

Sygn. akt: KIO 8/17

WYROK
z dnia 20 stycznia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska
Protokolant: Sylwia Jankowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 stycznia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 stycznia 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:

P. M., A. M. w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Świecie w Świeciu**

przy udziale wykonawcy **E. T.**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu - **Gminie Świecie w Świeciu** – unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania i uznania za odrzuconą ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **P. M., A. M.** i dokonanie ponownej oceny ofert.

2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Świecie w Świeciu**

i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **P. M., A. M.** tytułem wpisu od odwołania.

2.2. zasądza od **Gminy Świecie w Świeciu** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **P. M., A. M.** kwotę **18 917 zł 60 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy dziewięćset siedemnaście złotych sześćdziesiąt groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na posiedzenie Izby.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 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 **Bydgoszczy**.

Sygn. akt: KIO 8/17

Uzasadnienie

Zamawiający - Gmina Świecie w Świeciu - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie prac w zakresie utrzymania i pielęgnacji terenów zieleni miejskiej w Świeciu.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 2 stycznia 2017 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: P. M. i A. M., na podstawie art. 182 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 179 ustawy P.z.p., wnieśli odwołanie wobec niezgodnej z przepisami ustawy P.z.p. czynności zamawiającego, polegającej na wykluczeniu odwołujących z udziału w postępowaniu oraz wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie części II zadania Marianki-Przechowo.

Odwołujący zarzucili zamawiającemu naruszenie:

1. art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy P.z.p. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i wykluczenie z postępowania odwołujących, w sytuacji gdy wykazali oni spełnianie warunków udziału w postępowaniu;

2. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy P.z.p. poprzez jego zastosowanie i wykluczenie z postępowania odwołujących z powodu niespełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącym zdolności technicznej lub zawodowej w sytuacji, gdy odwołujący spełniają warunek opisany w 5.1. 2) b) a) specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: s.i.w.z.);

3. art. 24 ust. 4 ustawy P.z.p. poprzez jego zastosowanie i odrzucenie oferty odwołujących z uwagi na ich wykluczenie z postępowania w sytuacji gdy, brak jest przesłanek do wykluczenia odwołujących z postępowania;

4. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy P.z.p. poprzez zastosowanie na etapie oceny ofert innych niż wskazanych w s.i.w.z. kryteriów udziału w postępowaniu, a w konsekwencji wykluczenie odwołujących z postępowania;

5. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku niedokonaniem oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj. ocenę z pominięciem brzmienia zapisu ust. 5.1. 2) b) a) s.i.w.z.: „zadań o podobnym charakterze w zakresie utrzymania i pielęgnacji zieleni” oraz utożsamianiem przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu dotyczącym zdolności technicznej lub zawodowej z zakresem prac objętych przedmiotowym zamówieniem;

6. art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w związku z dokonaniem przez zamawiającego wykładni zapisów pkt 5 s.i.w.z. faworyzującej dotychczasowych

wykonawców zadania pn. wykonanie prac w zakresie utrzymania i pielęgnacji terenów zieleni miejskiej w Świeciu;
7.art. 91 w zw. z art. 2 pkt 5 ustawy P.z.p., polegające na wyborze oferty wykonawcy ABIGAIL - Usługi Komunalne, E. T., która nie jest najkorzystniejszą spośród ofert złożonych w postępowaniu.

W związku z powyższym odwołujący wnieśli o:

- 1.nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności polegającej na wykluczeniu odwołujących z postępowania,
- 2.nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy ABIGAIL - Usługi Komunalne, E. T.,
- 3.nakazanie zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert, a następnie wybór, jako oferty najkorzystniejszej, oferty odwołujących.
- 4.zwrot kosztów postępowania, wraz z kosztami wynagrodzenia pełnomocnika (zgodnie z § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania)

Odwołujący podnieśli, że w wyniku naruszenia przez zamawiającego ww. przepisów doszło do wykluczenia z postępowania odwołujących, którego oferta powinna zostać uznana za najkorzystniejszą. W konsekwencji istnieje możliwość poniesienia szkody przez odwołujących, a co za tym idzie posiada on interes we wniesieniu niniejszego odwołania.

Odwołujący wskazali, że w terminie składania ofert na część II Marianki Przechowo zostały złożone 2 oferty: odwołujących (746.317,00 zł) oraz ABIGAIL - Usługi Komunalne, E.

T. (777.423,40 zł) - dalej: przystępujący. Najkorzystniejsze warunki wykonania zamówienia na część II zadania zaoferowali odwołujący.

Pismem z dnia 29 listopada 2016 roku zamawiający wezwał odwołujących do złożenia oświadczeń lub dokumentów. Pismem z dnia 1 grudnia i 6 grudnia 2016 r. odwołujący dokonali uzupełnienia dokumentów. Pismem z dnia 12 grudnia 2016 r. zamawiający wezwał odwołujących do wyjaśnień, oświadczeń lub dokumentów m.in. w zakresie posiadanej zdolności technicznej, braków w JEDZ i wątpliwości w zakresie obrotów odwołujących. Pismem z dnia 15 grudnia 2016 r. odwołujący uzupełnili braki oraz odpowiedzieli na zastrzeżenia zamawiającego. W dniu 22 grudnia 2016 r. zamawiający dokonał rozstrzygnięcia postępowania poprzez wykluczenie odwołujących i wybranie jako najkorzystniejszej oferty przystępującego.

Zamawiający zakwestionował spełnianie przez odwołujących warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej - wykazania się usługą utrzymania i pielęgnacji zieleni opisaną w 5.1. 2) b) a) s.i.w.z. Zdaniem Zamawiającego przedstawione przez odwołujących usługi utrzymania zieleni w Płocku, Golubiu-Dobrzyniu i na drogach Wojewódzkich RDW w Toruniu nie spełniały warunku opisanego w s.i.w.z.

W ocenie odwołujących, czynność wykluczenia ich z postępowania o udzielenie postępowania została dokonana z naruszeniem prawa, w szczególności powołanych powyżej przepisów ustawy P.z.p..

Odwołujący podnieśli, że zamawiający w 5.1. 2) b) a) s.i.w.z. zawarł następujący warunek udziału w postępowaniu „Wykonawca musi posiadać zdolność techniczną i zawodową w zakresie realizacji usług stanowiących przedmiot zamówienia tj. wykonuje lub wykonywał w okresie ostatnich trzech lat, przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie: dla II części zadania Marianki - Przechowo - 25 hektarów rocznie kompleksowego utrzymania, pielęgnacji terenów zieleni oraz wycinkę co najmniej 20 sztuk drzew rocznie, utrzymanie i konserwację fontanny w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie zadań o podobnym charakterze w zakresie utrzymania i pielęgnacji zieleni, potwierdzone dokumentami (np. referencjami) stwierdzającymi, że prace zostały wykonane należyście.

Na potwierdzenie spełniania ww. warunku odwołujący wraz z ofertą przedłożyli poświadczenia należytego wykonania kontraktów na utrzymanie czystości/zieleni w Płocku, na drogach wojewódzkich woj. kujawsko-pomorskiego, w Golubiu-Dobrzyniu, Kowalewie Pomorskim i Ciechocinku.

W uzasadnieniu czynności wykluczenia odwołujących z postępowania zamawiający wskazał, że ma wątpliwości co do kompetencji zawodowych odwołujących z uwagi na to, że

czynności wykonywane dla Gminy Płock nie są kompleksowe, zaś powierzchnia, na której są one świadczone, jest jedynie obszarem, na którym mogą być zlecone prace w zakresie konserwacji zieleni. Ponadto zamawiający uznał, że umowa z Gminą Płock obowiązuje od 1 grudnia 2015 r., a zatem na dzień składania ofert nie upłynął pełny rok jej trwania.

Z powyższą argumentacją zamawiającego odwołujący się nie zgodzili. Zamawiający w żadnym miejscu s.i.w.z. nie wykazał, co rozumie pod pojęciem „usługi kompleksowej”. Na etapie oceny ofert oraz w toku czynności wykluczenia odwołujących, zamawiający, dążąc do uszczegółowienia zapisu 5.1. 2) b) a) s.i.w.z., posługuje się opisem przedmiotu zamówienia zawartym w załącznikach 5 i 6 do s.i.w.z.. Załączniki te zawierają szczegółowy opis czynności będących przedmiotem zamówienia, wskazują miejsca i sposób wykonania poszczególnych prac. W ocenie odwołujących nie

stanowią one opisu warunku spełniania zdolności technicznej lub zawodowej, zaś zamawiający posługując się nimi na etapie oceny ofert dokonuje niezgodnej z prawem wykładni rozszerzającej zapisów s.i.w.z. Zamawiający w celu uniknięcia wątpliwości interpretacyjnych powinien formułować warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w sposób jasny i precyzyjny. W ocenie odwołujących takiego warunku nie spełnia zapis 5.1.2) b) a) s.i.w.z.: „25 hektarów rocznie kompleksowego utrzymania, pielęgnacji terenów zieleni”. Zarówno w s.i.w.z., jak i w przepisach brak definicji pojęcia „kompleksowy” - jest to zatem wymaganie nieprecyzyjne i nieostre. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazywano, że to „Zamawiający odpowiada za właściwe i precyzyjne opisanie wymagań, uwzględniając wszelkie istotne dane, parametry. Wskazane warunki oraz wymagania są wiążące dla zamawiającego i wykonawców w toku postępowania i tylko wobec jasnych i klarownych warunków i wymagań wprost wyrażonych w s.i.w.z. można dokonać prawidłowej oceny ich spełniania. Na tej podstawie bowiem wykonawcy ustalają, czy są w stanie przystąpić do postępowania, podejmując decyzję, o wzięciu bądź nie udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zatem tylko przez pryzmat wymagań jasno określonych w s.i.w.z. możliwe jest dokonanie badania i oceny złożonych ofert. Zatem niedopuszczalnym jest (...) interpretowanie przez zamawiającego postawionych wymagań na etapie złożonych ofert (wyrok KIO z dnia 3 lutego 2016 r. KIO 68/16). Zdaniem odwołujących, zamawiający, utożsamiając pojęcie „kompleksowy” z przedmiotem zamówienia, usługą wykonywaną wyłącznie stale i na specyficznych rodzajach terenów zieleni (np. nie w pasach drogowych), dokonuje takiej właśnie niedopuszczalnej wykładni wymagań wprost wyrażonych w s.i.w.z., zmierzając jednocześnie do tezy o braku doświadczenia po stronie odwołujących.

Odwołujący podnieśli, że w związku z brakiem definicji prawnej słowa kompleksowy, można posłużyć się jego dosłownym brzmieniem (które jednak również jest wieloznaczne) lub posłużyć się definicją usługi kompleksowej wypracowanej w procedurze administracyjnej

na gruncie ustawy o podatku od towarów i usług. Zgodnie z wnioskami organów podatkowych, aby móc daną usługę zakwalifikować jako usługę kompleksową, powinna ona się składać z różnych świadczeń, minimum dwóch. Jest to kombinacja różnych czynności, prowadzących do realizacji określonego celu - wykonania świadczenia głównego, na które składają się różne świadczenia pomocnicze. „Stwierdzić należy, że ze świadczeniem usługi złożonej (kompleksowej) mamy do czynienia wówczas, gdy świadczenie usługodawcy jest rozbudowane i obejmuje dwie lub więcej pojedynczych czynności (świadczeń), będących elementami całościowego zobowiązania strony transakcji” (tak m.in. Dyrektor Izby Skarbowej w Katowicach IBPP2/4512-289/16/BW 2016.07.29). Odwołujący stwierdzili, że posiadanie usługi kompleksowej po stronie odwołujących potwierdzają złożone wraz z ofertą referencje od Gminy Płock, Gminy Miasto Golub-Dobrzyń oraz RDW Toruń.

Odnosząc się do kwestii powierzchni terenów podlegających utrzymaniu, odwołujący podnieśli, że dokonując oceny ofert zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p., gdyż w sposób nieuprawniony rozróżnił powierzchnię zieleni podlegającej konserwacji i pielęgnacji przez odwołujących w Płocku, Golubiu-Dobrzyniu i na drogach wojewódzkich od powierzchni znajdujących się w Świeciu. Zamawiający nie wskazał w s.i.w.z., że do wymaganej powierzchni 25 ha nie należy wliczać zieleni znajdującej się w pasach drogowych, lasach, nieużytków czy poboczy dróg. Nie żądał również od wykonawców legitymowaniem się usługami, które są podejmowane wyłącznie samoczynnie, bez zleceń zamawiającego. Pomimo tego, jako przyczynę wykluczenia odwołujących z postępowania, zamawiający wskazał brak odpowiedniej powierzchni dla usług świadczonych w Płocku, Golubiu-Dobrzyniu i na drogach wojewódzkich. Takie działanie zamawiającego było nieuprawnione. Odwołujący udowodnili, przedstawiając referencje (załącznik do oferty), że usługa świadczona dla Gminy Płock jest wykonywana na powierzchni 62 ha. Na tej powierzchni rocznie odwołujący wykonuje prace z zakresu utrzymania i pielęgnacji zieleni oraz jej oczyszczania i sprzątania. Usługa ta jest bardzo zbliżona do tej wykonywanej w Świeciu - również składa się z szeregu zadań, które wspólnie mają przymiot kompleksowości, złożoności. Czynności wykonywane w Płocku również są wykonywane na terenach zielonych różnego rodzaju (trawniki w pasach drogowych, zieleńce, skwery, rabaty, ronda, boiska itp.), co jest zbieżne z powierzchniami podlegającymi konserwacji na rejonie II Marianki Przechowo w Świeciu. Nieuprawnione zatem jest twierdzenie, że odwołujący podlegają wykluczeniu z uwagi na niespełnienie warunku posiadania usługi o powierzchni 25 ha rocznie.

