

Sygn. akt: KIO 112/23

WYROK
z dnia 30 stycznia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 stycznia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 stycznia 2022 r. przez Wykonawcę **artGarden W. L., A. L. sp. j. (ul. Storczykowa 4B/5, 87-100 Toruń)** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Gmina Miasta Toruń (ul. Wały Gen. Sikorskiego 8, 87-100 Toruń)**

orzeka:

- 1) umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów dotyczących naruszenia przepisów ustawy w odniesieniu do sektora 9 i 10 (na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych)
- 2) oddala odwołanie w pozostałym zakresie, tj. w zakresie zarzutów dotyczących naruszenia ustawy w odniesieniu do sektora 8
- 3) kosztami postępowania obciąża Odwołującego **artGarden W. L., A. L. sp. j. (ul. Storczykowa 4B/5, 87-100 Toruń)** i
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego **artGarden W. L., A. L. sp. j. (ul. Storczykowa 4B/5, 87-100 Toruń)** tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego **Gmina Miasta Toruń (ul. Wały Gen. Sikorskiego 8, 87-100 Toruń)** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
 - 3.2. zasądza od Odwołującego **artGarden W. L., A. L. sp. j. (ul. Storczykowa 4B/5, 87-100 Toruń)** na rzecz Zamawiającego **Gmina Miasta Toruń (ul. Wały Gen. Sikorskiego 8, 87-100 Toruń)** kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego **Gmina Miasta Toruń (ul. Wały Gen. Sikorskiego 8, 87-100 Toruń)** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie

14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający Gmina Miasta Toruń prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie zadania pn.: „Kompleksowe utrzymanie terenów zieleni miejskiej” z podziałem na 11 sektorów (części).

Odwolujący artGarden W. L., A. L. sp. j., wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

w zakresie sektora 8:

- art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy PZP poprzez jego niezastosowanie polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty Wykonawcy - TAXLAS J. N. s.j. z siedzibą w Toruniu, pomimo iż nie spełniał on warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia;
- art. 226 ust. 1 pkt 2 iit. c) ustawy PZP poprzez jego niezastosowanie polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty Wykonawcy - TAXLAS J. N. s.j. z siedzibą w Toruniu, pomimo iż Wykonawca nie złożył środków dowodowych, potwierdzających spełnienie przez niego warunków udziału w przetargu;
- art. 239 ust. 1 ustawy PZP poprzez jego błędną wykładnię i zastosowanie, polegające na wyborze oferty Wykonawcy- TAXLAS J. N. s.j. z siedzibą w Toruniu, która to oferta winna zostać odrzucona;

w zakresie sektora 9:

1. art. 224 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP poprzez jego niezastosowanie, polegające na braku wystosowania żądania przez Zamawiającego od Wykonawcy - Firmy Handlowo Usługowej J. D. J. wyjaśnień w zakresie wyliczenia kosztu, mimo iż przedstawiona przez Wykonawcę kwota była rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, co spowodowało brak odrzucenia oferty tego Wykonawcy;
2. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy PZP poprzez jego niezastosowanie polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty Wykonawcy - Firma Handlowo Usługowa J. D. J., pomimo iż nie spełniał on warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia;
3. art. 239 ust. 1 ustawy PZP poprzez jego błędną wykładnię i zastosowanie, polegające na wyborze oferty Wykonawcy- Firma Handlowo Usługowa J. D. J., która to oferta winna zostać odrzucona;

w zakresie sektora 10:

1. art. 224 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP poprzez jego niezastosowanie, polegające na braku wystosowania żądania przez Zamawiającego od Wykonawcy - Firmy Handlowo Usługowej J. D. J. wyjaśnień w zakresie wyliczenia kosztu, mimo iż przedstawiona przez Wykonawcę kwota była rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, co spowodowało brak odrzucenia oferty tego Wykonawcy;
2. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy PZP poprzez jego niezastosowanie polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty Wykonawcy - Firma Handlowo Usługowa J. D. J., pomimo iż nie spełniał on warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia;
3. art. 239 ust. 1 ustawy PZP poprzez jego błędną wykładnię i zastosowanie, polegające na wyborze oferty Wykonawcy- Firma Handlowo Usługowa J. D. J., która to oferta winna zostać odrzucona.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie sektorów 8, 9, 10;
2. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności, składających się na proces wyboru oferty najkorzystniejszej w sektorach 8, 9, 10;
3. nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Wykonawcy - Firma Handlowo Usługowa J. D. J. w zakresie sektora 9 i 10;
4. nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Wykonawcy - TAXLAS J. N. s.j. z siedzibą w Toruniu w zakresie sektora 8;
5. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującej kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Zgodnie z punktem 12 SWZ, warunkiem udziału w postępowaniu było wykazanie przez Wykonawcę, iż w ciągu ostatnich trzech lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie co najmniej jedną usługę kompleksowego utrzymania zieleni o wartości minimum 150.000 zł (dla sektorów 8, 9, 10). Dodatkowo w zakresie sektora 8 Wykonawca winien wykazać, iż prace ujęte w wykazie były zrealizowane na terenach obejmujących obiekty wpisane do rejestru zabytków.

