

**WYROK**  
**z dnia 2 stycznia 2020 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 stycznia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 grudnia 2019 r. przez **Odwołującego – PUK Serwis – Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Siedlcach przy ul. Brzeskiej 110 (08-110 Siedle)

w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Gminę Miasto Siedlce**, Skwer Niepodległości 2 (08-110 Siedlce)

**orzeka:**

- 1 Uwzględnić odwołanie w zakresie dotyczącym czynności wyboru oferty najkorzystniejszej na część II zamówienia, złożonej przez M. K. (Green Street Architektura Krajobrazu M. K.) i nakazać Zamawiającemu unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w tej części i powtórzyć czynności w postępowaniu. W zakresie dotyczącym czynności wyboru oferty najkorzystniejszej na część I i IV zarzutów i żądań nie uwzględnić.**
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Zamawiającego – Gminę Miasto Siedlce i:
  - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr. (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego PUK Serwis – Sp. z o.o. tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2 zasądza od Zamawiającego – Gminy Miasto Siedlce na rzecz Odwołującego – PUK Serwis – Sp. z o.o. kwotę 11.099,99 zł (słownie: jedenaście tysięcy dziewięćdziesiąt dziewięć złotych, dziewięćdziesiąt dziewięć groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wpisem od odwołania oraz wynagrodzeniem pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Siedlcach.**

**Przewodniczący:** .....

### Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego – Gminę – Miasto Siedlce na wykonanie zadania pn. *Pielęgnacja zieleni miejskiej z utrzymaniem czystości w części I, II, III i IV i zimowym oczyszczaniem w części I, II i IV* (nr postępowania: F.271.21.2019), ogłoszonym w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 627848-N-2019 z dnia 27.11.2019 r., wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w częściach I, II i IV i zaniechania wykluczenia z postępowania M. K., Wykonawca PUK Serwis – Sp. z o.o. z/s w Siedlcach (dalej jako Odwołujący), wniósł w dniu 18 grudnia 2019 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 2573/19).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Pzp,

- a) art. 24 ust. 1 pkt 12 poprzez zaniechanie wykluczenia M. K. (Green Street M. K.) w części II postępowania, w sytuacji gdy Wykonawca nie spełnił warunku udziału w postępowaniu w zakresie legitymowania się co najmniej 12 miesięcznym doświadczeniem w realizacji usług polegających na pielęgnacji zieleni urządzonej na terenach publicznie dostępnych;
- b) art. 24 ust. 1 pkt 12 przez zaniechanie wykluczenia M. K. (Green Street M. K.) w części I i IV postępowania, w sytuacji gdy Wykonawca nie spełnił warunku udziału w postępowaniu w zakresie legitymowania się doświadczeniem w zakresie realizacji usług polegających na całorocznym utrzymaniu parku o powierzchni określonej w siwz;
- c) art. 24 ust. 1 pkt 16 przez zaniechanie wykluczenia M. K. (Green Street M. K.) w części I, II i IV postępowania w sytuacji, gdy Wykonawca w zakresie wymaganego doświadczenia przedstawił informacje i dowody wprowadzające w błąd Zamawiającego, a mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu
- d) art. 7 ust. 1 przez nieuzasadnione faworyzowanie oferty Wykonawcy Green Street M. K.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dla części I, II i IV zamówienia;
- wykluczenie z postępowania Wykonawcy Green Street M. K. w części I, II i IV zamówienia
- dokonanie ponownej oceny ofert złożonych na część I, II i IV zamówienia z wyłączeniem oferty Green Street M. K. .

Uzasadnienie faktyczne i prawne.

Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej dla części I, II i IV w dniu 13.12.2019 r. Oferta wybrana - Green Street M. K. złożona została przez Wykonawcę, który w ocenie Odwołującego nie spełnia warunku udziału w postępowaniu dla części I, II i IV, a informacje przekazane Zamawiającemu w tym zakresie wprowadzały w błąd co do posiadanego doświadczenia.