W ocenie odwołujących, powyższe argumenty są w pełni aktualne w odniesieniu do referencji przedstawionych przez odwołujących w związku z wykonaniem usługi pn. "Bieżące utrzymanie dróg wojewódzkich na terenie Rejonu Dróg Wojewódzkich w Toruniu" oraz

"Utrzymanie czystości oraz zieleni na terenie miasta Golubia-Dobrzynia". Pierwsza z tych usług jest wykonywana na ok. 90 ha tj. na powierzchni poboczy kilkudziesięciu kilometrów dróg wojewódzkich na terenie województwa kujawsko-pomorskiego. Na tę umowę składa się szereg czynności, które są wykonywane stale. Jest to usługa podobna do tej świadczonej w Świeciu, potwierdza posiadanie przez odwołujących odpowiednich kompetencji i zdolności, a co za tym idzie spełniony został wymóg zdolności technicznej i zawodowej przedstawiony przez zamawiającego. W piśmie z

dnia 22 grudnia 2016 r. zamawiający stwierdza, że usługa wykonywana na rzecz Gminy Miasto Golub-Dobrzyń była wykonywana na powierzchni ok. 5 ha. Tymczasem, w ramach tej umowy, odwołujący wykonywali też prace w lasach komunalnych o powierzchni 68 ha. Wraz z innymi usługami w zakresie czystości i utrzymania zieleni prace te stanowiły kompleks zadań składających się na umowę zawartą z Gminą Miasto Golub-Dobrzyń. W sytuacji braku stosownego rozróżnienia warunków udziału w postępowaniu w s.i.w.z., w ocenie odwołujących, zamawiający nie jest uprawniony do wydzielenia tej powierzchni z całości usługi, a następnie wykluczenia odwołujących z postępowania na tej podstawie.

Odwołujący stwierdzili, że formułowanie na etapie oceny ofert twierdzeń, że powyższe usługi są usługami innego rodzaju i o innym przeznaczeniu jest całkowicie bezpodstawne i sprzeczne z zasadą przejrzystości postępowania. W żadnym miejscu s.i.w.z. zamawiający nie zawarł wymogu, że zeprezentowane do oceny usługi muszą być wykonywane na terenach miejskich, komunalnych, parkach itd. Przeciwnie, w 5.1. 2) b) a)

s.i.w.z. zawarł dopisek: „zadań o podobnym charakterze w zakresie utrzymania i pielęgnacji zieleni”, zatem chciał aby stawiany przez niego wymóg miał charakter otwarty. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem KIO, „nieprecyzyjne i wieloznaczne postanowienia s.i.w.z. w zakresie wiedzy i doświadczenia nie mogą być interpretowane na niekorzyść wykonawcy” (wyrok KIO z dnia 14 stycznia 2015 r. KIO 2826/14). Gdyby zamawiający chciał nadać inne znaczenie danym wymaganiom, powinien to wprost zapisać w warunkach s.i.w.z.. Żaden wykonawca nie ma obowiązku, aby odgadywać intencje zamawiającego. Ma natomiast prawo i obowiązek dostosować ofertę do dosłownych wymagań. Zatem nieuwzględnienie przez zamawiającego doświadczenia nabytego wtoku wykonywania usług dla Gminy Miasto Golub-Dobrzyń oraz Rejonu Dróg Wojewódzkich w Toruniu stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy PZP.

Odwołujący podnieśli, że jako przyczynę wykluczenia odwołujących z postępowania zamawiający wskazał brak upływu pełnego roku trwania usługi na rzecz Gminy Płock. Zarzut ten jest w całości bezpodstawny. Zamawiający nie postawił w s.i.w.z. wymogu, aby

świadczona przez potencjalnego wykonawcę usługa była świadczona przez okres co najmniej jednego roku. Zamawiający zażądał jedynie, aby wykonawca posiadał usługę utrzymania zieleni w okresie ostatnich trzech lat oraz aby obejmowała ona powierzchnię co najmniej 25 ha rocznie (rozumianych jako minimalna powierzchnia, na której są wykonywane prace w ciągu roku, a nie np. suma powierzchni skoszonej trawy). Zatem fakt, że w dniu złożenia oferty umowa odwołujących z Gminą Płock nie trwała pełen rok, pozostaje bez znaczenia dla niniejszej sprawy. Zamawiający jako podmiot profesjonalny prowadzący rocznie kilkadziesiąt postępowań o udzielenie zamówienia publicznego z pewnością ma świadomość, że częstym zabiegiem jest żądanie od wykonawców wykazaniem się np. kilkuletnim doświadczeniem w świadczeniu określonych prac. Aby jednak taki wymóg został postawiony w s.i.w.z. należy się posłużyć konkretnym żądaniem zawartym w s.i.w.z., nie zaś formułować taki warunek na etapie oceny ofert.

W zakresie zarzutu stosowania przez zamawiającego warunku niewskazanego w

s.i.w.z. odwołujący podnieśli, że zamawiający, weryfikując zdolność techniczną odwołujących w piśmie z dnia 22 grudnia 2016 r., stwierdził, że zaprezentowane przez nich usługi nie wykazują tożsamości przedmiotowej z przedmiotem zamówienia oraz nie są usługami tego samego rodzaju i o tym samym przeznaczeniu. Tymczasem w s.i.w.z. nie ustanowiono warunku tożsamości przedmiotowej z przedmiotem zamówienia oraz posiadania usług tego samego rodzaju i o tym samym przeznaczeniu. W 5.1. 2) b) a) s.i.w.z. zamawiający zażądał tylko, aby wykonawca przedstawił usługę - 25 hektarów rocznie kompleksowego utrzymania, pielęgnacji terenów zieleni - bez wskazania, że ma to być usługa tego samego rodzaju i przeznaczenia co w Świeciu. Oznacza to, że przy czynności wykluczenia odwołujących z postępowania posługiwał się innymi warunkami niż zawartymi w s.i.w.z. - tj. weryfikował zdolność wykonawcy stosując niedozwolone kryterium. Zmiana warunków udziału w postępowaniu na etapie oceny ofert jest niedopuszczalna i stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji i przejrzystości postępowania. Takie działanie zamawiającego bezpośrednio doprowadziło do wadliwej oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu, a następnie odrzucenia oferty odwołujących.

Odwołujący wskazali, że dodatkowo zamawiający w piśmie, w którym wykluczył odwołujących z postępowania, dokonuje niedopuszczalnego połączenia zapisów 5.1. 2) b) a)

s.i.w.z. z treścią opisu przedmiotu zamówienia (str. 4 pisma). W ocenie odwołujących, z zapisów s.i.w.z. nie wynika, że pod pojęciem kompleksowości zamawiający rozumie wykonywanie wszystkich czynności będących przedmiotem zamówienia - wszak gdyby taka była jego intencja warunek ten byłby wyrażony w s.i.w.z. wprost i w sposób literalny. Rozumowanie prowadzące do utożsamiania zakresu usługi kompleksowej z zakresem przedmiotu zamówienia prowadzi zatem do błędnych wniosków, nieznajdujących poparcia w

wykładni zapisów s.i.w.z., przepisach ustawy P.z.p. oraz orzecznictwie KIO. Takie działanie zamawiającego jest sprzeczne z zasadą proporcjonalności opisaną w art. 7 ust. 1 ustawy

P.z.p. oraz prowadzi do naruszającego zasadę uczciwej konkurencji faworyzowania dotychczasowego wykonawcy.

Odwolujący wskazali, że zamawiający stwierdził w piśmie z dnia 22 grudnia 2016 r., że odwołujący nie wykazali, że p. K. Z. posiada stosowne wykształcenie rolnicze lub ogrodnicze, gdyż posiada jedynie dyplom technika architektury krajobrazu. Z uwagi na to, że w toku postępowania odwołujący przedstawili dokumenty potwierdzające, iż inne osoby biorące udział w postępowaniu będą dysponowały wykształceniem rolniczym, zarzut ten nie może stanowić przyczyny wykluczenia z postępowania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 16 stycznia 2017 roku wniósł o:

- 1) o oddalenie odwołania jako oczywiście bezzasadnego,
- 2) obciążenie odwołującego kosztami postępowania,
- 3) zasądzenie od odwołującego ... na rzecz ... zamawiającego kosztów zastępstwa radcowskiego w wysokości określonej na złożonej do akt sprawy faktury VAT.

W ocenie zamawiającego zarzut naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy P.z.p. nie zasługuje na uwzględnienie, ponieważ właściwe zastosowano wskazane przepisy i wykluczono z postępowania odwołujących z tego powodu, że odwołujący nie wykazali spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej

Zdaniem zamawiającego zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy P.z.p. nie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący niesłusznie zarzucili jego zastosowanie i wykluczenie z postępowania odwołujących z powodu niespełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącym zdolności technicznej lub zawodowej w sytuacji, gdy odwołujący nie wykazali spełnienia warunku opisanego w 5.1. 2) b) a) s.i.w.z.

Zamawiający podniósł, że zarzut naruszenia art. 24 ust. 4 ustawy P.z.p. nie zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający bowiem prawidłowo zastosował objęty zarzutem przepis skutkujący koniecznością odrzucenia oferty odwołujących z uwagi na jego wykluczenie z postępowania z uwagi na stwierdzenie przesłanek nakazujących wykluczenie odwołujących z postępowania.

W ocenie zamawiającego zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy P.z.p. nie zasługuje na uwzględnienie. Dokonana na etapie oceny ofert czynność zamawiającego nie polegała na zastosowaniu oceny ofert innych niż wskazanych w s.i.w.z. kryteriów udziału w postępowaniu, co w konsekwencji skutkowało zasadnością wykluczenia odwołujących z postępowania.

W ocenie zamawiającego zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. nie zasługuje na uwzględnienie, dlatego że nie doszło do naruszenia zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. W ocenie zamawiającego nie wystąpiła tożsamość warunków udziału w postępowaniu dotyczącym zdolności technicznej lub zawodowej z zakresem prac objętych przedmiotowym zamówieniem;

W ocenie zamawiającego, zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. nie zasługuje na uwzględnienie z tego powodu, że - wbrew stanowisku odwołujących - z przeprowadzonego postępowania nie można znaleźć okoliczności uzasadniających faworyzowanie dotychczasowych wykonawców przedmiotowego zamówienia. Zamawiający przygotował i przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Wskazują na to: wezwania do uzupełnienia, rozczytanie błędnie napisanej oferty odwołujących, uznanie argumentów odwołujących dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej, doświadczenia w konserwacji fontanny pomimo wątpliwości w tym zakresie.

W ocenie zamawiającego, zarzut naruszenia art. 91 w zw. z art. 2 pkt 5 ustawy P.z.p., polegający na wyborze oferty przystępującego, która jest najkorzystniejszą spośród ofert złożonych w postępowaniu nie zasługuje na uwzględnienie. W ocenie zamawiającego, wybrana oferta spełniała wszystkie wymogi i kryteria niezbędne do wykonania w niezbędnym zakresie przedmiotowego zamówienia i była najkorzystniejszą ofertą spośród wszystkich złożonych w postępowaniu.

Odnosząc się do kwestii kompleksowości usługi odwołujących, zamawiający stwierdził, że na żadnym etapie postępowania zamawiający nie posłużył się załącznikami do s.i.w.z. w celu określenia warunków spełnienia zdolności technicznych lub zawodowych, ani też nie dokonał wykładni rozszerzającej zapisów s.i.w.z. W ocenie zamawiającego, odwołujący oderwali pojęcie kompleksowe od słów utrzymania i pielęgnacji. Warunek określony przez zamawiającego dotyczy kompleksowego utrzymania, pielęgnacji terenów zieleni. Zatem tak należy odczytać ten zapis: kompleksowy - "obejmujący całość elementów lub zagadnień, a nie tylko ich fragment"; utrzymanie - "zachować w stanie niezmiennym, należyty"; pielęgnacja w medycynie stosowanie zasad medycznych i humanitarnych przez odpowiednio przeszkolone osoby w celu utrzymania zdrowia i sprawności chorego, pomocy choremu w powrocie do zdrowia oraz zmniejszenia dolegliwości bólowych i strachu u chorego. Określenie to stosowane jest również w odniesieniu do roślin (pielęgnacja drzew, krzewów, warzyw lub kwiatów) i oznacza wówczas regularne zabiegi mające na celu zapewnienie pożądanego ich wzrostu i rozwoju

(Słownik PWN).