Zgodnie ze szczegółowym opisem sektorów, do prac wykonywanych w sektorze 8 zaliczyć można m.in. koszenie trawników, pielęgnacja krzewów, bylin, traw oraz drzew, bieżące oczyszczanie terenów zieleni. Ponadto wskazano, iż osoby kierujące pracami w tym sektorze muszą wykazać się posiadaniem niezbędnych kwalifikacji do wykonania zamówienia na terenie objętym ochroną konserwatora zabytków, zgodnie z ustawą z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami. (Dz.U.2021.710 t.j. z dnia 2021.04.16, art. 37b).

W zakresie sektora 8 wybrana została oferta Wykonawcy - TAXLAS J. N. s.j. z siedzibą w Toruniu, natomiast w zakresie sektorów 9 i 10 wybrano ofertę Wykonawcy - Firmy Handlowo Usługowej J. D. J. .

1. Wybór oferty w zakresie sektora 8.

W wykazie usług wykonanych w okresie ostatnich 3 lat (załącznik nr 7 do SWZ) Wykonawca (TAXLAS J. N. s.j.) wskazał, iż wykonywał prace na rzecz Urzędu Miasta Torunia w sektorze XI od dnia 1 stycznia 2022 r. do 31 grudnia 2022 r. na podstawie umowy nr I/XI/22. Wykonawca podał przy tym, iż teren ten obejmuje obiekty wpisane do rejestrów zabytków. Na potwierdzenie doświadczenia Wykonawca wykazał także, iż wykonywał usługi na rzecz 12 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Toruniu na terenie kompleksów wojskowych. Zgodnie z deklaracją Wykonawcy, teren ten także obejmuje obiekty wpisane do rejestru zabytków.

Odwołujący wyjaśnił, że sektor 11. posiada powierzchnię wynoszącą 582,46 ha. Na terytorium tym do rejestru zabytków wpisane są głównie budynki, jak np. Zespół zabytków UMK przy ul. Gagarina, fortyfikacje w lasach (fort VI, VII, VIII), kościół oraz cmentarz Barbarka. Na Cmentarzu Komunalnym przy ul. Grudziądzkiej do rejestru zabytków nie jest wpisana żadna zieleń, a jedynie kilka nagrobków. Zieleń zaś jest wpisana do rejestru zabytków jedynie na terytorium Zespołu wodociągów Stare Bielany, a także Zespołu dworsko - parkowego Biały Dwór przy ul. Grunwaldzkiej. Co do pierwszego Zespołu, zieleń zabytkowa jest ogrodzonym terenem, który obsługuje przedsiębiorstwo wodociągowe, wobec czego Wykonawca nie prowadzi tam bieżącego utrzymania zieleni. Co więcej, bieżącą konserwację zieleni w zakresie zabytków prowadzą pracownicy Wodociągów, zaś jakiegokolwiek prace dot. konserwacji drzew odbywają się pod nadzorem konserwatora, po wcześniejszym przeprowadzeniu przetargu bądź zapytania ofertowego, ogłoszonego przez Wodociągi.

Natomiast Zespół Dworsko-Parkowy Biały Dwór przy ul. Grunwaldzkiej podzielony jest na dwie części. Jedną częścią zarządza Fundacja Światło, zaś prace na tym obszarze wykonują pracownicy w/w Fundacji we własnym zakresie. Drugą częścią parku opiekuje się i zarządza Hospicjum im. Jana Pawła II, również korzystając z pracowników, zatrudnionych przez w/w Placówkę. Należy wobec tego zauważyć, iż Wykonawca na powyższym obszarze nie wykonywał jakiegokolwiek prac.

