioracji i Urządzeń Wodnych w Krakowie), wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie (protokoły odbioru. Ze

10

złożonych dokumentów wynika jednoznacznie, że przedstawione zadania obejmowały wykonanie robót budowlanych, w których jedynie pojedyncze czynności były związane z robotami ziemnymi, które w żadnym razie nie wykazują żadnego podobieństwa do

przedmiotu tego postępowania. Potwierdzają to jednoznacznie protokoły odbioru tych robót złożone przez Odwołującego łącznie z uzupełnionym wykazem.

Co do zadania wykonywanego przez Zakład Remontowo-Budowlany P. o wartości 70 000,00 zł w każdym z lat 2013-2015 (Zagospodarowanie i utrzymanie porządku na terenie wokół zakładu produkcyjnego w m. Niedomice), przedstawionego w ostatniej pozycji uzupełnionego wykazu usług, Odwołujący przedłożył zobowiązanie tego podmiotu z dnia 4 grudnia 2015 r. do udostępnienia Odwołującemu swoich zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia w formie – doradztwa technicznego. Zobowiązanie to nie zawiera żadnej innej informacji, w szczególności co do sposobu, zakresu i realności udostępnienia zasobów przez ten podmiot. Odwołujący nie przedstawił żadnych informacji (dokumentów) wymaganych przez Zamawiającego w pkt 8.3 SIWZ w odniesieniu do zakresu dostępnych zasobów, sposobu wykorzystania tych zasobów przez wykonawcę przy realizacji zamówienia, charakteru stosunku łączącego wykonawcę i ww. podmiot, zakresu i okresu udziału ww. podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

Ponadto, Odwołujący nie przedstawił Zamawiającemu jednoznacznej informacji, z której wynikałoby, że wskazane powyżej zadanie obejmuje w całości usługę odpowiadającą charakterowi i zakresowi przedmiotowego zamówienia. Ze złożonych w ramach uzupełnienia dokumentów, w tym w szczególności z treści zaświadczenia Głuchołaskich Zakładów Papierniczych Sp. z o.o. z dnia 4 grudnia 2015 r. nie wynika jednoznacznie, jaki zakres i jaka wartość realizowanych usług dotyczy „utrzymania zieleni” w rozumieniu SIWZ oraz, jaki charakter mają usługi realizowane w ramach „współpracy”, o której mowa w tym zaświadczeniu, która, jako jeden z jej elementów, „obejmuje m.in. zagospodarowanie i utrzymanie porządku na terenie wokół zakładu produkcyjnego”. W tym jednak przypadku wezwanie do wyjaśnienia treści tego dokumentu przez Odwołującego w trybie art. 26 ust. 4 Pzp nie było uprawnione. Odwołujący, uzupełniając ww. dokumenty w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, w dniu 8 grudnia 2015 r. złożył, jako uzupełnione (nowe) - zobowiązanie podmiotu Zakład Remontowo-Budowlany P. do udostępnienia zasobów na rzecz Odwołującego, które jednak nie spełnia wymagań SIWZ i ustawy Pzp (art. 26 ust. 2b Pzp), co zostało przedstawione w uzasadnieniu powyżej. Wobec faktu, że zobowiązanie to zostało złożone w ramach uzupełnienia dokumentów, to nie ma możliwości ponownego wezwania Odwołującego do kolejnego uzupełnienia dokumentów w celu potwierdzenia spełniania warunku wiedzy i doświadczenia. Jak wynika z utrwalonego orzecznictwa KIO, wezwanie do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału

11

w postępowaniu jest możliwe tylko jednokrotnie w danym zakresie. Ponieważ w niniejszej sprawie Odwołujący był wzywany w pełnym zakresie do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, to nieuzupełnienie wszystkich wymaganych dokumentów w terminie zakreślonym przez Zamawiającego w tym wezwaniu skutkuje wykluczeniem wykonawcy, bez możliwości kolejnego wezwania. Podkreślić należy, że zgodnie z art. 26 ust. 2a Pzp, to wykonawca jest zobowiązany wykazać zamawiającemu, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp. Ciężar dowodu w tym zakresie spoczywa na wykonawcy, który ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający nie ma możliwości wielokrotnego wzywania wykonawcy do uzupełniania dokumentów i informacji, gdyż stanowiłoby to naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Nie potwierdził się zatem zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania, jako wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W związku z powyższym zastosowanie przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 4 Pzp, poprzez uznanie za odrzuconą oferty Odwołującego, było prawidłowe. Zauważyć przy tym należy, że przepis art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp powinien mieć zastosowanie do sytuacji, gdy oferta podlega odrzuceniu, jako złożona przez wykonawcę wykluczonego z postępowania, a zatem w postępowaniach tzw. dwuetapowych, gdy na pierwszym etapie (przed składaniem ofert) oceniane są wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Przetarg nieograniczony nie jest takim postępowaniem. W tym przypadku niejako „odpowiednikiem” art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp jest art. 24 ust. 4 Pzp, zgodnie z którym ofertę złożoną przez wykonawcę wykluczonego uznaje się (automatycznie) za odrzuconą. Zastosowanie w niniejszym postępowaniu przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp jest zatem

niezasadne, jednak nie stanowi to naruszenia przepisu, które miało lub może mieć jakikolwiek wpływ na wyniki postępowania, w rozumieniu art. 192 ust. 2 Pzp.

Co do zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp, Izba wskazuje, że przepis art. 87 ust. 1 Pzp, umożliwiający wyjaśnienie treści oferty nie ma zastosowania w niniejszym przypadku, tj. gdy dokumenty składane w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu są załączane do oferty, a nie stanowią treści oferty sensu stricto. Wyjaśnienie treści dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, składanych w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu odbywa się na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp. Z tego też względu zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp Izba uznała za niezasadny.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia

12

wykonawcy EKO-ZIELEŃ Usługi Ogrodnicze M.K. i art. 24 ust. 4 Pzp, poprzez zaniechanie uznania oferty tego wykonawcy za odrzuconą nie podlegał rozpoznaniu. Przepis art. 180 ust. 2 Pzp wskazuje czynności wobec których przysługuje wykonawcy odwołanie w postępowaniu o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Przepis ten nie przewiduje możliwości wniesienia odwołania wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, w tym także zaniechania wykluczenia wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza.

Reasumując, wobec braku potwierdzenia się zarzutów przedstawionych w odwołaniu, w szczególności w zakresie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, poprzez przeprowadzenie postępowania bez zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Izba orzekła, uwzględniając stan rzeczy ustalony w toku postępowania, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz zgodnie z § 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).

Przewodniczący:

13