Zdaniem zamawiającego, nieprawidłowym jest podanie definicji kompleksowy wypracowanej w procedurze administracyjnej na gruncie ustawy o podatku od towarów i usług, ponieważ nie jest to adekwatne do przedmiotu zamówienia. Zatem, jeżeli nawet brak jest definicji kompleksowy w s.i.w.z., to nie zmienia faktu, że odwołujący w przedstawionych usługach nie spełniają warunku polegającego na utrzymaniu i pielęgnacji terenów zieleni.

Zamawiający stwierdził, że w piśmie z dnia 12 grudnia 2016 roku odesłał odwołującego do załączników nr 5 i 6 SIWZ w celu udowodnienia, że w całej specyfikacji jest mowa o kompleksowości i jakie czynności składają się na nią. Zgodnie z tezą wyroku KIO 1113/16 „Treść warunku udziału w postępowaniu ma kluczowe znaczenie przy kwalifikacji wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia. Warunki udziału w postępowaniu powinny być zatem określone w sposób jasny, jednoznaczny i nie budzący wątpliwości. Nie można jednak wykluczyć sytuacji, gdy wobec braku zdefiniowania użytych w treści warunku pojęć, interpretacja warunku budzi wątpliwości na etapie oceny ofert. Wątpliwości takie muszą być wyjaśnione w oparciu o całościowe brzmienie SIWZ oraz wykładnię celowościową i funkcjonalną. Nie można się posługiwać jedynie literalnym brzemieniem warunku, wówczas gdy brzmienie warunku staje się nieadekwatne, nieproporcjonalne i niezwiązane z przedmiotem zamówienia. Należy mieć na uwadze, że warunek udziału w postępowaniu służy weryfikacji m. in. doświadczenie wykonawcy, które powinno zapewniać prawidłową realizację zamówienia. Nie można więc interpretować warunków udziału w postępowaniu w oderwaniu od opisu przedmiotu zamówienia, w szczególności w oderwaniu od charakteru i specyfiki danego przedmiotu zamówienia”. W związku z powyższym zamawiający nie zgadza się z zarzutem odwołujących wskazującym na utożsamianie pojęcia kompleksowy z przedmiotem zamówienia, usługą wykonywaną wyłącznie stale i na specyficznych rodzajach terenów zieleni (np. nie w pasach drogowych).

Zamawiający wskazał, że wystąpił na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. i treścią pkt. 13.5 a s.i.w.z. do odwołujących w dniu 12 grudnia 2016 r. z pismem do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w terminie do dnia 15 grudnia 2016 r. Po zapoznaniu się z treścią pisma z dnia 15.12.2016 - złożeniem przez odwołujących wyjaśnień w związku z pismem z dnia 12.12.2016, znak OR- ROŚiGKN.271.27.2016 stwierdzono, że: "Wykaz usług wykonanych potwierdzonych załączonymi dowodami, które miały wykazać czy te usługi zostały wykonane lub są wykonane należycie. W odpowiedzi Odwołujący przesłał JEDZ, który pod względem formalnym JEDZ (P. M. -LOG, P. M. - współnik, A. M. współnik) został wypełniony prawidłowo, lecz nie potwierdzał spełnienia warunku udziału w postępowaniu zgodnie z pkt.

5.1 2)b)a) SIWZ. Zamawiający bowiem wymagał, aby wykonawca posiadał zdolność zawodową w zakresie realizacji usług stanowiących przedmiot zamówienia dla II części zadania Marianki - Przechowo - 25 hektarów rocznie kompleksowego utrzymania, pielęgnacji terenów zieleni, oraz wycinkę co najmniej 20 sztuk drzew rocznie, utrzymanie i konserwację fontanny, w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie zadań o podobnym charakterze w zakresie utrzymania i pielęgnacji zieleni, potwierdzone dokumentami (np. referencjami) stwierdzającymi, że prace zostały wykonane należycie. Zamawiający określił warunek w ten sposób: „Wykonawca musi posiadać zdolność techniczną i zawodową w zakresie realizacji usług stanowiących przedmiot zamówienia tj. wykonuje lub wykonywał w okresie ostatnich trzech lat, przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie:" oraz dookreślił dla części II „dla II części zadania Marianki ~ Przechowo - 25 hektarów rocznie kompleksowego utrzymania, pielęgnacji terenów zieleni oraz wycinkę co najmniej 20 sztuk drzew rocznie, utrzymanie i konserwację fontanny w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie zadań o podobnym charakterze w zakresie utrzymania i pielęgnacji zieleni, potwierdzone dokumentami (np. referencjami) stwierdzającymi, że prace zostały wykonane należycie”.

Zamawiający wskazał, że w celu potwierdzenia przez wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający żądał wypełnienia oświadczenia JEDZ C: zdolność techniczna i zawodowa. Odwołujący na okoliczność potwierdzenia stawianych wymogów przedstawił wskazane poniżej dokumenty określające wykaz prac wykonywanych na terenie:

- a) Gminy Miasta Płock,
- b) Ciechocinka
- c) Golubia Dobrzynia,
- d) Kowalewa Pomorskiego,
- e) Rejonu Dróg Wojewódzkich w Toruniu.

Zamawiający w zakresie zadania: „Utrzymanie czystości i porządku wraz z prowadzeniem akcji zimowej (w tym na przystankach Komunikacji Miejskiej) oraz konserwacją zieleni na terenie miasta Płocka w rejonie I” miał wątpliwości do przedstawionej

w referencji informacji dotyczącej przybliżonej powierzchni terenów zieleni polegającej konserwacji: 620.000 m². Wobec tej wątpliwości zwrócił się do odwołujących z zapytaniem, czy jest to powierzchnia podana w krotnościach na

cały okres trwania umowy, czy jest to łączna powierzchnia utrzymania terenów przy pasie drogowym i utrzymanie zieleni (kompleksowa pielęgnacja terenów zielonych). Jednocześnie zwrócił się o wyszczególnienie powierzchni osobno dla utrzymania przy pasie drogowym i osobno dla kompleksowej pielęgnacji terenów zielonych poza pasem drogowym (wyłączając powierzchnie lasów) w okresie od momentu podpisania umowy do dnia złożenia ofert. Pismem z dnia 15 grudnia 2016 roku odwołujący wyjaśnili w punkcie 6. Zdolność techniczna i zawodowa, że przedstawiona w referencjach wystawionych przez Gminę Płock z dnia 21 listopada 2016 r. przybliżona powierzchnia terenów zieleni podlegającej konserwacji: 620.000 m² stanowi łączną powierzchnię stałego kompleksowego utrzymania terenów zieleni w związku z zawartą z Gminą Miasto Płock umową. W celu wykazania, że usługa jest świadczona na powierzchni powyżej 25 ha, wykonawca wraz z pismem przedłożył dwa zlecenia w zakresie utrzymania czystości z okresu sierpień - wrzesień 2016 r., z których wprost wynika, że usługa jest jednorazowo świadczona na 34 ha (powierzchnia koszenia ze zlecenia 24/2016). Dla zamawiającego jest to potwierdzenie wątpliwości co do posiadanych kompetencji zawodowych wykonawcy, który sam przyznaje, że prace, które wykonuje w związku z umową z Gminą Miasto Płock, polegają na zleceniu. W zleceniu wykazano czynności, które są krótkotrwałe (w sierpniu wykonywane były one od 02.08. do 12.08.2016 roku oraz kolejno do 23.08.2016, do 06.09.2016 roku) i nie są kompleksowe ponieważ sprowadzają się do czynności: koszenie trawników - 34 ha, cięcie żywopłotów i krzewów, odchwaszczanie. W związku z powyższym jest to ograniczony katalog czynności, a nie jak utrzymuje wykonawca „na 25 hektarach roczne kompleksowe utrzymanie i pielęgnacja terenów zieleni”. W ocenie zamawiającego, podany obszar 620.000 m², jest obszarem wskazanym przez Gminę Miasto Płock, na którym może zlecić prace jednorazowe w zakresie konserwacji zieleni. Przez konserwację zamawiający Gmina Miasto Płock rozumie koszenie i grabienie trawników (na co wskazują dokumenty udostępnione przez Gminę Miasto Płock), a nie obszar rocznego kompleksowego utrzymania i pielęgnacji terenów zieleni. W związku z tym zamawiający uznał, że okres faktycznej realizacji prac jest znacznie krótszy niż rok.

Zamawiający podniósł, że – mając wątpliwości co do wyjaśnień odwołującego – zwrócił się pismem do Urzędu Miasta Płock z następującymi pytaniami: Czy podana w piśmie przybliżona powierzchnia 620.000 m² terenów zieleni podlegającej konserwacji, jest zielenią, która podlega codziennemu, stałemu utrzymaniu jej wraz z występującą na niej zielenią niską i wysoką, elementami małej architektury (ławki, kosze, urządzenia zabawowe i sportowe, boiska sportowe)?; Czy są to prace wykonywane regularnie, codziennie na tej powierzchni, wymagające codziennego nadzoru, kontroli i reakcji ze strony wykonawcy bez interwencji zamawiającego również w przypadku wystąpienia nagłych, nieprzewidzianych okoliczności, tak jak usuwanie skutków nawałnicy, wichury, aktów wandalizmu i innych awarii?; Czy są to jednorazowe zabiegi, na wyraźne zlecenie ze strony zamawiającego Gminy Miasta Płock określające szczegółowy zakres i termin wykonania prac?

W dniu 21 grudnia 2016 zamawiający otrzymał odpowiedź z Gminy Miasta Płock o następującej treści: przybliżona powierzchnia 620 000 m² terenów zieleni nie podlega codziennemu, stałemu utrzymaniu w zakresie konserwacji zieleni; na podstawie umowy nr 87/WKŚ - II ZC/Z/2379/2015 z dnia 19.10.2015 r. w systemie ciągłym przez 7 dni w tygodniu wykonywane są prace w zakresie utrzymania czystości i porządku zimowego utrzymania chodników; ww. umowa nie obejmuje konserwacji zieleni wysokiej; elementy małej architektury podlegają konserwacji polegającej jedynie na opróżnianiu pojemników na odpady, myciu ławek w ramach potrzeb, usuwaniu ogłoszeń i reklam ze słupów oświetleniowych - prace te zgodnie z umową objęte są ryczałtem miesięcznym; prace dotyczące konserwacji zieleni objęte ww. umową stanowią jedynie zabiegi na wyraźne zlecenie zamawiającego, w którym każdorazowo określany jest ich zakres i termin realizacji - w odniesieniu do zieleni umowa nie obejmuje prac w postaci ryczałtów miesięcznych. Zamawiający zauważył, że Gmina Płock prowadzi odrębne postępowania dotyczące utrzymania i pielęgnacji terenów zieleni, tj.: „Obsadzenie kwietników, kwiatonier i wież kwiatowych na terenie miasta Płock kwiatami jednorocznymi, bylicami i trawami ozdobnymi oraz ich kompleksową pielęgnacją w 2016 roku”, „Wykonanie nasadzeń drzew, krzewów i innych roślin wieloletnich na terenie miasta Płock w 2016 roku wraz z ich trzyletnią kompleksową pielęgnacją w latach następnych” oraz „Wykonanie prac związanych z utrzymaniem i konserwacją zieleni miejskiej na: 1) terenach stanowiących własność Gminy Miasta Płock i Skarbu Państwa, 2) określonych skwerach, placach, parku i pasażu na terenach stanowiących własność Gminy Miasta Płock i Skarbu Państwa” (bip.ump.pl). Z dokumentów dostarczonych przez odwołujących oraz tych umieszczonych na bip.ump.pl wynika, że stałą, kompleksową pielęgnacją i utrzymaniem terenów zieleni zajmują się inne podmioty niż odwołujący. Zamawiający zwrócił uwagę na to, że odwołujący realizują zadanie w ramach Akcji Zima, a prace na wyznaczonych terenach zieleni polegają tylko na podstawowej ich konserwacji.

W związku z powyższym zamawiający uznał, że istnieje zasadnicza rozbieżność pomiędzy twierdzeniami odwołujących, a stanem faktycznym obrazującym zakres ich prac wykonywanych na rzecz Miasta Gminy Płock.

Zamawiający stwierdził, że zadanie: „Utrzymanie w czystości i porządku trawników w ciągach ulicznych w

okresie letnim i zimowym, letnie i zimowe utrzymanie chodników, konserwacja koszy ulicznych, ich opróżnianie i wywóz zebranych nieczystości na terenie Ciechocinka" nie świadczy o spełnianiu warunków przez odwołujących z uwagi na brak tożsamości przedmiotowej z przedmiotem zamówienia, co skutkuje koniecznością stwierdzenia, że to nie jest usługa tego samego rodzaju i o tym samym przeznaczeniu.