Dla części II zamówienia wymagane było legitymowanie się doświadczeniem w realizacji usług polegających na pielęgnacji zieleni urządzonej na terenach publicznie dostępnych, przy czym w zakresie usług aktualnie wykonywanych, Zamawiający wymagał, aby usługi były świadczone przez okres co najmniej 12 miesięcy. Przyjmując hipotetycznie, że Wykonawca świadczył usługę od dnia 1 stycznia 2019 r. do dnia złożenia oferty – 5 grudnia 2019 r., usługa ta była świadczona przez okres krótszy niż 12 miesięcy. W wykazie usług Wykonawca określił okres świadczenia usługi, jako „01.2019 – 12.2019”. Wykonawca nie spełnił zatem warunku udziału w postępowaniu.

Wskazując w ten sposób okres realizacji usługi Wykonawca celowo wprowadził Zamawiającego w błąd co do obowiązku legitymowania się określonym doświadczeniem w realizacji usług polegających na pielęgnacji zieleni urządzonej na terenach publicznie dostępnych.

W zakresie zarzutu zaniechania wykluczenia Wykonawcy Green Street M. K. w części I i IV postępowania Odwołujący ogólnie wskazał na brak spełnienia warunku dotyczącego doświadczenia w realizacji prac polegających na całorocznym utrzymaniu parku oraz wprowadzających w tym zakresie w błąd informacji przekazanych Zamawiającemu.

Zamawiający złożył mailem odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie w całości (pismo z 31.12.2019 r.). W piśmie wskazał na okoliczność wycofania się z przedmiotowego postępowania Wykonawcy Green Street M. K. i odstąpienia od podpisania umów na część I, II i IV. Zamawiający poinformował o tym pozostałych Wykonawców, którzy złożyli oferty - mailem w dniu 20.12.2019 r. Powyższe czyny w jego ocenie podniesione zarzuty bezprzedmiotowymi.

### **Stanowisko Izby**

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), w brzmieniu po nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca

2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020), zwanej dalej „Ustawą”.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do weryfikacji spełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 Ustawy, tj. istnienia po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku kwestionowanej czynności Zamawiającego, jaką było dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w częściach, na które Odwołujący złożył własną ofertę. Nie przesądzając o zasadności zarzutów Izba zobowiązana była przyjąć stan hipotetyczny wynikający z wniosków Odwołującego - o zaistnieniu podstaw do wykluczenia z postępowania Wykonawcy Green Street M. K. . Uwzględniając powyższe Izba uznała, iż czynność stanowiąca przedmiot zarzutu prowadziła do braku możliwości uzyskania zamówienia przez Odwołującego na część I, II i IV, w sytuacji gdy wybrany Wykonawca winien być wykluczony z postępowania. Izba uznała, iż odwołanie służyć ma ochronie interesów wykonawcy w postępowaniu przez zmianę jego wyniku zgodnie z żądaniami.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, iż spełnione zostały przesłanki z art. 179 ust. 1 Ustawy.

**W świetle przedstawionych stanowisk oraz analizy dokumentacji postępowania Izba uznała, iż odwołanie zasługiwało na uwzględnienie w części zarzutów, które dotyczyły wyboru oferty najkorzystniejszej na część II zamówienia.**

W zakresie dotyczącym podstawy zarzutu zaniechania wykluczenia z postępowania Wykonawcy M. K. w części I i IV zamówienia, Odwołujący nie przedstawił w odwołaniu żadnych okoliczności uzasadniających wniosek o braku spełnienia warunku dotyczącego doświadczenia. Ponieważ zarzut powinien zawierać nie tylko wskazanie podstawy prawnej, ale przede wszystkim uzasadnienie faktyczne, w oparciu o które możliwe jest odniesienie się do podjętych w postępowaniu czynności, odwołanie pozbawione tego elementu, nie mogło w tym zakresie odnieść skutku. Podniesione dopiero na rozprawie argumenty dotyczące rzeczywistego udziału Wykonawcy w pracach na terenie parku otaczającego Hotel Narvil Conference & Spa, prowadziłyby do uzupełnienia podstawy faktycznej odwołania, a faktycznie do sprecyzowania dopiero na rozprawie w tym zakresie zarzutów. W ocenie Izby działanie to nie mogło być skuteczne, gdyż Izba związana jest zarzutami zawartymi w odwołaniu. Brak wskazania podstawy faktycznej zarzutu oznacza, iż zarzut nie został w odwołaniu poprawnie sformułowany. W tej sytuacji Izba z przyczyn formalnych nie mogła odnieść się do okoliczności przywołanych dopiero na rozprawie.

