

Sygn. akt: KIO 1498/23

WYROK

z dnia 13 czerwca 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Ewa Sikorska

Protokolant:Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 czerwca 2023 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 maja 2023 r. przez wykonawcę **J. W.** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Miasto Gliwice – Zarząd Dróg Miejskich w Gliwicach**

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **J. W.** 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 **J. W.** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy **J. W.** na rzecz zamawiającego – **Miasta Gliwice – Zarządu Dróg Miejskich w Gliwicach** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), na niniejszy wyrok, w terminie 14 dnia od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w Warszawie.

.....

Sygn. akt: KIO 1498/23

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Gliwice – Zarząd Dróg Miejskich w Gliwicach – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest bieżące utrzymanie zieleni w pasach drogowych miasta Gliwic na 2023 rok dla zadania nr 2, 3, 5 i 6.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 roku, poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 29 maja 2023 r. wykonawca J. W., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J. W. w Bytomiu (dalej: odwołujący), wniósł odwołanie wobec niezgodnej z ustawą P.z.p. czynności polegającej na wadliwym wyborze oferty wykonawcy Eko-Ogród M. G. E. T. s.c. (dalej także jako: Eko-Ogród) jako najkorzystniejszej w zakresie zadania nr 6.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 16 pkt 1 i art. 17 ust. 2 ustawy P.z.p. poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem niżej wymienionych przepisów):

1. art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. b ustawy P.z.p., w związku z tym, że wykonawca nie przedstawił w złożonym wykazie realizacji, która potwierdza spełnianie warunku udziału w postępowaniu określonego przez zamawiającego w rozdziale 9 pkt 4 „Zdolność techniczna lub zawodowa” – w zakresie wiedzy i doświadczenia wymaganego dla rejonu 6.

2. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w związku z art. 127 ust. 2 ustawy P.z.p., w związku z brakiem złożenia podmiotowych środków dowodowych w postaci dokumentów potwierdzających należyte wykonanie referencyjnej usługi wskazanej w wykazaniu dla zadania nr 6, oraz brakiem jakiegokolwiek powołania się lub wykazania, że zamawiający dysponuje takimi środkami.

3. art. 226 ust.1 pkt. 7 ustawy P.z.p. w związku z podaniem nieprawdziwej informacji istotnej z punktu widzenia prowadzonego postępowania (spełniania warunku), w sposób celowy prowadzący do wprowadzenia zamawiającego w błąd,

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert i w ramach tej czynności nakazanie:

a) odrzucenia oferty wykonawcy Eko-Ogród M. G. E. T. S.C. z postępowania na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy P.z.p. w związku z brakiem spełnienia warunków udziału w postępowaniu,

b) odrzucenia oferty wykonawcy Eko-Ogród M. G. E. T. S.C. z postępowania na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

c) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji według przedstawionej na rozprawie faktury.

Odwołujący podniósł, że stosownie do art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p. ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę wskutek naruszenia przepisów przez zamawiającego, z uwagi na to, że oferta Odwołującego uzyskała drugą pod względem kolejności liczbę punktów, a co za tym idzie, w przypadku wyeliminowania oferty poprzedzającej, odwołujący winien uzyskać zamówienie. Tym samym odwołujący może utracić korzyści związane z realizacją przedmiotowego zamówienia.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 12 czerwca 2023 roku wniósł o:

1. oddalenie odwołania;

2. zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów zastępstwa radcowskiego w kwocie wynikającej z przedłożonej na rozprawie faktury VAT.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest bieżące utrzymanie zieleni w pasach drogowych miasta Gliwice na 2023 rok dla zadania nr 6 Wilcze Gardło, Ostropa, Wojska Polskiego, Wójtowa Wieś, Sikornik, Stare Gliwice.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został zawarty w opisie przedmiotu zamówienia - załącznik nr 8 do specyfikacji warunków zamówienia (SWZ).

W rozdziale 9 pkt 4 SWZ zamawiający sformułował następujący warunek dot. wiedzy i doświadczenia:

„Wykonawca musi wykazać, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zrealizował usługi, w jednym sezonie wegetacyjnym (kwiecień do listopada) (2020, 2021, 2022), polegające na utrzymaniu zieleni w pasach drogowych i/lub terenów zieleni miejskiej w ramach maksymalnie 2 zadań na terenie o łącznej powierzchni minimum:

Zadanie nr 6 - REJON 6 - 150 000 m²

Przez utrzymanie zieleni rozumie się: koszenie terenów zieleni i poboczy w pasach drogowych i/lub terenów zieleni miejskiej wraz z wygrabieniem i wywozem skoszonych trawy (pokosu), grabienie i wywóz liści, przycinanie, żywopłotów, plewienie i utrzymanie rabat, zakładanie i renowacja trawników.”

Dowód: SWZ

Do upływu terminu składania oferty złożyło trzech wykonawców:

1. Eko-Ogród M. G. E. T. S.C., ul. Ziemowita 10/7, 44-100 Gliwice podmiot, który w ramach kryteriów oceny ofert uzyskał 100 pkt.

2. Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J. W., ul. W. Łokietka 4, 41-933 Bytom podmiot, który uzyskał 92,52 pkt.

3. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe EKO-POL Jan Ogonowski, ul. Pszczyńska 14, 44-100 Gliwice podmiot, który uzyskał 86,84 pkt.

Dowód: protokół postępowania o udzielenie zamówienia publicznego

Wykonawca Eko-Ogród w wykazie usług wskazał realizację następującej usługi:

„Bieżące utrzymanie zieleni w pasach drogowych miasta Gliwice na 2022 rok - Rejon 9 - Żywopłoty, Skupiny, Zabiegi Agrotechniczne, powierzchnia powyżej 150 000 m²” wykonywaną na rzecz ZDM w Gliwicach w okresie V 2022-IV 2023 r.

Dowód: oferta wykonawcy Eko-Ogród

Wskazana w warunku usługa była realizowana na podstawie postępowania z 2022 roku, w którym zamawiający w treści opisu przedmiotu zamówienia sprecyzował zakres usług, jaki będzie realizowany w ramach danego rejonu.

Wykonawca Eko-Ogród w ubiegłym roku realizował Rejon nr 9. Jak wynika z treści OPZ zadanie to obejmowało następujące czynności:

Rejon 9: Zabiegi agrotechniczne (przycinanie żywopłotów, plewienie, korowanie, zakładanie trawników).

W ramach zakładania trawników należało wykonać następujące czynności:

- 1) usunięcie nadmiaru ziemi (*warstwa* o gr. 10 cm), usunięcie gruzu i innych zanieczyszczeń, spulchnienie,
- 2) dowóz ziemi urodzajnej warstwa 15 cm,
- 3) rozplanowanie ziemi, wyrównanie, uwałowanie terenu,
- 4) dwukrotny wysiew nasion traw (metodą tzw. na krzyż),
- 5) przykrycie wysianych nasion warstwą torfu gr. 2 cm, uwałowanie terenu,
- 6) opalikowanie i oznakowanie miejsca założenia trawnika,
- 7) uporządkowanie miejsca wykonywania pracy – zamiatanie chodników i jezdni.

Dowód: OPZ postępowania z 2022 roku

Wykonawca Eko-Ogród nie przedłożył dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie usługi wskazanej w wykazie usług. Nie wskazał również środków dowodowych znajdujących się w posiadaniu zamawiającego oraz nie potwierdził ich prawidłowości i aktualności. (*okoliczność bezsporna*)

W dniu 24 maja 2023 roku Zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Eko-Ogród.

Dowód: pismo z dnia 24 maja 2023 roku

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p. Okoliczność ta nie była pomiędzy stronami sporna.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. b ustawy P.z.p., w związku z tym, że wykonawca nie przedstawił w złożonym wykazie realizacji, która potwierdza spełnianie warunku udziału w postępowaniu określonego przez zamawiającego w rozdziale 9 pkt 4 „Zdolność techniczna lub zawodowa” – w zakresie wiedzy i doświadczenia wymaganego dla rejonu 6.

Odwołujący oparł zarzut na stanowisku, iż wykonawca Eko-Ogród winien był wykazać, że w ramach usługi referencyjnej wykonywał czynności koszenia terenów zielonych. Odwołujący powyższe wywiódł z faktu, że takie usługi mają być wykonywane w ramach przedmiotowego postępowania, jak również z treści rozdz. 9 pkt 4 SWZ, gdzie zamawiający zdefiniował określenie „utrzymanie zieleni” jako: koszenie terenów zieleni i poboczy w pasach drogowych i/lub terenów zieleni miejskiej wraz z wygrabieniem i wywozem skoszonej trawy (pokosu), grabienie i wywóz liści, przycinanie, żywopłotów, plewienie i utrzymanie rabat, zakładanie i renowacja trawników.

W rozpoznawanej sprawie bezsporna była okoliczność, że wykonawca Eko-Ogród w ramach wykazanej usługi referencyjnej nie wykonywał czynności koszenia terenów zielonych.

W ocenie Izby stanowisko odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający w rozdz. 9 pkt 4 SWZ wymienił czynności, jakie będzie uznawał za usługi utrzymania zieleni, niemniej jednak nie wskazał, że wykonawca – dla wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu – będzie obowiązany wykazać się realizacją wszystkich wskazanych czynności. Analiza treści określenia „utrzymanie zieleni” pozwala na stwierdzenie, że każda ze wskazanych w definicji usług jest czynnością „utrzymania zieleni”. W tej sytuacji warunek będzie spełniał zarówno ten wykonawca, który wykonywał jedną ze wskazanych czynności, jak i ten, który wykonał ich więcej bądź wszystkie, o ile spełnił pozostałe wymogi dotyczące terminu wykonania usługi oraz powierzchni, na której usługa była wykonywana.

