Sygn. akt: KIO 1193/13

WYROK

z dnia 4 czerwca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie dnia 4 czerwca 2013 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 maja 2013 r. przez wykonawcę **Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Spółka z o.o. w Jeleniej Górze, 58 – 560 Jelenia Góra, ul. Wolności 161/163** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Jelenia Góra, 58 – 500 Jelenia Góra, pl. Ratuszowy 58**

orzeka:

1. **Oddala odwołanie**.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Spółka z o.o. w Jeleniej Górze, 58 – 560 Jelenia Góra, ul. Wolności 161/163** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od wykonawcy **Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Spółka z o.o. w Jeleniej Górze, 58 – 560 Jelenia Góra, ul. Wolności 161/163** na rzecz **Miasta Jelenia Góra, 58 – 500 Jelenia Góra, pl. Ratuszowy 58** kwotę **4 367 zł 26 gr**: (słownie: cztery tysiące trzysta sześćdziesiąt siedem złotych dwadzieścia sześć groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania poniesionych z tytułu: kosztów dojazdu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we **Jeleniej Górze**.

Przewodniczący: ……

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Miasto Jelenia Góra, Plac Ratuszowy 58; 58-500 Jelenia Góra, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *„Utrzymanie Parku Zdrojowego w Jeleniej Górze w okresie od 1 czerwca 2013r. do 31 marca 2016r.”* na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 28 marca 2013 roku pod numerem 2013/S 062-104064.

Zamawiający dnia 13 maja 2013 roku poinformował wykonawców o wynikach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Dnia 21 maja 2013 roku wykonawca Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. w Jeleniej Górze, ul. Wolności 161/163; 58-560 Jelenia Góra (zwany dalej „*odwołujący*”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5 ustawy Prawo Zamówień Publicznych.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez P.P.U.H. „Ogród” K…… T……..-G……,
2) odrzucenia oferty złożonej przez P.P.U.H. „Ogród” K……. T……-G……..., jako że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz z uwagi na fakt, iż została złożona przez wykonawcę, który podlega wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia w związku ze złożeniem przez niego nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania oraz nie wykazaniem spełniania warunków udziału w postępowaniu,
3) dokonania czynności wyboru, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. w Jeleniej Górze.

Zamawiający dnia 20 maja 2013 roku przekazał kopię odwołania.

Dnia 22 maja 2013 roku do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca K…….. T……-G…….. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą P.P.U.H. „Ogród” K…… T……..-G……, ul. Daniłowskiego 1; 58-560 Jelenia Góra.

Zamawiający, dnia 3 czerwca 2013 roku (pismem z dnia 31 maja 2013 roku) złożył odpowiedź odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła dowód z dokumentów składających się na dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołujący wskazał, iż w toku postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający, pismem z dnia 13 maja 2013 roku, przekazał odwołującemu informację o wynikach prowadzonego postępowania. Zamawiający poinformował odwołującego, że dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, złożonej przez wykonawcę K…….. T…….. – G…… prowadząca działalność gospodarczą pod firmą P.P.U.H. „Ogród" K…… T……. – G……., ul. Daniłowskiego 1; 58-560 Jelenia Góra.

Zgodnie z punktem 9.1.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia *„wykonawca musi wykazać, że w okresie ostatnich 3 lat (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie) przed upływem terminu składania ofert ukończył lub realizuje z należytą starannością co najmniej jedno zamówienie polegające na bieżącym utrzymaniu parku lub terenów zielonych o powierzchni minimum 1 ha"*. Na potwierdzenie spełnienia powyższego warunku wykonawca zobowiązany był przedłożyć wykaz wykonanych usług oraz załączyć dowody czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Na potwierdzenie spełnienia powyższego warunku wykonawca P.P.U.H. „Ogród" przedłożył oświadczenie, z którego wynikało, że wykonał jedną wymaganą usługę polegającą na *„Rewitalizacji Parku Zdrojowego wraz z bieżącym utrzymaniem"*. Ponadto wykonawca przedłożył zaświadczenie

(potwierdzenie) z dnia 24 listopada 2011 roku, z Wojewódzkiego Urzędu Ochrony Zabytków we Wrocławiu - Delegatura w Jeleniej Górze potwierdzające, że na przestrzeni lat 2009 - 2010 wykonawca przeprowadzał prace związane z rewitalizacją parku przy Pałacu Dębowym w Karpnikach Zdrojowego oraz uczestniczył w latach 2010 – 2011 w rewitalizacji Parku Zdrojowego w Jeleniej Górze - Cieplicach. Wystawiający zaświadczenie potwierdził, że prace prowadzone były przy współdziałaniu z inspektorami ds. zabytkowej zieleni i nadzorze służb konserwatorskich, były pełnione z należytą starannością i zaangażowaniem oraz z dbałością o dobro zabytkowych parków, a P.P.U.H. „Ogród" wykazało się wysokim profesjonalizmem zawodowym.