Zamawiający stwierdził, że zadanie: „Utrzymanie czystości oraz zieleni na terenie miasta Golubia Dobrzyń” nie świadczy o spełnianiu warunków, gdyż powierzchnia terenów zielonych do utrzymania obejmowała tylko powierzchnię ok. 5 ha. Natomiast zadanie: Usunięcie drzew w latach 2014 - 2016 w Golubiu Dobrzyniu zamawiający akceptuje.

W ocenie zamawiającego, zadanie: „Usługi komunalne w zakresie utrzymania czystości i porządku oraz konserwacji zieleni na terenie miasta Kowalewo Pomorskie” nie świadczy o spełnieniu warunków, gdyż powierzchnia terenów zielonych do utrzymania 4,5 ha, a w pozostałej części brak tożsamości przedmiotowej z przedmiotem zamówienia.

Zamawiający stwierdził, że zadanie: „Bieżące utrzymanie dróg wojewódzkich na terenie Rejonu Dróg Wojewódzkich w Toruniu” nie świadczy o spełnianiu warunków, gdyż brak jest tożsamości przedmiotowej z przedmiotem zamówienia (to nie jest usługa tego samego rodzaju i o tym samym przeznaczeniu) oraz brak jest spełnienia warunków dotyczących powierzchni 982.048,50 m² w latach 2015 i 2016 oraz 2.240.000,00 m² w roku 2012, gdyż dotyczy koszenia traw i chwastów, a nie kompleksowego utrzymania terenów zieleni.

W ocenie zamawiającego, z powyższych danych wynika, iż odwołujący nie spełniają warunku udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej.

Zamawiający nie zgodził się z tym, że w s.i.w.z. nigdzie nie doprecyzował użytego wyrażenia „kompleksowego utrzymania, pielęgnacji terenów zieleni”. W jego ocenie, nieprawdą jest również, że zamawiający zbyt późno, bo dopiero na etapie oceny ofert wskazał, że w tym celu należy się posłużyć Zał. nr 5 i nr 6 do s.i.w.z. Zamawiający określił w sposób kategoriowy w s.i.w.z. jak należy rozumieć postawione przez niego wymagania „kompleksowego utrzymania, pielęgnacji zieleni” (j.w.) Zamawiający wyraźnie podkreślił w opisie przedmiotu zamówienia, że szczegółowy opis przedmiotu zamówienia określający zakres i wszelkie wymagania lub inne niezbędne cechy, jak i inne istotne dla wykonania zamówienia informacje, zawiera wzór umowy będący integralną częścią s.i.w.z. oraz Ewidencja zieleni - załącznik nr 6 i Zakres prac - załącznik nr 5., co znajduje jednoznaczne potwierdzenie w przepisie art. 36 ust. 1 pkt 3 i 16 pzp.

Zamawiający podniósł, że odwołujący udowodnili, przedstawiając referencje, że usługa świadczona dla Gminy Miasta Płock jest wykonywana na powierzchni 62 ha, lecz nie udowodnili, że na tym terenie wykonuje czynności związane z pielęgnacją i utrzymaniem terenów zieleni zgodnym z postawionym wymogiem przez zamawiającego. Doświadczenie zdobyte przy wykonywaniu prac w ramach Akcji Zima nie spełnia określonego warunku kompleksowego utrzymania i pielęgnacji terenów zieleni, albowiem każdy istniejący teren zieleni wymaga systematycznych zabiegów pielęgnacyjnych, uzależnionych w szczególności od zastosowanych roślin. Do wskazanych wyżej czynności niezbędna jest również fachowa wiedza z zakresu ogrodnictwa, a odwołujący nie wykazali w żadnych z przedstawionych usług takich umiejętności na terenie 25 ha wykonywanych przez rok. W rozumieniu zamawiającego, powodem wykluczenia nie było spełnienie kryterium powierzchni terenów zieleni, na których były wykonywane prace odwołujących, a wyłącznie fakt, że odwołujący nie posiadają kompetencji zawodowych w zakresie pielęgnacji roślin.

Zamawiający stwierdził, że główną przyczyną wykluczenia z postępowania odwołujących jest ich brak doświadczenia w okresie świadczenia usług stanowiących przedmiot zamówienia. Zamawiający wskazał, że umowa odwołujących, podpisana 19 października 2015 roku, obowiązuje od 1 grudnia 2016 roku i na dzień składania ofert tj. 24 listopada 2016 roku nie upłynął pełny rok jej trwania. Zamawiający nie zgodził się ze stanowiskiem odwołujących, ponieważ właśnie postawił warunek, że dla II części zadania wymagał co najmniej 25 hektarów rocznie kompleksowego utrzymania, pielęgnacji terenów zieleni oraz wycinkę co najmniej 20 sztuk drzew rocznie, utrzymanie i konserwację fontanny w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie zadań o podobnym charakterze w zakresie utrzymania i pielęgnacji zieleni, potwierdzone dokumentami (np. referencjami) stwierdzającymi, że prace zostały wykonane należycie, a nie jak twierdzą odwołujący, że zamawiający żądał jedynie, aby wykonawca posiadał usługę utrzymania zieleni w okresie ostatnich trzech lat oraz aby obejmowała ona powierzchnię co najmniej 25 ha rocznie. Zamawiający w s.i.w.z. wskazał to, aby usługa na pow. 25 ha trwała rok (365 dni). Warunek ten nie został sformułowany na etapie oceny ofert, wynikał wprost z warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający stwierdził, że określił warunek w ten sposób: „Wykonawca musi posiadać zdolność techniczną i zawodową w zakresie realizacji usług stanowiących przedmiot zamówienia, tj. wykonuje lub wykonywał w okresie ostatnich trzech lat, przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym

okresie:" oraz dookreślił dla części II „dla II części zadania Marianki - Przechowo - 25 hektarów rocznie kompleksowego utrzymania, pielęgnacji terenów zieleni oraz wycinę co

najmniej 20 sztuk drzew rocznie, utrzymanie i konserwację fontanny w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie zadań o podobnym charakterze w zakresie utrzymania i pielęgnacji zieleni, potwierdzone dokumentami (np. referencjami) stwierdzającymi, że prace zostały wykonane należycie,

W ocenie zamawiającego, takie twierdzenie odwołujących jest ogromnym nadużyciem. Zamawiający w piśmie z dnia 12 grudnia 2016 r. skierowanym do odwołujących napisał, że zakres usług został opisany w zał. nr 5 zakres prac (omyłkowo wpisano nr 5 zamiast 6). Odwołujący na etapie formułowania oferty byli zobowiązani zapoznać się ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia oraz ze wszystkimi załącznikami stanowiącymi integralną część s.i.w.z. Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia zaznaczył, że szczegółowy opis przedmiotu zamówienia określający zakres i wszelkie wymagania lub inne niezbędne cechy, jak i inne istotne dla wykonania zamówienia informacje, zawiera wzór umowy będący integralną częścią s.i.w.z. oraz Ewidencja zieleni - załącznik nr 6 i Zakres prac - załącznik nr 5. Odwołujący nie skorzystali ze swojego prawa i nie zadali pytań ani nie wskazali „nieprecyzyjnych zapisów w s.i.w.z.” zamawiającego, które wskazuje na etapie wezwania do uzupełnień oferty. Na etapie uzupełnień dokumentów takie uwagi mają na celu zmuszenie zamawiającego do uznania, że jakiegokolwiek wątpliwości w interpretacji warunków i wymagań zamawiającego postawionych w tym zakresie w s.i.w.z. nie mogą być odczytywane na niekorzyść wykonawcy". Zamawiający nie podziela argumentacji odwołujących, że w przedmiotowej sprawie niejasne, nieprecyzyjne postanowienia s.i.w.z. należy odczytać w sposób korzystny dla wykonawców. Nawet w sytuacji, gdyby pojęcia użyte były niejednoznaczne czy niedookreślone, to zamawiający udowodnił, że pod użytym pojęciem w kontekście przedmiotu zamówienia mieści się określone rozumienie danego pojęcia, zwrotu, a decyduje o przyznaniu racji nie „formalizm” użytych sformułowań czy zwrotów, ale sens i cel zamówienia, który dla branżystów jest jednoznacznie brzmiący. Przez formalistyczne odczytanie pojęć nie można tracić sensu oraz celu przedmiotu zamówienia, ponieważ nadrzędnym celem zamówienia jest jego należyta i odpowiadająca merytorycznemu zapotrzebowaniu realizacja zamówienia, a odwołujący nie przekonali zamawiającego, iż są potencjalnym wykonawcom dającym gwarancję rzetelnego wykonania zamówienia.

Zamawiający stwierdził, że – wbrew twierdzeniom odwołujących – nie pominął w ocenie ofert brzmienia „zadań o podobnym charakterze w zakresie utrzymania i pielęgnacji zieleni”. Zamawiający w określonym celu wprowadził taki zapis, aby właśnie nie naruszać zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. W ocenie zamawiającego, odwołujący nie przedstawili dowodów, że wykonywali lub wykonują zadania

o podobnym charakterze w zakresie utrzymania zieleni. Odwołujący mają doświadczenie w utrzymaniu dróg. Charakter i zakres tych prac jest zdecydowanie różny. Doświadczenie nabyte w czasie realizacji usług w zakresie utrzymania dróg w czystości, nawet jeśli występują tam tereny zieleni, nie jest ani takim samym, ani o podobnym charakterze doświadczeniem. Tak doświadczony w zakresie drogowym wykonawca jak Odwołujący powinien widzieć te różnice. Również błędnym twierdzeniem jest, że zamawiający utożsamia warunki udziału w postępowaniu dotyczącym zdolności technicznych lub zawodowych z zakresem prac.

Zamawiający podniósł, że nie jest prawdą również to, że stwierdził w piśmie z dnia 22 grudnia 2016 roku, że odwołujący zostali wykluczeni przez to, że p. K. Z. (podmiot trzeci) nie posiada wymaganego doświadczenia ogrodniczego lub rolniczego. Zamawiający wskazał w piśmie, że w związku z tym, że p. Z. (podmiot trzeci) nie spełnia warunku udziału w postępowaniu dotyczącym kompetencji zawodowych i odwołujący powinni być wezwani na podstawie art. 26 ust. 3, art. 22a ust. 6 i zw. z pkt 6.3.5 s.i.w.z. Wobec tego, że oferta podlegała i tak odrzuceniu, a w konsekwencji odwołujący wykluczeniu, to zamawiający skorzystał ze swojego prawa wynikającego z art. 26. ust. 3 ustawy P.z.p. i nie wzywał do uzupełnienia. Jednakże odwołujący przedstawił dokumenty potwierdzające, iż p. R. dysponuje wykształceniem rolniczym. W przedmiotowej sprawie nie ma to znaczenia, ponieważ odwołujący powołali się na kompetencje zawodowe i techniczne podmiotu trzeciego, tj. p. K. Z. . Gdyby nie to, że oferta odwołujących została odrzucona, odwołujący musieliby zastąpić ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami lub zobowiązać się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego poparł stanowisko zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

W ocenie przystępującego, odwołujący nie spełniają warunku udziału w postępowaniu w każdym jego rozumieniu. Ustanowiony warunek ma charakter częściowo niedookreślony, jednak nie znaczy to, że można mu z tego powodu przypisywać dowolne, wybrane przez odwołującego znaczenie.

Doświadczenie, którym wykazał się odwołujący nie pozwala na uznanie, iż spełnił on sporny warunek udziału w postępowaniu nawet przy najbardziej przychylniej odwołującemu wykładni.

Brak zdefiniowania przez zamawiającego co rozumie pod pojęciem „kompleksowego utrzymania, pielęgnacji

terenów zieleni" oznacza jedynie, iż pojęcie to trzeba odczytać,

Nie jest możliwe uniknięcie wykładni pojęć niedookreślonych - doprowadziłoby to jedynie do całkowitego odrzucenia postawionego przez zamawiającego warunku. Wskazane jest jedynie, by taka wykładnia opierała się głównie na znaczeniu językowym, jako podstawowym i najprostszym do odczytania przez wykonawców.

Ewentualne wątpliwości co do zakresu definiowanego pojęcia nie mogą być odczytywane na niekorzyść wykonawców. Oznacza to jednak jedynie, że wykonawcy są obowiązani spełnić minimum ustalonego znaczenia „kompleksowego utrzymania, pielęgnacji terenów zieleni”. Nie oznacza to możliwości spełnienia warunku przez usługi, które nie odpowiadają nawet temu minimum (językowemu).

Przystępujący stwierdził, że dla części II zamówienia zamawiający wymagał w pkt 5.1.ppkt 2 lit. b.a specyfikacji istotnych warunków zamówienia, by wykonawca wykonał m.in. „25 hektarów rocznie kompleksowego utrzymania, pielęgnacji terenów zieleni”.