Jak wskazał Odwołujący, Wykonawca nie mógł zdobyć doświadczenia na obszarze sektora 11 w zakresie utrzymania i pielęgnacji terenów zieleni, wpisanych do rejestru zabytków. Wykonawca nie przedstawił jakiegokolwiek referencji, wydanych przez Urząd Miasta Torunia w tym zakresie.

Jak zauważył Odwołujący referencje wydane przez 12 Wojskowy Oddział Gospodarczy nie zawierają wskazania, aby Wykonawca wykonywał prace na terenie, obejmującym obiekty wpisane do rejestru zabytków. W referencjach wskazano natomiast, iż umowa została zrealizowana od dnia 1 stycznia 2017 r. do dnia 31 grudnia 2019 r., zaś w załączniku nr 7 Wykonawca podał, iż umowa ta będzie realizowana do 31 grudnia 2023 r. Powyższe nieścisłości nie zostały przez Zamawiającego w żaden sposób wyjaśnione.

Zgodnie z punktem 14.3.1. SWZ, w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy (załącznik nr 7 do SWZ). Wykonawca w załączniku nr 7 wskazał, że w dniu zgłoszenia do przetargu wykonywał prace dla UMT oraz 12 Wojskowego Oddziału Gospodarczego. Pomimo takiego obowiązku, Wykonawca przedstawił referencje wydane w 2019 r.

Odwołujący zwrócił uwagę na treść szczegółowego opisu sektorów, w którym przytoczono art. 37b ustawy z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami. Przepis ten zawiera regulacje, dotyczące osób, które są uprawnione do kierowania pracami przy zabytkach, będących parkami. Zdaniem Odwołującego wolą Zamawiającego był wybór Wykonawcy, który posiada doświadczenie nie tyle w pracy przy jakimkolwiek zabytku, lecz przy zabytkach, będących parkami albo innego rodzaju zorganizowaną zielenią. Ponadto sam zakres wykonywanych prac wskazuje jednoznacznie, iż Wykonawca winien posiadać doświadczenie w pracy na terenie obejmującym zieleni, wpisaną do rejestru zabytków.

W konsekwencji Odwołujący stwierdził, że Wykonawca nie spełnił warunków SWZ i nie udowodnił, że posiada doświadczenie w wykonywaniu prac na terytorium, obejmującym obiekty zabytkowe w postaci parków, ogrodów lub innych form zaprojektowanej zieleni, wobec czego jego oferta podlegała odrzuceniu. Wykonawca ten nie spełnił również warunków formalnych, przedkładając referencje sprzed 3 lat, mimo punktu 14.3.1. SWZ.

2. Wybór oferty w zakresie sektora 9 i 10.

Firma Handlowo Usługowa J. D. J. złożyła dwie oferty - w zakresie sektora 9 i sektora 10. Cena brutto za wykonanie usługi w sektorze 9. miała wynosić 202.000 zł, a więc o 83 tysięcy poniżej przeznaczanej przez Zamawiającego kwoty na sfinansowanie zamówienia, zaś cena brutto za wykonanie usługi w sektorze 10. miała wynosić 210.000 zł, tj. 73 tysięcy poniżej

przeznaczonej przez Zamawiającego kwoty na sfinansowanie zamówienia. Jak wskazał Odwołujący, podane ceny są niższe o ponad 30 procent od wartości zamówienia i zdecydowanie odbiegają od cen, zaproponowanych przez pozostałych Wykonawców.

Jak wskazał Odwołujący, w zakresie sektora 10 Wykonawca zadeklarował, iż posiada 5 pracowników. Zakładając, że pracownicy Wykonawcy otrzymują wynagrodzenie w wysokości minimalnej krajowej, roczny koszt dla pracodawcy, związany z ich zatrudnieniem wynosi ok. 252.370,00 zł. Zadeklarowane kwoty nie pokrywają zatem nawet minimalnego wynagrodzenia pracowników. Poza wynagrodzeniem dla pracowników, Wykonawca ponosi także inne koszty, związane z usługą, takie jak koszt obsługi placów zabaw, wybiegów i siłowni w sektorach 9 i 10.

Dalej Odwołujący wskazał, że minimalny koszt obsługi sektora 9 w w/w zakresie przy minimalnym założeniu wynosi 59.400 zł netto/rok. Przy obliczeniach założono, iż za obsługę tych terenów odpowiedzialnych będzie 2 pracowników, którzy będą wykonywać pracę przez 4 godziny dziennie. Biorąc pod uwagę ilość punktów do obsługi (16), a także koszt transportu samochodowego (ok. 445 zł netto) oraz opłatę za wysypisko (50 zł) dzienny koszt usługi wynosi 495 zł. Powyższe obliczenia w sposób jasny pokazują, iż cena wskazana przez tego Wykonawcę była rażąco zaniżona.