Odwołujący podkreślił, iż przedmiotem zamówienia nie była rewitalizacja parku, ale jego utrzymanie. Zgodnie z punktem 4.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, pod pojęciem przedmiotu zamówienia rozumie się w szczególności:

1. Wszelkie prace ogrodnicze związane z utrzymaniem i pielęgnacją zieleni parkowej oraz wykonanie nasadzeń roślin sezonowych na parterach kwiatowych.
2. Prace pielęgnacyjne związane z prowadzeniem gospodarki drzewostanem.
3. Prace związane z utrzymaniem czystości dróg i alejek parkowych.
4. Wszelkie prace porządkowe związane z utrzymaniem czystości w parku.
5. Prace związane z utrzymaniem układu wodnego.
6. Prowadzenie obsługi i konserwacji urządzeń parkowych i infrastruktury towarzyszącej, tj. toalety samooczyszczającej, fontann, oświetlenia parkowego, systemu nawadniania, ogrodzenia parkowego oraz elementów małej architektury.
7. Zabezpieczenia parku przed kradzieżami i wandalizmem.

Odwołujący podniósł, że zamówienie, na które powołuje się wykonawca P.P.U.H. „Ogród" nie obejmowało w swym zakresie bieżącego utrzymania parku, lecz wyłącznie jego rewitalizację. Co warte podkreślenia zamawiającym w owym postępowaniu był również obecny zamawiający i jak się wydaje powinien znać zakres zamówionych przez siebie usług.

W ocenie odwołującego, wykonawca P.P.U.H. „Ogród" nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, ponieważ nie dysponuje wymaganym przez zamawiającego doświadczeniem w zakresie utrzymania parków i terenów zielonych. Ponadto wykonawca P.P.U.H. „Ogród" złożył w przedmiotowym postępowaniu oświadczenie z dnia 9 maja 2013r., zgodnie, z którym generalny wykonawca „Rewitalizacji Parku Zdrojowego" firma ANTI S.A. nie istnieje i *„nie jest w stanie uzyskać poświadczenia należytego wykonania zamówienia od tego podmiotu"*. Jednocześnie wykonawca, z tych właśnie względów „prosi" o uwzględnienie spełnienia warunku określonego w pkt 9.1.2 s.i.w.z.

Zdaniem odwołującego oświadczenie to jest całkowicie nieprawdziwe, ponieważ firma ANTI S.A. istnieje. Wprawdzie firma ta zmieniła nazwę i siedzibę lecz nadal pozostaje tą samą osobą prawną, z tym samym numerem KRS, REGON i NIP, którą była podczas wykonywania zamówienia, o którym mowa w przedmiotowym oświadczeniu. Obecnie firma ta nazywa się „Green Eco Technology" S.A. z siedzibą w Warszawie, a w danych Centralnej Informacji Krajowego Rejestru Sądowego brak jest

jakichkolwiek wzmianek o likwidacji spółki (na dowód powyższego odwołujący przedłożył wypis z Krajowego Rejestru Sądowego).

Odwołujący wskazał, iż poza oczywistą nieprawdziwością tego oświadczenia zauważyć należy, że zostało ono złożone w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu, dlatego też uznać należy, iż miało ono wpływ na wynik postępowania.

Podsumowując odwołujący stwierdził, że P.P.U.H. „Ogród" winien zostać wykluczony z postępowania, ponieważ podał nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania, a ponadto nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a jednocześnie oferta, z tych samych względów, winna zostać odrzucona.

Zamawiający wskazał, iż opisany w punkcie 9.1.2 s.i.w.z. warunek udziału w postępowaniu sprowadzał się do obowiązku wykazania ukończenia lub realizacji z należytą starannością, co najmniej jednego zamówienia polegającego na bieżącym utrzymaniu parku lub terenów zielonych o pow. min. 1 ha. W specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie określono, nie zdefiniowano użytych zapisów: „bieżące utrzymanie", „park", „teren zielony". Zatem pojęcia te winny być interpretowane jak najbardziej szeroko.

W powyższym zakresie Izba podziela stanowisko zamawiającego.