Celowo pominięto tu fragment, co do którego zamawiający uznał spełnienie przez odwołującego warunku doświadczenia - dotyczącą wycinki co najmniej 20 drzew rocznie i utrzymania i konserwacji fontanny.

Tak wybrana sporna istota warunku składa się z czterech elementów:

- 1)wymaganego obszaru świadczenia usługi - 25 ha,
- 2)wymaganego czasu świadczenia usługi - rocznie,
- 3)wymaganego zakresu obsługi - kompleksowe utrzymanie i pielęgnacja,
- 4)wymaganego charakteru terenu świadczenia usługi-tereny zieleni.

Przy czym wszystkie z nich muszą zaistnieć jednocześnie, by można było pozytywnie zweryfikować doświadczenie odwołującego w kontekście postawionego warunku. Uzasadnienie decyzji zamawiającego o wykluczeniu odwołującego potwierdza, iż akceptował on, by na doświadczenia składało się kilka usług, których suma obszaru świadczenia usług osiąga 25 ha.

Wymagany od wykonawców zakres świadczenia wykazywanych usług to kompleksowe utrzymanie i pielęgnacja terenów zieleni.

Przystępujący zgodził się z odwołującym, iż nie jest to precyzyjny opis. Nie oznacza to jednakże dowolności w interpretowaniu wymagań zamawiającego. Istnienie pewnego zakresu niedookreśloności nie uzasadnia wychodzenia poza ten zakres, choćby pod hasłem

interpretowania wątpliwość na korzyść wykonawców. Oznacza jedynie, iż wymagany jest minimalny zakres takiego pojęcia.

Językowe znaczenia wyrazów „kompleksowy”, „utrzymanie” i „pielęgnacja” odzwierciedla słownik języka polskiego Wydawnictwa Naukowego PWN udostępniony na stronie

Wyraz „kompleksowy” został tam zdefiniowany następująco: «obejmujący całość elementów lub zagadnień, a nie tylko ich fragment)?

„Utrzymanie” jako pochodne od czasownika „utrzymać - utrzymywać”: «zachować w stanie niezmiennym, należytym

„Pielęgnacja” jako «pielęgnowanie kogoś, czegoś», a „pielęgnować” to «doglądać kogoślub czegoś?? lub «podtrzymać ciągłość czegoś??

Szersza definicja słowa „pielęgnować” dostępna jest w słowniku języka polskiego pod red. W. Doroszewskiego: «wykonywać posługi i zabiegi przy chorych, dzieciach, starcach, wykonywać czynności mające na celu osiągnięcie rozwoju roślin i zwierząt, utrzymywanie czegośw należytym stanie, doglądać, opiekować się?)

Przystępujący stwierdził, że w usługach wykazanych przez odwołujących brak jest nie tylko kompleksowości, ale przede wszystkim jakiegokolwiek elementu pielęgnacji zieleni. Tym samym nie sposób zaliczyć na poczet wymaganego doświadczenia wykonawcy usługi realizowanej w Ciechocinku czy na obszarze lasów miejskich w Golubiu-Dobrzyniu (gdzie zakres świadczonej usługi był kompletnie odmienny dla lasów miejskich w porównaniu do zwykłych terenów zieleni miejskiej).

Jest to prawdziwe również w odniesieniu do usługi bieżącego utrzymania dróg wojewódzkich. Jak wskazuje odwołujący na usługę tę „składa się szereg czynności, które są wykonywane stale. Jest to usługa podobna do tej świadczonej w Świeciu” (strona 6 odwołania).

W ocenie przystępującego, jakkolwiek jednak, by interpretować usługę koszenia trawy, wycinki krzewów, podcinania drzew i usuwania odrostów to nie jest ona podobna do usługi utrzymania i pielęgnacji zieleni miejskiej, które obejmuje również zakładanie trawników, ich pielęgnację i nawożenie (a nie tylko wykaszanie), sadzenie i pielęgnację drzew (a nie tylko podkrzesywanie i usuwanie odrostów), nasadzenia krzewów (a nie tylko wycinka) i kwiatów wraz z ich pielęgnacją, pielenie terenów zakrzewionych.

Usługa ta nie tylko nie jest podobna do tej stanowiącej opis przedmiotu zamówienia (co jest mniej istotne, ale wskazuje na dowolność odwołującego we wskazywaniu takich zależności), ale również nie ma charakteru

kompleksowego utrzymania i pielęgnacji terenów zieleni.

„Szereg czynności wykonywanych stale” nie stanowi jeszcze usługi kompleksowej. Jak wskazano wyżej, zgodnie z definicją zawartą w Słowniku Języka Polskiego PWN kompleksowy to znaczy „obejmujący całość elementów lub zagadnień, a nie tylko ich fragment”.

Przystępujący podniósł, że wymagany obszar świadczenia usług to 25 ha i dotyczył on w sposób oczywisty („25 hektarów rocznie kompleksowego utrzymania, pielęgnacji terenów zieleni”) świadczenia nie jakichkolwiek usług komunalnych, ale usługi kompleksowego utrzymania i pielęgnacji terenów zieleni. Wymagany charakter terenu świadczenia usługi to tereny zieleni.

Przystępujący zwrócił uwagę, że zastrzeżenia zamawiającego nie odnosiły się do charakteru terenu, w odniesieniu do którego były świadczone usługi, lecz do wymaganego zakresu obsługi. Innymi słowy zamawiający nie miał zastrzeżeń, co do tego, iż pasy drogowe czy lasy są terenami zieleni, lecz co do tego, że wykonywane na nich czynności nie miały charakteru kompleksowego utrzymania i pielęgnacji terenów zieleni. W zakresie prac wykonywanych na rzecz Zarządu Dróg Wojewódzkich w Bydgoszczy wchodziło m.in. koszenie traw i chwastów, wycinka krzewów z pasa drogowego, podkrzesywanie drzew i usuwanie odrostów, co jak wskazano wyżej nie stanowiło razem kompleksowego utrzymania i pielęgnacji terenów zieleni.

Przystępujący stwierdził, że zamawiający wymagał, by kompleksowe utrzymanie i pielęgnacja terenów zieleni miało charakter roczny. Roczny, czyli «mający lub trwający jeden rok» tudzież «obejmujący okres jednego roku»

Z powyższego wynika, iż wymaganiem minimalnym było, by wymagana usługa trwała jeden rok / obejmowała okres jednego roku. Oczywiście możliwe było wykazanie się dłuższym okresem kompleksowego utrzymania i pielęgnacji terenów zieleni.

W ocenie przystępującego, odwołujący jednak ponownie wykazali się kreatywnością. Wedle nich „zamawiający zażądał jedynie, aby wykonawca posiadał usługę utrzymania zieleni w okresie ostatnich trzech lat oraz obejmowała ona powierzchnię co najmniej 25 ha

rocznie (rozumianych jako minimalna powierzchnia, na której są wykonywane prace w ciągu roku, a nie np. suma powierzchni skoszonej trawy)”.

Przystępujący stwierdził, że rozumienie warunku jakie zaproponował odwołujący prowadzi do absurdalnego rezultatu - suma 25 ha mogłaby zostać osiągnięta przez świadczenie przez trzy kolejne lata tej samej usługi na powierzchni 9 ha. Istniałoby więc ograniczenie, iż ta sama powierzchnia nie może zostać wykazana kilka razy, ale obejmowałoby tylko roczny okres (jak w przykładzie odwołującego), nie dotyczyłoby kolejnych lat.

Izba ustaliła, co następuje:

W myśl pkt. 3 s.i.w.z., przedmiotem zamówienia są usługi polegające na wykonaniu prac w zakresie utrzymania i pielęgnacji terenów zieleni miejskiej w Świeciu. wykonanie prac w zakresie utrzymania i pielęgnacji (...) obejmujące koszenie, pielęgnację i nawożenie trawników, wycinkę i pielęgnację drzew, nasadzenia drzew, krzewów i kwiatów wraz z ich pielęgnacją, naprawę, montowanie i demontowanie koszy, ławek i urządzeń zabawowych, utrzymanie czystości na chodnikach, schodach i alejkach występujących na terenach zieleni, odśnieżanie i zwalczanie śliskości na chodnikach, schodach i alejkach w okresie zimy, utrzymanie fontanny oraz wykonanie prac dodatkowych obejmujących zakładanie trawników z siewu i rolki, koszenie trawników, wycinkę drzew, frezowanie pni drzew, demontowanie i montowanie koszy i ławek na terenach zieleni miejskiej nie objętej utrzymaniem stałym.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia określający zakres i wszelkie wymagania lub inne niezbędne cechy, jak i inne istotne dla wykonania zamówienia informacje, zawiera wzór umowy będący integralną częścią SIWZ oraz Ewidencja zieleni – załącznik nr 6 i Zakres prac – załącznik nr 5.

Zamawiający w pkt. 5.1. 2) b) a) s.i.w.z. zawarł następujący warunek udziału w postępowaniu „Wykonawca musi posiadać zdolność techniczną i zawodową w zakresie realizacji usług stanowiących przedmiot zamówienia tj. wykonuje lub wykonywał w okresie ostatnich trzech lat, przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie: dla II części zadania Marianki - Przechowo - 25 hektarów rocznie kompleksowego utrzymania, pielęgnacji terenów zieleni oraz wycinkę co najmniej 20 sztuk drzew rocznie, utrzymanie i konserwację fontanny w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie zadań o podobnym charakterze w zakresie utrzymania i pielęgnacji zieleni, potwierdzone dokumentami (np. referencjami) stwierdzającymi, że prace zostały wykonane należycie.

Na potwierdzenie spełniania ww. warunku odwołujący wraz z ofertą przedłożyli wskazany w JEDZ wykaz oraz poświadczenia należytego wykonania kontraktów na utrzymanie czystości/zieleni w Płocku, na drogach wojewódzkich woj. kujawsko-pomorskiego, w Golubiu-Dobrzyniu, Kowalewie Pomorskim i Ciechocinku.

W referencjach wystawionych przez Urząd Miasta Golubia-Dobrzynia z dnia 17 listopada 2016 roku wskazano, że firma TAR s.c. A. M. P. M. w latach 2014-2016 wykonała prace polegające na usunięciu drzew w ilości 76 sztuk, co średniorocznie wynosi ok. 25 szlak. Prace zostały wykonane należycie.

Gmina - Miasto Płock z siedzibą w Płocku w piśmie z dnia 21 listopada 2016 roku stwierdziła, że firma LOG P. M. oraz A. M., R. T. S. prowadzący spółkę cywilną pod nazwą TAR s.c. jest w trakcie realizacji usługi pod nazwą "Konservacja terenów zieleni, utrzymanie czystości i porządku na terenie miasta Płocka w Rejonie I" na podstawie umowy będącej w trakcie realizacji nr 37/WKS-I1-ZC/Z/2379/2015 z dnia 19.10.2015 r.

Przedmiot umowy obejmuje:

- prace z zakresu utrzymania czystości i porządku oraz zimowego utrzymania chodników, przejść dla pieszych, ścieżek rowerowych i parkingów,
- prace konserwacyjne terenów zieleni, w tym m.in.: koszenie trawników, wygrabianie liści, cięcie i odchwaszczanie krzewów ozdobnych i żywopłotów, wykonywanie oprysków.

Termin obowiązywania umowy; od 01.12.2015 r. do 30.11.2017 r.

Umowa obowiązuje na kwotę nie większą niż: 2 246 821,20 zł brutto, w tym: Dotychczasowa wykorzystana kwota na dzień 14.11.2016 r, z zakresu:

- utrzymania czystości wynosi: 651 013,26 zł,
- konserwacji zieleni wynosi: 214 934,46 zł.

Przybliżona powierzchnia terenów zieleni podlegających konserwacji: 620 000 m². Do dnia 14.11.2016 przedmiot: zamówienia został wykonany zgodnie z umową.

Zarząd Dróg Wojewódzkich w Bydgoszczy w piśmie z dnia 17 listopada 2016 roku poświadczył, że Firma TAR s.c A. M., P. M., Białkowo 30, 87 - 400 Golub-Dobrzyń realizowała zamówienie w zakresie : „Bieżące utrzymanie dróg wojewódzkich na terenie Rejonu Dróg Wojewódzkich w Toruniu" w latach 2015 - 2016 w ramach umowy nr

ZDW.RDW.2.12-361-3/U/2015 cz. nr-2 z dnia 11.05.2015 r., bieżące utrzymanie dróg wojewódzkich na terenie Rejonu Dróg Wojewódzkich w Toruniu w latach 2015-2017

Zamówienie w okresie 11.05.2015 r. - 16.11.2016 r. obejmowało następujące usługi:

- koszenie traw i chwastów w pasie drogowym: 982.048,50 m³
- sprzątanie i oczyszczenie pasa drogowego
- mycie i konserwacja znaków, pacholek i barier
- wycinka krzewów z pasa drogowego
- podkrzesywanie drzew i usuwanie odrostów
- roboty interwencyjne

na łączną kwotę : 446.988,29 zł brutto Wartość kontraktu wynosi 695.481,07 zł brutto Wyżej wymienione prace

zostały wykonane z należytą starannością , dokładnością, w

określonym terminie i bez zastrzeżeń . Pozwala to polecić wyżej wymienioną firmę jako dobrego wykonawcę tego rodzaju robót.