Odwołujący zauważył, że Wykonawca biorąc udział w tożsamym przetargu w roku 2021 za ten sam sektor zadeklarował kwotę 201.600,00 zł, czyli kwotę zbliżoną do zaoferowanej w przedmiotowym przetargu. W przedmiotowym przetargu zwiększono obszar prac, bowiem do sektora 9 dołączono obszar sektora 14, zatem jest to wzrost obowiązków o 4,55 ha, 2.509 sztuk drzew, 12.780 sztuk krzewów, 2.161 sztuk bylin oraz 16 placów zabaw. Pomimo rosnącej inflacji, wzrostu płac, a także znacznego zwiększenia zakresu obowiązków, cena pozostała praktycznie taka sama.

W zakresie sektora 10 Odwołujący wskazał, że koszt powinien wynieść minimalnie 73.392 zł netto/rok, biorąc pod uwagę ilość punktów do obsługi (19), a także koszt transportu samochodowego (ok. 556,60 zł netto) oraz opłatę za wysypisko (55 zł) dzienny koszt usługi wynosi 611,60 zł. Zdaniem Odwołującego cena wskazana przez Wykonawcę była rażąco zaniżona. Wykonawca biorąc udział w tożsamym przetargu w roku 2021 za ten sam sektor zadeklarował kwotę 244.200,00 zł, czyli kwotę zdecydowanie wyższą od zaoferowanej w przedmiotowym przetargu. Mimo zwiększonego obszaru prac objętych ofertą, rosnącej inflacji oraz wzrostu płac, Wykonawca w przedmiotowym przetargu wskazał kwotę o ponad 30 tysięcy mniejszą, co może sugerować, iż specjalnie zaniżył on cenę, celem wygrania przetargu.

Odwołujący wskazał także, że do zgłoszenia przetargowego Wykonawca dołączył referencje, wydane przez Wydział Środowiska i Ekologii Urzędu Miasta Torunia, zgodnie z którymi Wykonawca ten wykonał w 2021 r. usługę dotyczącą zagospodarowania terenów zieleni w postaci realizacji zadania pn. "Kwiatne łąki" poprzez dokonanie założenia łąk kwiatnych w Toruniu. Organ ten stwierdził, iż usługa ta została wykonana w sposób prawidłowy, zaś jakość usług określił jako wysoką.

Jak wskazał Odwołujący, realizacja w/w zadania polegała na zaoraniu trawników, posianiu nowych roślin oraz skoszeniu trawy na koniec sezonu. Usługa ta polegała więc na zagospodarowaniu terenów zieleni, nie kompleksowym utrzymaniu zieleni. Z wymienionych czynności, jedynie koszenie traw zalicza się do prac konserwacyjnych, zaś reszta ma charakter inwestycyjny. Wobec powyższego, w opinii Odwołującego należy uznać, że Wykonawca nie spełnił warunku posiadania doświadczenia w zakresie kompleksowego utrzymania zieleni.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów dotyczących sektora IX i X podlegało umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 568 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba umarza postępowanie odwoławcze w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne.

Zamawiający wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, w odniesieniu do zarzutów dotyczących sektora IX i X. Wyjaśnił, że dostrzegł błąd popełniony przy ocenie i wyborze Wykonawcy 2, polegający na zaniechaniu wezwania Wykonawcy 2 do przedłożenia wymaganej w warunkach postępowania (pkt 14.3.2. SWZ) informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 108 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, dotyczącej orzeczenia zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne tytułem środka karnego - sporządzonej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed jej złożeniem. Wobec tego Zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty Wykonawcy D. J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą FHU D. J. w częściach obejmujących sektory IX i X, wezwał tego Wykonawcę do przedłożenia ww. informacji, wyznaczając 5-dniowy termin do jej przedstawienia. Zamawiający złożył dowód w postaci Zawiadomienia o unieważnieniu czynności oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty oraz o powtórzeniu

czynności badania i oceny ofert, potwierdzenia unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, wezwania z dnia 20 stycznia 2023 r.