Izba nie podzieliła argumentacji zamawiającego, który stwierdził, iż w jego ocenie realizacja wykazana przez P.P.U.H. „Ogród" K…….. T…….. –G…….. dotycząca parku przy Pałacu Dębowym w Karpnikach winna być uznana. Zamawiający wskazał, iż pałac otoczony jest 12 hektarowym parkiem, co jest rzeczą powszechnie znaną, a zakres prac odpowiada warunkowi udziału w postępowaniu. Powyższe stanowisko Izby wynika wprost z faktu, iż wykonawca P.P.U.H. „Ogród" K…….. T…….-G…….. nie wskazał wykonania tej usługi w wykazie wykonanych usług z dnia 6 maja 2013 roku – załącznik do oferty. Skoro zatem wykonawca ten, nie zgłosił wykonania tej usługi (rewitalizacja parku przy Pałacu Dębowym w Karpnikach), jako potwierdzającej spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, to niemożliwym jest uznanie jej za potwierdzenie spełnienie warunku udziału w postępowaniu na podstawie samej tylko referencji. Izba zwraca uwagę, że dokumentem potwierdzającym spełnienie warunku udziału w postępowaniu jest wykaz sporządzony przez wykonawcę, natomiast referencje służą jedynie potwierdzeniu należytego ich wykonania.

Tym samym Izba oceniła jedynie doświadczenie polegające na rewitalizacji Parku Zdrojowego w Cieplicach.

Izba podziela stanowisko zamawiającego, dotyczące interpretacji warunku udziału w postępowaniu. Zdaniem Izby rewitalizacja (łac. *re+vita* - dosłownie: przywrócenie do życia, ożywienie), w odniesieniu do parków i terenów zielonych jest pojęciem szerokim, które swoim zakresem obejmuje również bieżące utrzymanie. Nasadzanie i pielęgnacja roślin są procesami rozciągniętymi w czasie. Nasadzenia roślinne od czasu ich posadzenia do czasu osiągnięcia wymaganej trwałości w wegetacji muszą być na bieżąco utrzymywane.

Z referencji wystawionej przez WKZ wynika, że prace rewitalizacyjne dotyczące tego obszaru trwały w latach 2010-2011, co potwierdza powyższą interpretację.

Zadaniem Izby wykonawca P.P.U.H. „Ogród" K……. T…….-G……. wykazując się realizacją dotyczącą Parku Zdrojowego w Cieplicach, spełnił warunki udziału w postępowaniu, opisane przez zamawiającego w punkcie 9.1.2 s.i.w.z. i została udokumentowana stosowanie do wymagań s.i.w.z.

Zamawiający *z* urzędu stwierdził, że była to inwestycja prowadzona przez Miasto Jelenia Góra o nazwie „Uatrakcyjnienie turystyczne Uzdrowiska Cieplice poprzez rewitalizację Parków Zdrojowych - etap I Rewitalizacja Parku Zdrojowego". Wykonawcą tego zadania był podmiot o nazwie ANTI Spółka Akcyjna z/s przy ul, Chabrowej 10, 52-255 Wysoka.

ANTI S.A. powierzyła określony we wskazanej umowie zakres czynności, stanowiących przedmiot zamówienia, zatwierdzonemu przez zamawiającego (Miasto Jelenia Góra) podwykonawcy o nazwie P.P.U.H. „Ogród" K…… T…….-G…….. z/s w Jeleniej Górze.

Powyższą okoliczność potwierdza dowód - kopia umowy nr 130/CIEPLICE/ZLN/2010 z dnia 13 października 2010 r. (w aktach sprawy).

Zamówienie pn. „Uatrakcyjnienie turystyczne Uzdrowiska Cieplice poprzez rewitalizację Parków Zdrojowych - etap i Rewitalizacja Parku Zdrojowego" zostało wykonane należycie, co potwierdza dowód – Protokół odbioru końcowego robót z dnia 30 listopada 2011 roku (w aktach sprawy).

W ramach umowy podwykonawstwa P.P.U.H. „Ogród" K…… T……..-G…… wykonywał między innymi: rekultywację terenu, założenie trawników, nasadzenia drzew, krzewów, roślin, czynności pielęgnacyjne zieleni oraz inne czynności pielęgnacyjne, między innymi czyszczenie terenu z resztek budowlanych i śmieci wraz z utylizacją itp. w okresie od podpisania umowy, tj. od dnia 14 października 2010 roku do 10 września 2011 roku.

Wobec braku skonkretyzowania w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co mieści się w pojęciu „utrzymanie", mając na względzie ugruntowaną linię orzeczniczą Krajowej Izby Odwoławczej wskazującą, iż nie sposób wątpliwości tłumaczyć na niekorzyść wykonawcy, zamawiający, w ocenie Izby prawidłowo ocenił ww. fakty i odniósł je do warunku określonego w pkt. 9.1.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zdaniem Izby, zamawiający prawidłowo uznał warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia za spełniony, gdyż wykonawca P.P.U.H. „Ogród" K……. T……..-G…… wykonywał m.in. czynności: nasadzenia roślin, prowadził czynności pielęgnacji i utrzymania zieleni, rewitalizował park w sposób długotrwały.