Zarząd Dróg Wojewódzkich w Bydgoszczy w piśmie z dnia 15 stycznia 2015 roku poświadczył, że Firma TAR s.c A. M., R. T. S., Białkowo 30, 87 - 400 Golub-Dobrzyń realizowała zamówienie w zakresie : „Bieżące utrzymanie dróg wojewódzkich na terenie Rejonu Dróg Wojewódzkich w Toruniu" w latach 2012-2014 w ramach umów: nr ZDW.RDW.2.12-361-2/P/2012 cv. nr 1 z dnia 02.04.2012 r.

Bieżące utrzymanie dróg wojewódzkich na terenie Rejonu Dróg Wojewódzkich w Toruniu na łączną kwotę : 274.085.06 zł brutto

Bieżące utrzymanie dróg wojewódzkich na terenie Rejonu Dróg Wojewódzkich w Toruniu w latach 2013-2014 na łączną kwotę 361.27836 zł brutto

Wyżej wymienione prace zostały wykonane i. należytą starannością , dokładnością, w określonym terminie i bez zastrzeżeń. Pozwala to polecić wyżej wymienioną firmę jako dobrego wykonawcę tego rodzaju robót.

Zarząd Dróg Wojewódzkich w Bydgoszczy w piśmie z dnia 19 marca 2013 roku poświadczył, że Firma TAR s.c A. M., R. T. S., Białkowo 30, 87 - 400 Golub-Dobrzyń realizowała zamówienie w zakresie: Bieżące utrzymanie dróg wojewódzkich

administrowanych przez Zarząd Dróg Wojewódzkich w Bydgoszczy" w roku 2012 w ramach umowy: umowa nr ZDW.RDW.2.12.361-2/P/2012 cz. nr - 2 z dnia 02.04.2012 r.

Bieżące utrzymanie dróg wojewódzkich administrowanych przez Zarząd Dróg Wojewódzkich w Bydgoszczy.

Zamówienie obejmuje następujące usługi :

- koszenie traw i chwastów w ciągu dróg wojewódzkich administrowanej przez RDW Toruń

Powierzchnia koszenia: 2.240.000,00 m²

na łączną kwotę 193.536,00/1 brutto,

- sprzątanie i oczyszczenie pasa drogowego na łączną kwotę 26.626,75 zł

brutto

-mycie i konserwacja znaków, pacholek i barier na łączną kwotę 51.251,17 zł

brutto

-wycinka krzewów z pasa drogowego na łączną kwotę 61.182,00 zł brutto

brutto

-

podkrzesywanie drzew i usuwanie odrostów na łączną kwotę 1.944,00 zł

-zamiatanie letnie

na łączną kwotę 9.564,48 zł brutto

-roboty interwencyjne

na łączną kwotę 12.300,00 zł brutto

Wyżej wymienione prace zostały wykonane z należytą starannością, dokładnością, w określonym terminie i bez zastrzeżeń. Pozwala to polecić wyżej wymienioną firmę jako dobrego wykonawcę tego rodzaju robót.

Urząd Miasta Golubia-Dobrzynia w piśmie z dnia 7 listopada 2016 roku poświadczył, że firma TAR s.c. A. M. P. M. Białkowo 30, 87-400 Golub-Dobrzyń (dawniej TAR s.c. A. M. R.

T.S.) w ramach podpisanej umowy nr 108 z dnia 28.05.2013 r. (począwszy od 01.06.2013

r.) wykonała na rzecz miasta Golubia-Dobrzynia zadanie pn. „Utrzymanie czystości oraz zieleni na terenie miasta Golubia-Dobrzynia” w zakres którego wchodziło:

1. Sprzątanie letnie ulic - 19.866 mb, (w tym 5,272 mb sprzątanym raz w tygodniu) co stanowiło około 120.000 m²,

2. Przeprowadzenie akcji zimowej - 25.984 mb (wszystkie ulice), co stanowiło około 156.000 m²,

3. Utrzymanie rabat kwiatowych -■ 300m²,

4. Utrzymanie gazonów oraz wazonów kwiatowych -■ 150 m²

5. Utrzymanie trawników ~- 50.346 m²,

6. Utrzymanie żywopłotów - 500 mb.

7. Oczyszczanie lasów komunalnych -- 680.000 ma.

W ramach powyższej umowy (do 31 maja 2016 r. - 36 miesięcy) Wykonawca wykonał zadanie na łączną kwotę 1.200.960 zł brutto.

Firma TAR s.c. należycie wykonała powierzone jej zadania. W związku z powyższym wystawca dokumentu poleca firmę TAR s.c. jako wykonawcę tego rodzaju usług.

Burmistrz Miasta Kowalewo Pomorskie pismem z dnia 22 stycznia 2015 roku poświadczył, że firma TAR s.c. A. M. i R. T. S. z siedzibą w Białkowie 30, 87-400 Golub- Dobrzyń, wykonywała dla Gminy Kowalewo Pomorskie usługi komunalne w zakresie utrzymania czystości i porządku oraz konserwacji zieleni na terenie miasta Kowalewo Pomorskie w ramach umowy zawartej na okres od 01.01.2014 roku do 31.12.2014 roku.

Powierzchnia terenów do porządkowania w ramach ww. umowy - 48.790,5 m².

Powierzchnia terenów zielonych do utrzymania w ramach ww. umowy - 45.474 m².

Wartość udzielonego zamówienia wynosiła 435,976,40 zł brutto, w tym: usługi komunalne w zakresie utrzymania czystości i porządku - 201.300,00 zł brutto, usługi komunalne w zakresie konserwacji zieleni - 234.676,40 zł brutto.

Prace realizowane w ramach ww. umowy w określonym terminie i bez zastrzeżeń.

Polecono wykonawcę jako wiarygodnego dla tego rodzaju usług.

Zamawiający w zakresie zadania: „Utrzymanie czystości i porządku wraz z prowadzeniem akcji zimowej (w tym na przystankach Komunikacji Miejskiej) oraz

konserwacją zieleni na terenie miasta Płocka w rejonie I” zwrócił się do odwołujących z zapytaniem, czy podana powierzchnia jest podana w krotnościach na cały okres trwania umowy, czy jest to łączna powierzchnia utrzymania terenów przy pasie drogowym i utrzymanie zieleni (kompleksowa pielęgnacja terenów zielonych). Jednocześnie zwrócił się o wyszczególnienie powierzchni osobno dla utrzymania przy pasie drogowym i osobno dla kompleksowej pielęgnacji terenów zielonych poza pasem drogowym (wyłączając powierzchnie lasów) w okresie od momentu podpisania umowy do dnia złożenia ofert.

Pismem z dnia 15 grudnia 2016 roku odwołujący wyjaśnili w punkcie 6, iż

„Przedstawiona w referencjach wystawionych przez Gminę Płock z dnia 21 listopada 2016 r. przybliżona powierzchnia terenów zieleni podlegającej konserwacji: 620.000 m² stanowi łączną powierzchnię stałego kompleksowego utrzymania terenów zieleni w związku z zawartą z Gminą Miasto Płock umową. Na powierzchnię tę w szczególności składają się: zieleń miejska wchodząca w skład pasów drogowych, trawniki, skwery i zieleńce miejskie, skarpy i parowy, ronda i rabaty kwiatowe i zakrzewione, działki podlegające cyklicznemu koszeniu, place zabaw, boiska piłkarskie. Jest to

zatem łączna powierzchnia utrzymania terenów przy pasie drogowym i utrzymania zieleni. W zakres ww. wartości nie wchodzi lasy. Zieleni podlegająca pielęgnacji w Płocku jest typową zielenią miejską tożsamą z zielenią znajdującą się w Świeciu. Tereny porośnięte drzewami, żywopłotami, rabatami kwiatowymi i krzewami wraz z trawą uliczną niejednokrotnie znajdują się w pasach drogowych. Stąd też wykonawca nie jest w stanie w terminie określonym przez zamawiającego przedłożyć szczegółowego wyliczenia powierzchni osobno dla pasów drogowych i osobno dla pozostałych terenów. W celu wykazania że usługa jest świadczona na powierzchni powyżej

25 ha wykonawca wraz z niniejszym pismem przedkłada dwa zlecenia w zakresie utrzymania czystości z okresu sierpień-wrzesień 2016 r., z których wprost wynika, że usługa jest jednorazowo świadczona np. na 34 ha (powierzchnia koszenia ze zlecenia nr 24/2016).

Zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia wykonawca musi wykazać że wykonuje lub wykonywał w okresie ostatnich trzech lat, przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie: dla I części zadania Stare Miasto - 20 hektarów rocznie (dla II części zadania Marianki - Przechowo - 25 hektarów rocznie) kompleksowego utrzymania, pielęgnacji terenów zieleni oraz wycinkę co najmniej 20 sztuk drzew rocznie, utrzymanie i konserwację fontanny w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie zadań o podobnym charakterze w zakresie utrzymania i pielęgnacji zieleni potwierdzone dokumentami (np. referencjami) stwierdzającymi, że prace zostały wykonane należyście.

Stawianie przez Zamawiającego w piśmie z dnia 12 grudnia 2016 r. warunku posiadania zdolności zawodowej tożsamej ze szczegółowymi usługami, które zostały określone w załączniku nr 6 jest całkowicie nieuprawnione. Taki zapis nie znalazł się w ust 5 SIWZ - tzn. Zamawiający nie zażądał wprost od Wykonawców posiadania doświadczenia w wykonywaniu przedstawionych w piśmie czynności. Aby wykonywanie tych czynności było warunkiem udziału w postępowaniu Zamawiający już w SIWZ musiałby precyzyjnie określić, że należy wykazać posiadanie szczególnego rodzaju doświadczenia np.: w utrzymaniu i pielęgnacji zieleni na rondzie. Stawianie takiego warunku na etapie oceny ofert jest nieuprawnione. W orzeczeniu Krajowej Izby Odwoławczej z 18 czerwca 2015 r. (sygn. akt KIO 1148/15) stwierdzono iż niedopuszczalne jest, aby zamawiający dopiero na etapie oceny ofert precyzowali swoje wymagania co do doświadczenia, jeśli zamiarem Zamawiającego było badanie ww. warunku w sposób wskazany w piśmie z dnia 12 grudnia 2016 r., to powinien w sposób wyraźny i jednoznaczny wyartykułować swoje wymagania w SIWZ, tak aby w sposób jasny i klarowny dokument ten był podstawą do oceniania ofert w niniejszym postępowaniu. Skoro więc Zamawiający nie określił w sposób kategoriyczny w SIWZ, jak należy rozumieć postawione przez niego wymagania „kompleksowego utrzymania, pielęgnacji terenów zieleni” i nie ma żadnej prawnej definicji takiej usługi, to na etapie badania i oceny ofert nie można ustalać, dodatkowych warunków i ich doprecyzowywać. Ponadto zgodnie z Wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 lutego 2013 r., (sygn. akt KIO 310/13) „Niejednoznaczność postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i wątpliwości związane z różnymi interpretacjami jej postanowień nie powinny, co do zasady powodować negatywnych skutków dla wykonawcy.” W orzecznictwie ugruntowane jest stanowisko, w myśl którego wszelkie niejasności i niezgodności w treści SIWZ należy interpretować na korzyść wykonawców (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 marca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 240/10, podobnie wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 marca 2011 r., sygn. akt KIO 545/11, wyrok z dnia 6 października 2011 r., sygn. akt KIO 2077/11 oraz wyrok z dnia 29 marca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 269/10).

Co istotne wymaganie dot. doświadczenia zastrzeżone przez Zamawiającego w SIWZ zostały istotnie złagodzone poprzez dopisek „zadań o podobnym charakterze w zakresie utrzymania i pielęgnacji zieleni”. Należy uznać zatem, że intencją Zamawiającego nie było ograniczanie dostępu do udziału w przetargu poprzez uszczegółowienie wymogu w zakresie doświadczenia lecz jego łagodzenie i dopuszczenie wykonawców wykonujących podobne czynności. W ocenie wykonawcy tylko wobec jasnych i klarownych warunków i wymagań komisja przetargowa może dokonać prawidłowej oceny ich spełniania. Interpretowanie przez Zamawiającego postawionych wymagań na etapie złożonych ofert i odpowiednie „dostosowanie” ich pod poszczególnych uczestników postępowania niesie

ryzyko stronniczości i nierównego traktowania wykonawców. Gdyby uznać, że warunkiem udziału w postępowaniu jest wykonywanie łącznie wszystkich czynności opisanych w załączniku 6 do SIWZ jedynymi wykonawcami zdolnymi do świadczenia usług na rzecz Zamawiającego byłyby podmioty obecnie świadczące usługi na rzecz Gminy Świecie.