W zakresie zarzutu rozpoznanego, tj. dotyczącego czynności wyboru oferty najkorzystniejszej na część II zamówienia, zasadniczym okazały się postanowienia siwz, w których Zamawiający opisał warunek dotyczący doświadczenia, wskazując na usługę pielęgnacji zieleni urządzonej na terenach publicznie dostępnych (np.: urządzone tereny w ciągach ulicznych, urządzone tereny zieleni miejskiej, osiedlowej oraz inne publicznie dostępne urządzone tereny zieleni) o powierzchni nie mniejszej niż : 3 ha dla części II. Zakres prowadzonych prac obejmować musi między innymi: koszenie trawników, sadzenie roślin wraz z pielęgnacją po posadzeniu, pielęgnacja kwietników i grup krzewów. W uwadze Zamawiający wskazała, *W odniesieniu do wykonawców, którzy aktualnie wykonują usługę wymaga się, aby wykonywana była w okresie co najmniej 12 miesięcy.*

W ofercie Wykonawca Green Street M. K. załączyła dwie referencje, tj. z 17.12.2018 r. (dotyczy całorocznej konserwacji i administracji terenu parku otaczającego hotel Narwil) oraz z 2.12.2019 r. (dotyczy całorocznej pielęgnacji zieleni i utrzymania czystości w parkach miejskich Miasta Siedlce).

W trybie art. 26 ust. 2 Ustawy Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia wykazu usług wraz z dowodami potwierdzającymi należyte wykonanie/wykonywanie usług. Zamawiający w wezwaniu ponownie wskazał, iż w przypadku aktualnie wykonywanych usług wymaga, aby usługa wykonywana była w okresie co najmniej 12 miesięcy. Do wezwania załączony został wzór wykazu usług dla części I i IV oraz dla części II i III.

Wykonawca M. K. przedłożyła za pismem z dnia 12.12.2019 r. wykazy usług:

- dla części I i IV – 1 usługa całorocznego utrzymania parku przy Hotelu Narvil wraz z referencją z dnia 17.12.2018 r. wystawioną przez Dyrektora Generalnego.
- dla części II i III – 1 usługa całorocznej pielęgnacji zieleni urządzonej na terenach publicznie dostępnych, tj. Park Miejski „Aleksandria” wraz z terenem zieleni przy skrzyżowaniu ulicy Bolesława Prusa i Kazimierzowskiej w Siedlcach oraz terenów zieleni w Starym Parku, wraz z referencją z dnia 2.12.2019 r. wystawioną przez Prezydenta Miasta Siedlce.

Na podstawie poczynionych powyżej ustaleń Izba uznała, iż odwołanie zasługiwało na uwzględnienie co do części z żądań.

Zarzut wyboru oferty najkorzystniejszej dla części II zamówienia okazał się zasadny, gdyż jedyna usługa wskazana w wykazie na potwierdzenie doświadczenia wymaganego dla tej części nie mogła być wykonana w okresie 12 miesięcy. Wprawdzie dotyczy ona usługi całorocznej pielęgnacji zieleni, to obiektywnie nie mogła ona obejmować pełnych 12 miesięcy roku 2019 r. w momencie złożenia oferty – ubiegania się o zamówienie. Oceniając doświadczenie Zamawiający powinien tą okoliczność uwzględnić i przyjmując, że formalnie

umowa obejmowałaby pełen okres 12 miesięcy, to na etapie ubiegania się o zamówienie usługa nie została zrealizowana w pełnym wymiarze wymaganym wobec wykonawcy w postępowaniu. Tym samym Zamawiający dokonując wyboru oferty najkorzystniejszej w dniu 13 grudnia 2019 r. nie miał podstaw do tego, aby uznać doświadczenie M. K. za spełniające warunek udziału w postępowaniu.