W ocenie Izby zamawiający prawidłowo zastosował nowy przepis § 1 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. 2013 poz. 231), który dopuszcza oświadczenie wykonawcy, zastępujące stosowne poświadczenie (referencje), jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać stosownego poświadczenia na okoliczność należytego wykonania zamówienia.

W przedmiotowym postępowaniu Izba stwierdziła, że znajduje swoje zastosowanie wskazany wyżej przepis. Izba uznała za uzasadnioną przyczynę o obiektywnym charakterze okoliczność, iż spółka ANTI S.A. nie figuruje obecnie w KRS - dowód nr 4 - informacja o wykreśleniu tego podmiotu z KRS (załącznik do odpowiedzi na odwołanie), spółka ANTI S.A. od około roku czasu nie jest przedsiębiorcą czynnym w swojej siedzibie, nie odbiera również korespondencji w jakiejkolwiek formie - dowód nr 5 - korespondencja e-mail kierowana do ANTI S.A. przez Miasto Jelenia Góra w innych sprawach w dniach 04.09.2012, 05.10.2012, 14.01.2013, 05.02.2013 r. (załączniki do odpowiedzi na odwołanie).

Tym samym oświadczenie wykonawcy P.P.U.H. „Ogród" K…….. T……..-G…….. o braku możliwości uzyskania stosownego poświadczenia należytego wykonania zamówienia znajduje swoje uzasadnienie.

Niezależnie od powyższego Izba stwierdziła, iż w niniejszej sprawie, w zakresie dowodzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu w pełni znajduje zastosowanie przepis § 1 ust. 3 ww. rozporządzenia. Przepis ten stanowi, że w przypadku, gdy zamawiający jest podmiotem na rzecz którego roboty budowlane, dostawy lub usługi wskazane w wykazie, o którym mowa w ust. 1 pkt 2 lub 3, zostały wcześniej wykonane, wykonawca nie ma obowiązku przedkładania dowodów, o których mowa w ust. 2.

W przedmiotowej sprawie bezsporne jest to, że zamawiający był podmiotem na rzecz, którego były świadczone usługi dotyczące Parku Zdrojowego w Cieplicach wykonane przez P.P.U.H. „Ogród" K…… T……..-G……. w ramach umowy zawartej z ANTI S.A.

Izba stwierdziła, że swoim zakresem obejmowały one bieżące utrzymanie parku i były wykonane należycie. Okoliczność ta wynika wprost ze złożonych dowodów.

Zatem, gdyby nawet wykonawca P.P.U.H. „Ogród" K…….. T……-G…….. na potwierdzenie spełniania warunku progowego nie złożył żadnego dokumentu, zastosowanie miałby wskazany przepis, co eliminuje możliwość wykluczenia go z udziału w postępowaniu z przyczyn wskazanych w odwołaniu i w konsekwencji odrzucenia jego oferty.

Rekapitulując Izba nie stwierdziła naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp, gdyż ze złożonych dowodów i oświadczeń bezsprzecznie wynika okoliczność potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Wykonawca P.P.U.H. „Ogród" K…… T……-G…….. nie posłużył się informacjami nieprawdziwymi, które miały lub mogły mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Fakt, iż wykonawca P.P.U.H. „Ogród" K……. T……..-G…….. nie był w stanie uzyskać wymaganych dowodów na okoliczność prawidłowego wykonania zamówienia, którym się legitymuje, w okolicznościach przedmiotowej sprawy nie może stanowić zarzutu z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Istotnym bowiem jest fakt, iż zamawiający dochowując należytej staranności, przy zastosowaniu przepisów nowego rozporządzenia, był w stanie ustalić faktyczne okoliczności sprawy

w sposób możliwie obiektywny, bez uszczerbku dla którejkolwiek ze stron, pozwalające na prawidłową ocenę sytuacji podmiotowej wykonawcy.

W związku ze stanowiskiem odwołującego, przedstawionym na rozprawie, iż treść oferty wykonawcy P.P.U.H. „Ogród" K……. T……-G……. nie jest sprzeczna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Izba uznała zarzut dotyczący naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp – za niezasadny.

Za niezasadny Izba uznała również zarzut dotyczący naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp wskazując, że przepis powyższy dotyczy sytuacji wykonawcy w postępowaniu dwuetapowym, gdzie na pierwszym etapie oceniana jest zdolność podmiotowa wykonawcy. W konsekwencji wykluczenia wykonawcy z postępowania, czy też niezaproszenia wykonawcy do złożenia oferty (np. w sytuacji uzyskania niewystarczającej punktacji w prekwalifikacji), zamawiający obowiązany jest odrzucić ofertę złożoną przez takiego wykonawcę. W przedmiotowym postępowaniu przepis powyższy nie znajduje zastosowania.

Tym samym orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. 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 (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący: ……