W świetle powyższego stanowisko Zamawiającego, że wykonawca nie przedstawił dowodu że wykonywał prace polegające na kompleksowym utrzymaniu, pielęgnacji terenów zielonych na obszarze 25 hektarów rocznie oraz że nie spełnia warunków udziału w postępowaniu należy uznać za niesłuszne”.

Zamawiający zwrócił się pismem do Urzędu Miasta Płock z następującymi pytaniami: Czy podana w piśmie przybliżona powierzchnia 620.000 m² terenów zieleni podlegającej konserwacji, jest zielenią, która podlega codziennemu, stałemu utrzymaniu jej wraz z występującą na niej zielenią niską i wysoką, elementami małej

architektury (ławki, kosze, urządzenia zabawowe i sportowe, boiska sportowe)?; Czy są to prace wykonywane regularnie, codziennie na tej powierzchni, wymagające codziennego nadzoru, kontroli i reakcji ze strony wykonawcy bez interwencji zamawiającego również w przypadku wystąpienia nagłych, nieprzewidzianych okoliczności, tak jak usuwanie skutków nawałnicy, wichury, aktów wandalizmu i innych awarii?; Czy są to jednorazowe zabiegi, na wyraźne zlecenie ze strony zamawiającego Gminy Miasta Płock określające szczegółowy zakres i termin wykonania prac?

W dniu 21 grudnia 2016 zamawiający Gmina otrzymał odpowiedź z Gminy Miasta Płock o następującej treści:

-przybliżona powierzchnia 620 000 m² terenów zieleni nie podlega codziennemu, stałemu utrzymaniu w zakresie konserwacji zieleni;

-na podstawie umowy nr 87/WKŚ - II ZC/Z/2379/2015 z dnia 19.10.2015 r. w systemie ciągłym przez 7 dni w tygodniu wykonywane są prace w zakresie utrzymania czystości i porządku zimowego utrzymania chodników;

-ww. umowa nie obejmuje konserwacji zieleni wysokiej;

-elementy małej architektury podlegają konserwacji polegającej jedynie na opróżnianiu pojemników na odpady, myciu ławek w ramach potrzeb, usuwaniu ogłoszeń i reklam ze słupów oświetleniowych - prace te zgodnie z umową objęte są ryczałtem miesięcznym;

-prace dotyczące konserwacji zieleni objęte ww. umową stanowią jedynie zabiegi na wyraźne zlecenie zamawiającego, w którym każdorazowo określany jest ich zakres i termin

realizacji -w odniesieniu do zieleni umowa nie obejmuje prac w postaci ryczałtów miesięcznych.

W informacji o rozstrzygnięciu przetargu z dnia 22 grudnia 2016 roku zamawiający poinformował o wyborze, jako najkorzystniejszej w zakresie części II, oferty złożonej przez przystępującego.

Jednocześnie zamawiający poinformował o wykluczeniu odwołujących wskazując następujące uzasadnienie:

„prawne: Zamawiający wyklucza Wykonawcę z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 12 ustawy Pzp. Na podstawie art. 24 ust. 4 ofertę wykonawcy wykluczonego z udziału w postępowaniu uznaje się za odrzuconą.

Uzasadnienie faktyczne: Zamawiający wystąpił na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy pzp (Dz. U. 2015 r. poz. 2164) i treścią pkt. 13.5 a) SIWZ do Wykonawcy dn. 12 grudnia 2016 r. z pismem do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w terminie do dnia 15 grudnia 2016 r. Po zapoznaniu się z treścią pisma z dnia 15.12.2016 - złożeniem przez Wykonawcę wyjaśnień w związku z pismem z dnia 12.12.2016, znak OR-ROŚiGKN.271.27.2016 stwierdzam co następuje:

- W celu potwierdzenia przez wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający żądał wypełnienia oświadczenia JEDZ C: zdolność techniczna i zawodowa:

•Wykaz usług wykonanych, oraz załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane lub są wykonane należycie. ~ pod względem formalnym JEDZ (P. M. - LOG, P. M. - wspólnik, A. M. wspólnik) jest wypełniony prawidłowo, lecz nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu zgodnie z pkt. 5.1 2)b)a) SIWZ, ponieważ Zamawiający wymagał, aby wykonawca posiadał zdolność zawodową w zakresie realizacji usług stanowiących przedmiot zamówienia dla II części zadania Marianki - Przechowo - 25 hektarów rocznie kompleksowego utrzymania, pielęgnacji terenów zieleni, oraz wycinkę co najmniej 20 sztuk drzew rocznie, utrzymanie i konserwację fontanny, w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy ~ w tym okresie zadań o podobnym charakterze w zakresie utrzymania i pielęgnacji zieleni, potwierdzone dokumentami (np. referencjami) stwierdzającymi, że prace zostały wykonane należycie.

Z przedstawionych dokumentów wynika: • Zadanie: Utrzymanie czystości i porządku wraz z prowadzeniem akcji zimowej (w tym na przystankach Komunikacji Miejskiej) oraz

konserwacją zieleni na terenie miasta Płocka w rejonie I. - Referencje wystawione przez Gminę Miasto Płock z dnia 21 listopada 2016 roku - Zamawiający miał wątpliwości do przedstawionej w nich informacji dotyczącej przybliżonej powierzchni terenów zieleni polegającej konserwacji: 620.000 m². W związku z tym zwrócił się do Wykonawcy z zapytaniem czy jest to powierzchnia podana w krotnościach na cały okres trwania umowy czy jest to łączna powierzchnia utrzymania terenów przy pasie drogowym i utrzymanie zieleni (kompleksowa pielęgnacja terenów zielonych). Jednocześnie zwrócił się o wyszczególnienie powierzchni osobno dla utrzymania przy pasie drogowym i osobno dla kompleksowej pielęgnacji terenów zielonych poza pasem drogowym (wyłączając powierzchnie lasów) w okresie od momentu podpisania umowy do dnia złożenia ofert. Pismem z dnia 15 grudnia oferent wyjaśnił w punkcie 6. Zdolność techniczna i zawodowa, że przedstawiona w referencjach wystawionych przez Gminę Płock z dnia 21 listopada 2016 r. przybliżona powierzchnia terenów zieleni podlegającej konserwacji: 620.000 m² stanowi łączną powierzchnię stałego kompleksowego utrzymania terenów zieleni w związku z zawartą z Gminą Miasto Płock umową. W celu wykazania, że usługa jest świadczona na powierzchni powyżej 25 ha wykonawca wraz z pismem przedłożył dwa zlecenia w zakresie utrzymania czystości z okresu sierpień - wrzesień 2016 r. z których wprost wynika, że usługa jest jednorazowo świadczona na 34 ha (powierzchnia koszenia ze zlecenia 24/2016). Dla zamawiającego jest to

potwierdzenie wątpliwości co do posiadanych kompetencji zawodowych wykonawcy, który sam przyznaje, że prace które wykonuje w związku z umową z Gminą - Miasto Płock są jednorazowe, polegające na zleceniu, wskazaniu czynności, które są krótkotrwałe (w sierpniu trwały od 02.08.2016 do 12.08.2016 roku oraz do 23.08.2016 a we wrześniu do 06.09.2016 roku) i nie są kompleksowe ponieważ sprowadzają się do czynności: koszenie trawników - 34 ha, cięcie żywopłotów i krzewów, odchwaszczanie. W związku z powyższym jest to ograniczony katalog czynności, a nie jak utrzymuje wykonawca

„na 25 hektarach roczne kompleksowe utrzymanie i pielęgnacja terenów zieleni”. W ocenie Zamawiającego podany obszar 620.000 m² jest obszarem wskazanym przez Gminę - Miasto Płock na którym może zlecić prace jednorazowe w zakresie konserwacji zieleni - poprzez konserwację Zamawiający Gmina Miasto Płock rozumie koszenie i grabienie trawników (na co wskazują dokumenty udostępnione przez Gminę Miasto - Płock), a nie obszar rocznego kompleksowego utrzymania i pielęgnacji terenów zieleni. W związku z tym Zamawiający uznaje, że okres faktycznej realizacji prac jest znacznie krótszy niż rok. Opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków jest związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Zamawiający dokonał oceny, czy przedmiot zamówienia oferenta w ramach tych umów składał się na jedną funkcjonalną całość, a elementy tego przedmiotu zamówienia były ze sobą ściśle powiązane. Doświadczenie zawodowe nabywa się przez praktykę. Jest to wiedza praktyczna nabyta w trakcie

wykonywania zadań. Można sobie wyobrazić nieskomplikowane zadania, których jednokrotne wykonanie jest w zupełności wystarczające do nabycia wiedzy praktycznej pozwalającej na prawidłowe wykonanie takiego zadania po raz kolejny (KIO 3027/13). Jednakże w przypadku zadań znacznie skomplikowanych (takich jak kompleksowe utrzymanie i pielęgnacja terenów zielonych) doświadczenie zdobyte przy jednokrotnych zleceniach z pewnością nie gwarantuje wystarczającej biegłości do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia tym bardziej, że przedmiotowy warunek dotyczył wykonania usługi na terenie o powierzchni 25 ha a nie 50 ha jaki jest rzeczywisty obszar terenów zieleni do utrzymania w części II. Wobec powyższego nie można uznać, że postawione warunki zawężają grono wykonawców zdolnych do realizacji. Ponadto umowa podpisana 19 października 2015 roku obowiązuje od 1 grudnia 2016 roku i na dzień składania ofert tj. 24 listopada 2016 roku nie upłynął pełny rok jej trwania.

•Zadanie: Utrzymanie w czystości i porządku trawników w ciągach ulicznych w okresie letnim i zimowym, letnie i zimowe utrzymanie chodników, konserwacja koszy ulicznych, ich opróżnianie i wywóz zebranych nieczystości na terenie Ciechocinka. - brak spełnienia warunków, brak tożsamości przedmiotowej z przedmiotem zamówienia (to nie jest usługa tego samego rodzaju i o tym samym przeznaczeniu).

•Zadanie: Utrzymanie czystości oraz zieleni na terenie miasta Golubia Dobrzynia brak spełnienia warunków, powierzchnia terenów zielonych do utrzymania ok 5 ha

•Zadanie: Usługi komunalne w zakresie utrzymania czystości i porządku oraz konserwacji zieleni na terenie miasta Kowalewo Pomorskie - brak spełnienia warunków, powierzchnia terenów zielonych do utrzymania 4,5 ha w pozostałej części brak tożsamości przedmiotowej z przedmiotem zamówienia (to nie jest usługa tego samego rodzaju i o tym samym przeznaczeniu).

•Bieżące utrzymanie dróg wojewódzkich na terenie Rejonu Dróg Wojewódzkich w Toruniu - brak spełnienia warunków, brak tożsamości przedmiotowej z przedmiotem zamówienia (to nie jest usługa tego samego rodzaju i o tym samym przeznaczeniu) oraz powierzchnia 982.048,50 m² w latach 2015 i 2016 oraz 2.240.000,00 m² w roku 2012 dotyczy koszenia traw i chwastów a nie kompleksowego utrzymania terenów zieleni.

•Usunięcie drzew w latach 2014 ~ 2016 w Golubiu Dobrzyniu - Zamawiający akceptuje.

•(JEDZ KM Ogrody.PL K. Z.) W części C Zdolność techniczna i zawodowa/wykształcenie i kwalifikacje zawodowe wskazano, że Pani K. Z. legitymuje się wykształceniem ogrodniczym. Z przedstawionych dokumentów wynika, że Pani K. Z. z

wykształcenia jest technikiem architektury krajobrazu. W związku z powyższym nie spełnia warunku określonego w punkcie 5.1.2.b) wykształcenie i kwalifikacje zawodowe. Zamawiający nie wzywa do uzupełnienia dokumentów dotyczących podmiotu trzeciego zgodnie z art. 26 ust. 3, ponieważ mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu.

Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia zaznaczył, że szczegółowy opis przedmiotu zamówienia określający zakres i wszelkie wymagania lub inne niezbędne cechy, jak i inne istotne dla wykonania zamówienia informacje, zawiera wzór umowy będący integralną częścią SIWZ oraz Ewidencja zieleni - załącznik nr 6 i Zakres prac - załącznik nr

5. Wszystkie załączniki SIWZ są jego integralną częścią z którymi wykonawcy mogli zapoznać się od momentu opublikowania ogłoszenia o zamówieniu. Zamawiający nie wymagał od wykonawców spełnienia warunku posiadania zdolności zawodowej tożsamej ze szczegółowymi usługami, które zostały określone w załączniku nr 5, a jedynie

wskazał wykonawcy, że jego zestaw czynności składających się na „kompleksowe utrzymanie, pielęgnacji zieleni” jest zbyt ograniczony w stosunku do rodzaju zamówienia.