Również Odwołujący w treści pisma procesowego wskazał, że: „Zgodzić się należy z treścią odpowiedzi na odwołanie, złożona przez Gminę Miasta Torunia, iż brak substratu zaskarżenia prowadzi do sytuacji, w której Izba na jutrzejszej rozprawie będzie zmuszona umorzyć postępowanie w zakresie części 9 i 10.” Powyższe oznacza, że sam fakt braku substratu zaskarżenia i konieczność umorzenia postępowania w niniejszej sytuacji nie jest sporny dla obu stron postępowania.

Uchylenie przez Zamawiającego czynności (w postaci badania, oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie sektora IX i X) będących przedmiotem zaskarżenia skutkuje koniecznością umorzenia postępowania. W dniu rozpoznania odwołania nie istniała czynność, wobec której zostało wniesione odwołanie. W konsekwencji, w dniu orzekania przez Izbę nie istniał substrat odwołania, będący podstawą korzystania ze środków ochrony prawnej przez Odwołującego. Zatem spór stał się bezprzedmiotowy. Aby Izba mogła rozpoznać wniesione odwołanie - powinno ono dotyczyć czynności Zamawiającego (art. 513 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych). Na chwilę wniesienia odwołania musi istnieć substrat zaskarżenia, będący podstawą dla wykonawcy do wniesienia środka ochrony prawnej. W niniejszej sprawie substratem zaskarżenia była czynność Zamawiającego polegająca na badaniu, ocenie i w konsekwencji wyborze najkorzystniejszej oferty Wykonawcy D. J., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowo Usługowa J. D. J. .

Wobec czynności podjętych przez Zamawiającego w postępowaniu Odwołujący będzie uprawniony skorzystać ze środków ochrony prawnej (także takich samych jak w niniejszym odwołaniu).

Zarzuty podniesione przez Odwołującego w zakresie sektora VIII podlegały oddaleniu.

W pkt. 12 SWZ Zamawiający określił dla wszystkich części zamówienia warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej, który w odniesieniu do sektorów VIII, IX i X stanowił, iż wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że w ciągu ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie co najmniej jedną usługę kompleksowego utrzymania zieleni o wartości minimum 150.000 złotych brutto. Dodatkowo w odniesieniu do sektorów VIII i IX, wykonawcy winni wykazać, że prace ujęte w wykazie były zrealizowane na terenach obejmujących obiekty wpisane do rejestru zabytków.

Odwołujący podniósł zarzut, zgodnie z którym Wykonawca TAXLAS J. N. sp. j. nie przedstawił referencji potwierdzających wykonywanie prac na rzecz Zamawiającego w zakresie sektora XI w latach ubiegłych.

Wykonawca TAXLAS J. N. sp. j. w wykazie usług wskazał, że wykonywał usługę realizowaną na rzecz Zamawiającego, tj. Gminy Miasta Toruń. Wskazał, że usługa dotyczyła kompleksowego utrzymania terenów zieleni, która była realizowana w okresie od 01.01.2022 r. do 31.12.2022 r.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wyjaśnił, że posiada dokumenty potwierdzające wykonanie tej usługi i posiada wiedzę co do tego, jak ta usługa była wykonywana. Jako dowód Zamawiający załączył do odpowiedzi na odwołanie: Wykaz usług przedłożony przez Wykonawcę Taxlas J. N. sp. j., umowę z dnia 31.12.2021 r. zawartą przez Zamawiającego z TAXLAS J. N. sp. j. w ramach postępowania nr 75/2021 na utrzymanie terenów zieleni miejskiej w 2022 r., protokół odbioru prac wykonanych na podstawie Umowy z dnia 31.12.2021 r., zawartej przez Zamawiającego z TAXLAS J. N. sp. j.

Z powyższych okoliczności wynika, że Wykonawca TAXLAS J. N. sp. j. realizował zamówienie na rzecz Zamawiającego. Zamawiający przedstawił jako dowód dokumenty, które potwierdzały ww. okoliczność.

Odwołujący nie kwestionował powyższych dokumentów.

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

Sama okoliczność, że Wykonawca nie złożył referencji w tym szczególnym przypadku, gdy prace były realizowane na rzecz tego samego Zamawiającego (który jest w posiadaniu tych dokumentów), nie może zostać uznana za naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy. Z powyżej przytoczonego artykułu wynika, że w przypadku, gdy oferta została złożona w przetargu organizowanym przez zamawiającego, dla którego składający ofertę realizował uprzednio zamówienie, sam brak złożenia referencji potwierdzających posiadane doświadczenie nie stanowi naruszenia przepisów ustawy.