Izba nie uwzględniła w świetle okoliczności dotyczących referencyjnej usługi zarzutu celowego wprowadzania Zamawiającego w błąd, jako podstawy do wykluczenia Wykonawcy z postępowania. Nie budziło wątpliwości to, że Zamawiający, który jednocześnie wystawił referencję przedłożoną w postępowaniu miał pełną wiedzę co do zakresu świadczenia, jakie było objęte umową wskazaną w wykazie usług, nie można zatem przyjąć za Odwołującym, iż Zamawiający mógł w sposób niewłaściwy ocenić doświadczenie tego Wykonawcy. Przeciwnie, w ocenie Izby Zamawiający wystawiając referencję w dniu 2 grudnia 2019 r. powinien mieć świadomość, iż posłuży ona wykazaniu spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Opis ujęty w referencji nie uwzględnia terminu rozpoczęcia i zakończenia prac, które określone zostały jako usługa całorocznej pielęgnacji zieleni. Jednocześnie wskazano w treści, iż usługa świadczona jest w roku 2019, co obiektywnie pozwala każdemu stwierdzić, że w momencie ubiegania się o zamówienie (złożenia oferty) Wykonawca nie zrealizował usługi w wymiarze 12 miesięcy.

Powyższe prowadziło do uwzględnienia odwołania w zakresie dotyczącym czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej na część II zamówienia. Ponieważ Zamawiający nie przeprowadził procedury przewidzianej w art. 26 ust. 3 Ustawy, a zarzut wprowadzenia Zamawiającego w błąd nie została wykazany, Izba nakazała powtórzenie czynności oceny ofert.

Okoliczność, iż wybrany Wykonawca oświadczył Zamawiającemu już po złożeniu odwołania, iż rezygnuje z ubiegania się o zamówienie, nie miała wpływu na ustalenie, czy czynność wyboru jego oferty na część II zamówienia została przeprowadzona w zgodzie z ustalonym warunkiem udziału w postępowaniu. Na moment rozstrzygnięcia Zamawiający nie unieważnił czynności wyboru oferty najkorzystniejszej wskazując w odpowiedzi na odwołanie na zdarzenie, które nie wpływa na samą ocenę poprawności decyzji podjętej w celu udzielenia zamówienia. Należy również zauważyć, iż do momentu wydania wyroku przez Izbę, czynność wyboru oferty najkorzystniejszej nie powinna być traktowana jako pewna, a Zamawiający nie może wezwać Wykonawcy do zawarcia umowy. Dopiero, w sytuacji gdy czynność nie zostanie wzruszona, może dojść do zawarcia umowy i ewentualnie odstąpienia od jej podpisania przez Wykonawcę. Tylko w takiej sytuacji, Zamawiający zgodnie z art. 94 ust. 3 Ustawy może wybrać ofertę najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert bez

przeprowadzenia ich ponownego badania i oceny, chyba że zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Stan sprawy jaki istniał w momencie złożenia odwołania powodował, iż oświadczenie o rezygnacji z ubiegania się o zamówienie nie zmieniało sytuacji prawnej Odwołującego. Nadal czynność wyboru oferty najkorzystniejszej pozostawała ważna i to od dalszych czynności Zamawiającego w postępowaniu uzależniony będzie jego wynik. Na obecnym etapie Izba nie może przesądzić, w jaki sposób oświadczenie Wykonawcy powinno wpływać na decyzje Zamawiającego w postępowaniu, co powinno być poddane analizie w świetle okoliczności, które nie były objęte przedmiotem sporu.

W świetle powyższego, Izba na podstawie art. 192 ust. 1 Ustawy uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej na część II zamówienia oraz powtórzyć czynności w postępowaniu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 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. z 2018 r. poz. 972). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis wniesiony przez Odwołującego w kwocie 7.500,00 zł. oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego i obciążyła nimi Zamawiającego.

**Przewodniczący:** .....