Odwołujący podniósł ponadto, że dla rejonu 6, który jest przedmiotem odwołania, minimalna powierzchnia to 150 000 m² zrealizowana w sezonie wegetacyjnym, tj. w okresie od kwietnia do listopada. W ocenie odwołującego wykonawca Eko-Ogród również nie wykazał tego warunku. W wykazie nie wskazano, jaki obszar usług został faktycznie wykonany, wskazano jedynie, że poprzednie zamówienie dotyczyło obszaru miasta zlokalizowanego na takim areale, a to

nie jest tożsamy z powierzchnią wykonanej referencyjnej usługi. Ponadto wykonawca wskazał, że zrealizował usługę w okresie od maja jednego roku do kwietnia kolejnego roku. Także w zakresie wymagań co do referencyjnych miesięcy nie spełnił postawionego warunku.

Stanowisko odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie. Izba przeprowadziła dowód ze złożonych przez zamawiającego dokumentów w postaci faktur VAT z dnia 28 kwietnia 2022 roku, 31 maja 2022 roku, 20 czerwca 2022 roku, 2 sierpnia 2022 roku, 11 sierpnia 2022 roku, 7 września 2022 roku, 10 października 2022 roku, 26 października 2022 roku, 29 listopada 2022 roku wraz z protokołami odbioru robót oraz kosztorysami powykonawczymi, dotyczącymi usług wykonywanych przez wykonawcę Eko-Ogród na rzecz zamawiającego w ramach wykazanej usługi referencyjnej i stwierdziła, że potwierdzają one wykonanie usługi odpowiadającej wymogom przedmiotowego postępowania zarówno w zakresie wymaganej przez zamawiającego powierzchni, jak i terminu, w jakim były wykonywane czynności składające się na wykazaną usługę.

Izba odmówiła przeprowadzenia dowodów ze złożonych przez zamawiającego dokumentów w postaci referencji wystawionych przez Zastępcę Prezydenta Miasta Knurów z dnia 5 maja 2021 roku i 31 maja 2023 roku, z uwagi na fakt, że nie dotyczą one usług wskazanych przez wykonawcę Eko-Ogród w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zatem nie mają dla rozstrzygnięcia sprawy istotnego znaczenia (argumentacja *a contrario* z art. 531 ustawy P.z.p.).

Oddalenie powyższego zarzutu jest równoznaczne z uznaniem za bezzasadny i oddaleniem zarzutu naruszenia art. 226 ust.1 pkt. 7 ustawy P.z.p. w związku z podaniem nieprawdziwej informacji istotnej z punktu widzenia prowadzonego postępowania (spełnienia warunku), w sposób celowy prowadzący do wprowadzenia zamawiającego w błąd. Izba podtrzymuje w tym zakresie stanowisko i argumentację wskazaną wyżej.

Izba uznała, że zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w związku z art. 127 ust. 2 ustawy P.z.p., w związku z brakiem złożenia podmiotowych środków dowodowych w postaci dokumentów potwierdzających należyte wykonanie referencyjnej usługi wskazanej w wykazaniu dla zadania nr 6, oraz brakiem jakiegokolwiek powołania się lub wykazania, że zamawiający dysponuje takimi środkami, jest zarzutem co do zasady słusznym, niemniej jednak podlegającym oddaleniu stosownie do art. 554 ust. 1 pkt 1 (*a contrario*) ustawy P.z.p.

Stosownie do art. 127 ust. 2 ustawy P.z.p. wykonawca nie jest zobowiązany do złożenia podmiotowych środków dowodowych, które zamawiający posiada, jeżeli wykonawca wskaże te środki oraz potwierdzi ich prawidłowość i aktualność.

Okolicznością bezsporną w postępowaniu był fakt, że wykonawca Eko-Ogród nie przedłożył dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie usługi wskazanej w wykazie usług. Nie wskazał również środków dowodowych znajdujących się w posiadaniu zamawiającego oraz nie potwierdził ich prawidłowości i aktualności.

Zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy P.z.p., jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy,- zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że: 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

W rozpoznawanym przypadku nakazywanie zamawiającemu wezwania wykonawcy Eko-Ogród do złożenia podmiotowych środków dowodowych byłoby bezzasadne, jako że zamawiający jest w posiadaniu tych środków, co wykazał, przedkładając je jako dowody w sprawie. Dowodami tymi są wskazane wyżej faktury VAT, protokoły odbioru robót oraz kosztorysy powykonawcze.

Zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy P.z.p. Izba uwzględniła odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. W rozpoznawanym przypadku stwierdzone naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania, rozumianego jako wybór najkorzystniejszej oferty. Mimo że wykonawca Eko-Ogród nie dokonał czynności, o których mowa w art. 127 ust. 2 ustawy P.z.p., nakazanie mu uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych doprowadziłoby jedynie do tego, że zamawiający uzyskałby te same dokumenty, które już posiada i na podstawie których mógł wybrać ofertę wykonawcy Eko-Ogród. Jako że odwołujący nie zakwestionował treści tych dokumentów, wynik postępowania nie uległby zmianie.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:.....