Zamawiający wymagał, aby wykonawcy przystępujący do postępowania wykazali, że w okresie 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali co najmniej jedną usługę kompleksowego utrzymania zieleni o wartości minimum 150.000,00 złotych brutto, a dodatkowo w odniesieniu do sektorów VIII i IX wykonawcy wykazali, że prace ujęte w wykazie były zrealizowane na terenach obejmujących obiekty wpisane do rejestru zabytków.

Wykonawca TAXLAS J. N. sp. j. w wykazie usług wskazał, że wykonał na rzecz tego samego Zamawiającego w okresie od 01.01.2022 r. do 31.12.2022 r. usługi utrzymania i pielęgnacji terenów zielonych na obszarze obejmującym sektor XI - Lasy, Wrzosa.

Zamawiający wyjaśnił, że na podstawie tej informacji Zamawiający był w stanie ustalić i stwierdzić, że Wykonawca wykonał należycie usługi na terenie obejmującym obiekty wpisane do rejestru zabytków. Zamawiający wyjaśnił także że Wykonawca wykonywał usługi na terenie, który w umowie zawartej przez Wykonawcę TAXLAS J. N. sp. j. z Zamawiającym na 2022 r. obejmował m.in. Lasy komunalne objęte uproszczonym planem urządzania lasu o powierzchni 514,13 ha. Tereny te obejmują także m.in. następujące zabytki wpisane do rejestru zabytków:

- 1) historyczny układ urbanistyczny Bydgoskiego Przedmieścia i Rybaków w miejscowości Toruń w granicach opisanych w decyzji A/1534 i zaznaczonych w załączniku decyzji a obejmującym m.in. tereny leśnoparkowe Rudelka - 11,79 ha, Piekarskie Góry - 4,15 ha, tereny między ul. Mickiewicza a ul. Szosa Bydgoska -2,30 ha, tereny w Hali na Zieleńcu - 11,24 ha;
- 2) Fort I „Jan Sobieski” przy ul. Winnej 20 w Toruniu, obejmujący działki o nr 79/2, 79/5, 69/5, 69/9, 18/7, 26/1, 69/7, 69/8 w całości, oraz działek o nr 69/6, 19, 71 i 80, 79/8 - w części; zgodnie z decyzją A/1364 pow. 5,52 ha;
- 3) Fort kolejowy przy ul. Rudackiej 15-23 w Toruniu, decyzja A/287 pow. ok. 3,00 ha.

Jako dowód Zamawiający dołączył do odpowiedzi na odwołanie wykaz zabytków nieruchomości wpisanych do rejestru zabytków opublikowany na stronie Kujawsko-Pomorskiego Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków oraz decyzję: A/1596; A/1364; A/287. Zamawiający wskazał, że o tym, że prace wykonane przez Wykonawcę TAXLAS J. N. sp. j. w 2022 r. na podstawie umowy łączącej go z Zamawiającym były wykonywane na terenach obejmujących obiekty zabytkowe świadczy także zakres prac wskazany w opisie przedmiotu zamówienia wskazany w specyfikacji warunków zamówienia dla postępowania nr 75/2021, do której odsyła umowa z dnia 31.12.2021 r. W informacji dodatkowej do sektorów wskazano bowiem, że „część lasów komunalnych objęta jest wpisem do rejestru zabytków oraz znajdują się w nich obiekty wpisane do rejestru zabytków”.

W tym zakresie Zamawiający powołał się na umowę z dnia 31.12.2021 r., zawartą przez Zamawiającego z TAXLAS J. N. sp. j. w ramach postępowania nr 75/2021 na utrzymanie terenów zieleni miejskiej w 2022 r., SWZ dla postępowania nr 75/2021, Decyzję Kujawsko Pomorskiego Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków z dnia 25 lipca 2011 r. w sprawie wpisania do rejestru zabytków historycznego układu urbanistycznego Bydgoskiego Przedmieścia i Rybaków w miejscowości Toruń, Mapę historycznego układu.

Z treści odwołania, jak również ze stanowiska Odwołującego wyrażonego w trakcie rozprawy z udziałem stron wynika, że w opinii Odwołującego Zamawiający wymagał, aby cała wartość usług (wymagana w treści warunku, tj. 150 000 zł) obejmowała prace zrealizowane na terenach obejmujących obiekty wpisane do rejestru zabytków.