Zamawiający określił w sposób kategoryczny w SIWZ jak należy rozumieć postawione przez niego wymagania „kompleksowego utrzymania, pielęgnacji zieleni” (kompleksowe wykonanie prac w zakresie utrzymania i pielęgnacji (...) obejmujące koszenie, pielęgnację i nawożenie trawników, wycinkę i pielęgnację drzew, nasadzenia drzew, krzewów i kwiatów wraz z ich pielęgnacją, naprawę, montowanie i demontowanie koszy, ławek i urządzeń zabawowych, utrzymanie czystości na chodnikach, schodach i alejkach występujących na terenach zieleni, odśnieżanie i zwalczanie śliskości na chodnikach, schodach i alejkach w okresie zimy, utrzymanie fontanny oraz wykonanie prac dodatkowych obejmujących zakładanie trawników z siewu i rolki, koszenie trawników, wycinkę drzew, frezowanie pni drzew, demontowanie i montowanie koszy i ławek na terenach zieleni miejskiej nie objętej utrzymaniem stałym.)

Z powyższych danych wynika, iż Wykonawca nie spełnia warunku udziału w postępowaniu dotyczącym zdolności technicznej lub zawodowej.

Izba zważyła, co następuje:

Odwolanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący są uprawnieni do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

W myśl art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p., o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania. Zgodnie z ust. 1a, zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiając ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Po myśli ust. 1b pkt 3, warunki mogą dotyczyć zdolności technicznej lub zawodowej. Ze wskazanymi przepisami koreluje przepis § 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. poz. 1126), zgodnie z którym, w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może żądać wykazu dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Przepisy ustawy P.z.p. nie definiują pojęcia „warunki udziału w postępowaniu”. W następstwie zastosowania wykładni językowej należy stwierdzić, iż pod tym pojęciem należy rozumieć wszelkie okoliczności faktyczne lub prawne, od istnienia albo nieistnienia których uzależniona jest możliwość uczestniczenia wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a tym samym ubiegania się o przedmiotowe zamówienie. Warunek posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenie należy do tzw. „warunków pozytywnych” rozumianych jako kwalifikacja podmiotowa wykonawcy dająca gwarancję należytego wykonania zamówienia publicznego.

Rolę i znaczenie warunków udziału w postępowaniu potwierdza w swoim orzecznictwie wielokrotnie Krajowa Izba Odwoławcza. W uzasadnieniu do wyroku z dnia 19 maja 2011r. (sygn. akt KIO 978/11) Izba wskazała, że „(...) ustalenie warunków udziału w postępowaniu, w tym opisu oceny sposobu spełniania tych warunków jest jedną z najważniejszych czynności zamawiających, którzy zobowiązani są do określenia tych warunków w sposób dostatecznie jasny i precyzyjny, by zarówno wykonawcy zainteresowani udziałem w postępowaniu jak i sami zamawiający dokonując oceny spełniania tych warunków mogli ją przeprowadzić na zasadzie zerojedynkowej (inaczej określanej jako zasada „spełnia – nie spełnia”). W oczywisty sposób warunki udziału w postępowaniu ustalone przez zamawiających i wymagane przez nich dokumenty, wpływają na krąg wykonawców, który może się ubiegać o zamówienie – zawężając go w mniejszym lub większym stopniu, co jest dopuszczalne w granicach wyznaczonych wymaganie przepisu art.

22 ust. 4 wskazującego na konieczność powiązania i proporcjonalności opisu sposobu dokonania oceny spełniania tych warunków z przedmiotem zamówienia. Na zamawiających ciąży przy tym obowiązek zapewnienia by te warunki

podmiotowe pozwalają na wyłonienie wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia, nie naruszając przy tym zasady równego traktowania wykonawców czy zasady uczciwej konkurencji. Jednocześnie z uwagi na obowiązującą zasadę pisemności, opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, oraz dokumenty żądane w tym celu muszą zostać w sposób wyczerpujący, jasny i precyzyjny opisany przez zamawiających w dokumentach postępowania udostępnionych potencjalnym wykonawcom, gdyż z uwagi na zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, przy ich interpretowaniu należy stosować literalną wykładnię odpowiednich postanowień SIWZ lub ogłoszenia o zamówieniu, co zapobiega jakiegokolwiek uznaniowości zamawiających na etapie oceny ich spełniania przez wykonawców, którzy przystąpili już do udziału we wszczętym postępowaniu (...).

Istotą przedmiotowego sporu jest istniejąca pomiędzy stronami rozbieżność, w jakim stopniu zakres wykazywanych przez wykonawcę usług ma pokrywać się z przedmiotem zamówienia, aby móc stwierdzić, że dany wykonawca posiada wiedzę i doświadczenie umożliwiające mu wykonanie zamawianej usługi. Ustawodawca określił, iż zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolnością zatem – w celu rozstrzygnięcia sporu – należy dokonać wykładni wskazanych określeń.

Zasada proporcjonalności oznacza, że opisane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu muszą być uzasadnione wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem,

stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia. Nie powinny także ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię należytego jego wykonania. Jak podkreśla Izba w wyroku z dnia 8 marca 2013 roku (sygn. akt KIO 426/13), obowiązkiem zamawiającego przy kształtowaniu wymagań stawianych wykonawcom jest nie tylko odniesienie się do przedmiotu zamówienia, ale też ocena sytuacji rynkowej.

Na konieczność przestrzegania zasady proporcjonalności zwracał również uwagę Europejski Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z 23 grudnia 2009 r. w sprawie Serrantoni Srl i Consorzio stabile edili Srl przeciwko Comune di Milano (C-376/08), w którym wskazał, że przy określaniu, jacy wykonawcy nie mogą wziąć udziału w postępowaniu, niezbędne jest zachowanie zasady proporcjonalności, a więc ograniczania konkurencji gwarantowanej w Traktacie ustanawiającym Wspólnotę Europejską w stopniu jak najmniejszym i jedynie niezbędnym dla osiągnięcia celów. W wyroku z 27 października 2005 r. w sprawie Contse SA przeciwko Instituto Nacional de Gestion Sanitaria (C-234/03) orzekł, że naruszeniem Traktatu jest żądany przez zamawiającego wymóg doświadczenia, który powinni udowodnić wykonawcy, jeśli nie jest niezbędny dla oceny zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia.

Proporcjonalność warunków do przedmiotu zamówienia oznacza zatem, że mają one być adekwatne do osiągnięcia celu a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia.

Przechodząc na grunt przedmiotowego postępowania zważyć należy, iż przedmiotem zamówienia są usługi polegające na wykonaniu prac w zakresie utrzymania i pielęgnacji terenów zieleni miejskiej w Świeciu. wykonanie prac w zakresie utrzymania i pielęgnacji (...) obejmujące koszenie, pielęgnację i nawożenie trawników, wycinkę i pielęgnację drzew, nasadzenia drzew, krzewów i kwiatów wraz z ich pielęgnacją, naprawę, montowanie i demontowanie koszy, ławek i urządzeń zabawowych, utrzymanie czystości na chodnikach, schodach i alejkach występujących na terenach zieleni, odśnieżanie i zwalczanie śliskości na chodnikach, schodach i alejkach w okresie zimy, utrzymanie fontanny oraz wykonanie prac dodatkowych obejmujących zakładanie trawników z siewu i rolki, koszenie trawników, wycinkę drzew, frezowanie pni drzew, demontowanie i montowanie koszy i ławek na terenach zieleni miejskiej nie objętej utrzymaniem stałym.

Potwierdzeniem posiadania niezbędnej zdolności technicznej i zawodowej dla wykonania wskazanego wyżej przedmiotu zamówienia było spełnienie zawartego w pkt. 5.1.

2) b) a) s.i.w.z. wymogu o treści: „Wykonawca musi posiadać zdolność techniczną i zawodową w zakresie realizacji usług stanowiących przedmiot zamówienia tj. wykonuje lub wykonywał w okresie ostatnich trzech lat, przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli

okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie: dla II części zadania Marianki - Przechowo - 25 hektarów rocznie kompleksowego utrzymania, pielęgnacji terenów zieleni oraz wycinkę co najmniej 20 sztuk drzew rocznie, utrzymanie i konserwację fontanny w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie zadań o podobnym charakterze w zakresie utrzymania i pielęgnacji zieleni, potwierdzone dokumentami (np. referencjami) stwierdzającymi, że prace zostały wykonane należyście.

Podkreślenia wymaga, że zamawiający w opisie wskazanego wyżej warunku nie ustanowił wymogu wykazania się doświadczeniem tożsamym z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w s.i.w.z., lecz stwierdził, iż wykonawca musi wykazać się wykonaniem kompleksowego utrzymania, pielęgnacji terenów zieleni lub zadań o podobnym

charakterze w zakresie utrzymania i pielęgnacji zieleni. Wymóg wykazania się wykonaniem usług o tożsamym charakterze byłby zresztą niezgodny z zawartą w art. 22 ust. 1 ustawy

P.z.p. zasadą proporcjonalności obowiązującą przy ustalaniu warunków w zakresie zdolności technicznej i zawodowej. Zamawiający nie wskazał również, co należy rozumieć poprzez

„kompleksowe utrzymanie” oraz „zadania o podobnym charakterze”. W szczególności nie ustanowił wymogu, by sformułowanie „kompleksowe” obejmowało wszystkie czynności objęte opisem przedmiotu zamówienia, a nawet, gdyby przyjąć, iż – istotnie – wymóg

„kompleksowości” miałby odnosić się do całości przedmiotu zamówienia, został on przez zamawiającego złagodzony sformułowaniem „zadania o podobnym charakterze”

Niezasadnym jest zatem przyjęcie, iż tylko wykonywanie usług o tożsamym bądź bardzo zbliżonym zakresie świadczy o tym, że wykonawca posiada zdolność techniczną i zawodową odpowiednią do zrealizowania zadania. W ocenie Izby wykazane przez odwołujących usługi potwierdzają spełnianie warunku w zakresie zdolności technicznej i zawodowej dla tego konkretnego zamówienia. Zgodnie z informacjami przekazanymi w referencji wystawionej przez Urząd Miasta Płocka, przedmiot umowy zawartej z odwołującymi obejmuje bowiem:

- prace z zakresu utrzymania czystości i porządku oraz zimowego utrzymania chodników, przejść dla pieszych, ścieżek rowerowych i parkingów,

- prace konserwacyjne terenów zieleni, w tym m.in.: koszenie trawników, wygrabianie liści, cięcie i odchwaszczanie krzewów ozdobnych i żywopłotów, wykonywanie oprysków.

W ocenie Izby wskazany w referencji zakres prac konserwacyjnych terenów zieleni odpowiada co najmniej wymogowi wykonania zadań o podobnym charakterze w zakresie utrzymania i pielęgnacji zieleni.

W ocenie Izby odwołujący wykazali również, że spełniają warunek w zakresie wymaganej powierzchni. Sam zamawiający zresztą w odpowiedzi na odwołanie stwierdził, że odwołujący udowodnili, przedstawiając referencje, że usługa świadczona dla Gminy Miasta Płock jest wykonywana na powierzchni 62 ha, lecz – w jego ocenie – nie udowodnili, że na tym terenie wykonuje czynności związane z pielęgnacją i utrzymaniem terenów zieleni zgodnym z postawionym wymogiem przez zamawiającego. Jak wskazał zamawiający, powodem wykluczenia nie było niespełnienie kryterium powierzchni terenów zieleni, na których były wykonywane prace odwołujących, a wyłącznie fakt, że odwołujący nie posiadają kompetencji zawodowych w zakresie pielęgnacji roślin.

W ocenie Izby odwołujący wykazali, że spełniają wymóg dotyczący realizacji usług w wymiarze 25 hektarów rocznie. Z referencji wystawionych przez Urząd Miasta Płocka wynika, że umowa z odwołującymi została zawarta na okres od 01.12.2015 r. do 30.11.2017

r. Oznacza to, że w każdym z dwóch lat obowiązywania umowy odwołujący realizują przedmiot umowy na wymaganej powierzchni, tj. większej niż 25 ha. W ocenie Izby brak jest podstaw do uznania, że wskazany warunek należy tak interpretować, by wynikało z niego, że wykonawcy wykonywali usługi przynajmniej przez 1 rok przed terminem składania ofert. Interpretacja taka nie jest uzasadniona brzmieniem warunku. W ocenie Izby brzmienie warunku wskazuje na wymóg realizacji usług na powierzchni 25 ha na podstawie umowy zawartej przynajmniej na 1 rok. O ile zamawiającemu zależało na tym, by usługi były wykonywane nie krócej niż 1 rok przed terminem składania ofert, winien był tak warunek określić w sposób nie budzący wątpliwości.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego niewykazania przez odwołujących spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobą o wymaganym wykształceniu, Izba stwierdza, iż fakt ten nie stanowił podstawy wykluczenia odwołujących z postępowania o udzielenie zamówienia. Zamawiający okoliczność tę będzie musiał ustalić w ramach nakazanej przez Izbę ponownej oceny ofert.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy P.z.p., czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....