Zamawiający zaprzeczył, aby sformułował warunek udziału w postępowaniu w taki sposób, jak na to wskazywał Odwołujący. Wyjaśnił, że jego zamierzeniem i interpretacją treści warunku było, aby usługi obejmowały realizację prac wykonanych na jakimkolwiek obszarze obejmującym obiekty wpisane do rejestru zabytków, niezależnie od wartości zakresu realizowanej usługi. Zamawiający swoje stanowisko uzasadnił tym, że tylko taki warunek jest proporcjonalny do usługi objętej przedmiotem zamówienia.

W ocenie Izby, nie sposób przyznać racji Odwołującemu.

Jak wskazano powyżej, Zamawiający wymagał, aby wykonawcy przystępujący do postępowania wykazali, że w okresie 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali co najmniej jedną usługę kompleksowego utrzymania zieleni o wartości minimum 150.000,00 złotych brutto.

Nie było sporne pomiędzy stronami, że Wykonawca TAXLAS J. N. sp. j. wykonywał usługę o tej wartości. Złożona przez Zamawiającego umowa potwierdzała realizację usługi o wartości 1 138 082 złote, a więc znacząco przekraczającej 150 000 złotych.

Zamawiający w treści warunku, jako wymaganie dodatkowe, w odniesieniu do sektorów VIII i IX wskazał, że wykonawcy powinni wykazać, że prace ujęte w wykazie były zrealizowane na terenach obejmujących obiekty wpisane do rejestru zabytków.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że wymaganie to zostało sformułowane w osobnym zdaniu i już ta okoliczność wskazywała, że realizacja usługi na terenach obejmujących obiekty wpisane do rejestru zabytków nie ma bezpośredniego odniesienia do wartości usługi.

Przede wszystkim jednak, w treści wymagania Zamawiającego nie zawarto sformułowania, aby prace ujęte w wykazie były w całości zrealizowane na terenach obejmujących obiekty wpisane do rejestru zabytków.

Tym samym interpretacja warunku przyjęta przez Odwołującego nie jest prawidłowa.

Jak wskazał Zamawiający, Wykonawca TAXLAS J. N. i sp. j. realizował prace na terenach obejmujących obiekty wpisane do rejestru zabytków w ramach przedstawionej umowy. Prace obejmowały następujące zabytki wpisane do rejestru zabytków:

1) historyczny układ urbanistyczny Bydgoskiego Przedmieścia i Rybaków w miejscowości Toruń w granicach opisanych w decyzji A/1534 i zaznaczonych w załączniku decyzji, a obejmującym m.in. tereny leśnoparkowe Rudelka - 11,79 ha, Piekarskie Góry - 4,15 ha,

tereny między ul. Mickiewicza a ul. Szosa Bydgoska -2,30 ha, tereny w Hali na Zieleńcu - 11,24 ha;

2) Fort I „Jan Sobieski” przy ul. Winnej 20 w Toruniu, obejmujący działki o nr 79/2, 79/5, 69/5, 69/9, 18/7, 26/1, 69/7, 69/8 w całości, oraz działek o nr 69/6, 19, 71 i 80, 79/8 - w części; zgodnie z decyzją A/1364 pow. 5,52 ha;

3) Fort kolejowy przy ul. Rudackiej 15-23 w Toruniu, decyzja A/287 pow. ok. 3,00 ha.

Odwołujący również nie kwestionował, że Wykonawca TAXLAS J. N. sp. j. realizował prace na terenach obejmujących obiekty wpisane do rejestru zabytków. W trakcie rozprawy Odwołujący wskazał, że w jego ocenie Wykonawca TAXLAS J. N. sp. j. w ramach realizacji prac na terenach objętych wpisem do rejestru wykonał prace za kwotę 29 700 złotych, przyjmując zaś za prawidłowo wymienione przez Zamawiającego zabytki wpisane do rejestru zabytków, prace obejmowały 6,53% całej powierzchni, co w ujęciu kosztowym stanowi 74 316,76 zł.

Skoro zatem Wykonawca TAXLAS J. N. sp. j. realizował usługi na terenach obejmujących obiekty wpisane do rejestru zabytków, to oznacza, że Wykonawca spełnił wymagania warunku udziału w postępowaniu.

Ponadto Odwołujący w treści odwołania zwrócił uwagę na treść szczegółowego opisu sektorów, w którym przytoczono art. 37b ustawy z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami. Jak wyjaśnił, przepis ten zawiera regulacje, dotyczące osób, które są uprawnione do kierowania pracami przy zabytkach, będących parkami. Z powyższego Odwołujący wywiódł, że wolą Zamawiającego był wybór Wykonawcy, który posiada doświadczenie nie tyle w pracy przy jakimkolwiek zabytku, lecz przy zabytkach, będących parkami, albo innego rodzaju zorganizowaną zielenią. Ponadto zdaniem Odwołującego, sam zakres wykonywanych prac wskazuje jednoznacznie, iż Wykonawca winien posiadać doświadczenie w pracy na terenie obejmującym zielen, wpisaną do rejestru zabytków.

W konsekwencji Odwołujący stwierdził, że Wykonawca nie spełnił warunków SWZ i nie udowodnił, że posiada doświadczenie w wykonywaniu prac na terytorium obejmującym obiekty zabytkowe w postaci parków, ogrodów lub innych form zaprojektowanej zieleni, wobec czego jego oferta podlegała odrzuceniu.

Stanowisko Odwołującego nie jest prawidłowe również w tym zakresie. Istotna jest treść warunku, w której wskazano, że wykonawcy powinni wykazać, że prace ujęte w wykazie były zrealizowane na terenach obejmujących obiekty wpisane do rejestru zabytków. W treści warunku użyte zostało słowo: „obiekty”, które obejmuje zakres szerszy niż tylko parki. Słowo „obiekty” może obejmować również obiekty budowlane. Zgodnie z art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami, parki, ogrody i inne formy

zaprojektowanej zieleni, są odrębnie wymienionym przedmiotem ochrony od obiektów technicznych. Zatem gdyby rzeczywiście wolą Zamawiającego było, aby prace ujęte w wykazie były zrealizowane na terenach obejmujących wyłącznie parki, czy ogrody wpisane do rejestru zabytków, to z pewnością Zamawiający zawarłby takie wymaganie.

Odwołujący dokonał nadinterpretacji warunku udziału w postępowaniu, co nie może prowadzić do uznania, że Wykonawca TAXLAS J. N. sp. j. nie spełnił warunku udziału w postępowaniu.

W konsekwencji należało uznać, że Wykonawca TAXLAS J. N. sp. j. wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Zrealizował prace o wartości przekraczającej wymaganą kwotę 150 000 złotych, a nadto prace były realizowane na terenach obejmujących obiekty wpisane do rejestru zabytków.

Odwołujący wskazywał także, że Wykonawca TAXLAS J. N. sp. j. przedstawił w wykazie zrealizowanych usług informację, że wykonywał usługi na rzecz Zamawiającego - 12 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Toruniu na terenie kompleksów wojskowych. Zgodnie z deklaracją Wykonawcy, teren ten także obejmuje obiekty wpisane do rejestru zabytków.

Odwołujący zauważył, że referencje wydane przez Zamawiającego - 12 Wojskowy Oddział Gospodarczy nie zawierają wskazania, aby Wykonawca wykonywał prace na terenie obejmującym obiekty, wpisane do rejestru zabytków. W referencjach wskazano natomiast, że umowa została zrealizowana od dnia 1 stycznia 2017 r. do dnia 31 grudnia 2019 r., zaś w załączniku nr 7 zaś Wykonawca podał, iż umowa ta będzie realizowana do 31 grudnia 2023 r. Zgodnie z treścią zarzutu Odwołującego, powyższe nieścisłości nie zostały przez Zamawiającego w żaden sposób wyjaśnione.

Nawet uznając za zasadny zarzut wątpliwości dotyczących rozbieżności terminu, w jakim była realizowana usługa, które to wątpliwości powinny zostać przez Zamawiającego wyjaśnione, należy mieć na uwadze fakt, że Zamawiający wymagał w niniejszym postępowaniu wykazania jednej usługi na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Skoro Wykonawca wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu poprzez wskazanie zrealizowania usługi na rzecz tego samego Zamawiającego (o czym powyżej), Izba nie nakazywała Zamawiającemu dokonania czynności wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień co do usługi realizowanej na rzecz Zamawiającego - 12 Wojskowy Oddział Gospodarczy. Dokonanie tej czynności i ustalenia w tym zakresie, usunięcie rozbieżności, pozostałoby bez wpływu na wynik postępowania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574 ustawy z 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 oraz § 5 pkt 2 b), § 8 ust. 2 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437), zaliczając w poczet kosztów postępowania uiszczony przez Odwołującego wpis od odwołania oraz koszty z tytułu zastępstwa procesowego pełnomocnika Zamawiającego.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: