

Sygn. akt: KIO 1043/16

WYROK

z dnia 28 czerwca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Paulina Zielenkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 czerwca 2016 r. w Warszawie **odwołania** wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 czerwca 2016 r. **przez odwołującego:** AG System Sp, z o.o. ul. Senatorska 15; 30 - 106 Kraków w postępowaniu prowadzonym **przez zamawiającego:** Gmina Wrocław Pl. Nowy Targ 1-8; 50-141 Wrocław

orzeka

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża AG System Sp, z o.o. ul. Senatorska 15; 30 - 106 Kraków i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez AG System Sp. z o.o. ul. Senatorska 15; 30 - 106 Kraków tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od AG System Sp, z o.o. ul. Senatorska 15; 30 - 106 Kraków kwotę 3.237zł 00 gr (słownie: trzy tysiące dwieście trzydzieści siedem złotych zero groszy) na rzecz Gmina Wrocław Pl. Nowy Targ 1-8; 50-141 Wrocław stanowiącą koszty

postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego i kosztu dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we Wrocławiu .

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Działając w imieniu AG System Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie odwołujący na podstawie art. 180 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 182 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (ustawa P.z.p.) odwołujący wniósł odwołanie wobec dokonanych w dniu 10 czerwca 2016 roku czynności zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu oraz czynności zmiany postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zagospodarowanie przestrzeni publicznych na historycznym osiedlu WUWA we Wrocławiu”, o których po raz pierwszy ogłoszono w dniu 30 maja 2016 r., a które w imieniu i na rzecz Zamawiającego Gminy Wrocław przeprowadza Wrocławska Rewitalizacja Spółka.

Czynnościom zamawiającego zarzucano naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

naruszenie art. 41 pkt 7 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 i ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 w postaci opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 w sposób niezwiązany z przedmiotem zamówienia oraz nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a tym samym niegwarantujący zachowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców; skutkujące naruszeniem interesu wykonawcy w uzyskaniu zamówienia poprzez ograniczenie odwołującemu dostępu do zamówienia (tj. wykluczeniem możliwości ubiegania się przez odwołującego o udzielenie zamówienia z powodu niespełniania przesłanki podmiotowej „wiedzy i doświadczenia”) oraz zagrożeniem poniesienia szkody w postaci utraty spodziewanych korzyści związanych z uzyskaniem zamówienia.

Mając na uwadze powyższe odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania;

nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji treści ogłoszenia o zamówieniu polegającej na wyeliminowaniu z opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, aktualnej treści pkt III.3.2):

„Za spełnienie warunku posiadania niezbędnego doświadczenia Zamawiający uzna, gdy Wykonawca wykaże, że wykonał w okresie ostatnich 5 lat (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) przed upływem terminu składania ofert min. 2 zadania w zakresie robót budowlanych o wartości min. 4 000 000,00 zł brutto - każde

wykazane zadanie - wykonane na terenie wpisanym do rejestru zabytków lub znajdującym się w zabudowie zabytkowej objętej ochroną konserwatorską, w ramach których wykonano min: a) prace na naturalnych terenach zielni lub zieleni parkowej o wartości min. 800 000,00 brutto, w ramach której wykonano wycinki, nasadzenia, pielęgnacje: drzew, krzewów, bylin a także założenie nowych trawników wraz z ich pielęgnacją, b) nawierzchnie piesze i/lub pieszo-jezdne (w tym na terenach zieleni parkowej) c) instalacje elektryczne i wodociągowe, d) montaż indywidualnych elementów małej architektury oraz załączą dowody, że roboty zostały wykonane w sposób należyty, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Sprawdzenie ww. warunku udziału w postępowaniu odbywać się będzie na podstawie przedłożonych przez Wykonawcę dokumentów i oświadczeń wg zasady spełnia / nie spełnia.”

i zastąpienie go treścią:

„Opis sposobu dokonywania oceny spełniania tego warunku: Za spełnienie warunku posiadania niezbędnego doświadczenia Zamawiający uzna, gdy Wykonawca wykaże, że wykonał w okresie ostatnich 5 lat (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) przed upływem terminu składania ofert min.: jedną robotę budowlaną o wartości min. 3 000 000,00 zł brutto wykonaną na terenie wpisanym do rejestru zabytków lub znajdującym się w zabudowie zabytkowej objętej ochroną konserwatorską w ramach której wykonano min.: nawierzchnie piesze i/lub pieszo-jezdne, instalacje elektryczne i wodociągowe, zieleni, montaż indywidualnych elementów małej architektury oraz załączy dowody, że roboty zostały wykonane w sposób należyty, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Sprawdzenie ww. warunku udziału w postępowaniu odbywać się będzie na podstawie przedłożonych przez Wykonawcę dokumentów i oświadczeń wg zasady spełnia/nie spełnia

2) nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia polegającej na wyeliminowaniu z opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu (w zakresie przesłanki podmiotowej wiedzy i doświadczenia) aktualnej treści pkt. IV.2. i zastąpienie go treścią:

„Opis sposobu dokonywania oceny spełniania tego warunku: Za spełnienie warunku posiadania niezbędnego doświadczenia Zamawiający uzna, gdy Wykonawca wykaże, że wykonał w okresie ostatnich 5 lat (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) przed upływem terminu składania ofert min.: jedną robotę budowlaną o wartości min. 3 000 000,00 zł brutto wykonaną na terenie wpisanym do rejestru zabytków lub znajdującym się w zabudowie zabytkowej objętej ochroną konserwatorską w ramach której wykonano min.: nawierzchnie piesze i/lub pieszo-jezdne, instalacje elektryczne i

wodociągowe, zieleni, montaż indywidualnych elementów małej architektury oraz załączy dowody, że roboty zostały wykonane w sposób należyty, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Sprawdzenie ww. warunku udziału w postępowaniu odbywać się będzie na podstawie przedłożonych przez Wykonawcę dokumentów i oświadczeń wg zasady spełnia/nie spełnia

3) nakazanie Zamawiającemu przesunięcia terminu do zgłaszania ofert z godz. 10:00 dnia 1 lipca 2016 r. (zgodnie z treścią ogłoszenia oraz SIWZ w dniu złożenia odwołania) do czasu prawomocnego rozstrzygnięcia niniejszego odwołania lub ewentualnie, w przypadku wydania merytorycznego rozstrzygnięcia w przedmiocie niniejszego odwołania po upływie terminu do składania ofert, o nakazanie unieważnienia postępowania z przyczyn wskazanych w art. 93 ust. 1 pkt 7) p.z.p.;

4) w przypadku dokonania przez zamawiającego wyboru oferty przez zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest "Zagospodarowanie przestrzeni publicznych na historycznym osiedlu WUWA we Wrocławiu" przed wydaniem merytorycznego rozstrzygnięcia w sprawie odwołania, o unieważnienie czynności wyboru oferty;

5) połączenie postępowania zainicjowanego wniesieniem niniejszego odwołania ze sprawą prowadzoną na podstawie odwołania AG System spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie wniesionego w dniu 3 czerwca 2016 roku;

6) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów przywołanych przez odwołującego na okoliczności wskazane w odwołaniu, które znajdują się w aktach postępowania o którym mowa w punkcie poprzedzającym, a które nie zostały przedłożone wraz z niniejszym odwołaniem dla zachowania ergonomii procesowej, jak również ze znajdujących się w aktach powyższego postępowania dokumentów w postaci odwołania AG System wniesionego w dniu 3 czerwca 2016 r. oraz pisma Rotomat sp. z .o. z dnia 6 czerwca 2016 r., a ponadto o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z przesłuchania Strony - na okoliczność:

1) nieprzystąpienia oraz przyczyn nieprzystąpienia do drugiego, unieważnionego przetargu pn. "Zagospodarowanie przestrzeni publicznych na historycznym osiedlu WUWA we Wrocławiu";

2) zamiaru złożenia oferty w postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest "Zagospodarowanie przestrzeni publicznych na historycznym osiedlu WUWA we Wrocławiu" oraz braku możliwości złożenia

oferty z uwagi na wprowadzenie wyżej wskazanych merytorycznie nieuzasadnionych warunków udziału w przetargu.

7) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów przywołanych przez Odwołującego na okoliczności wskazane w Odwołaniu, które zostały przedłożone wraz z niniejszym Odwołaniem, a które nie znajdują się w aktach postępowania wskazanego w powyższym pkt

8) dopuszczenie i przeprowadzenie na podstawie art. 190 ust. 4 p.z.p. dowodu z opinii biegłego z zakresu projektowania i przeprowadzania robót budowlanych na okoliczność ustalenia, że zaskarżony zapis treści ogłoszenia o zamówieniu oraz Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia jest (i) wymogiem nieproporcjonalnym do przedmiotu zamówienia, (ii) wartość poprzednio zrealizowanych przez wykonawców prac na terenach zieleni nie ma związku z przedmiotem zamówienia oraz że (iii) usunięcie tego kryterium nie wpłynie na zakres zabezpieczenia interesów Zamawiającego wobec całokształtu innych wymogów stawianych wykonawcą;

9) zwrot kosztów postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą na rzecz Odwołującego, w tym kosztów reprezentacji przez radcę prawnego w wysokości określonej spisem (spis kosztów oraz stosowne rachunki zostaną przedstawione w trakcie postępowania).

Odwołujący przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne wniesionego odwołania.

Zamawiający w dniu rozprawy złożył odpowiedź na odwołanie pismo z dnia 28.06.2016 roku wnosząc o oddalenie odwołania i przedstawiając argumentację faktyczną i prawną.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje

Izba ustaliła

Izba przeprowadziła dowód z dokumentacji postępowania przekazanej do obydwu postępowań przez zamawiającego. Na podstawie str. 43 akt przekazanych do sprawy KIO 1043/16, ustalono treść dotychczasowego oraz aktualnego brzmienia ogłoszenia; zmiana polega na tym, że punkt III.3.2 ogłoszenia oraz pkt IV.2 SIWZ otrzymał nową treść (karta 91). Odczytano zmianę SIWZ rozdział IV *Warunki Udziału w Postępowaniu* pkt 2 *Wiedza i doświadczenie* oraz zmianę karty 49 z pisma z dnia 10.06.2016 r. skierowanego do AG System.

Pełnomocnik odwołującego na posiedzeniu cofnął odwołanie w zakresie KIO 963/16 i podtrzymał odwołanie o sygn. akt KIO 1043/16. Izba wydała w zakresie odwołania KIO 963/16 postanowienie o umorzeniu postępowania odwoławczego w sprawie KIO 963/16.

Pełnomocnik zamawiającego na posiedzeniu złożył odpowiedź na odwołanie łącznie w obydwu sprawach (również o sygn. KIO 963/16), ponieważ argumentacja do obydwu postępowań jest taka sama.

Odwołujący podtrzymując odwołanie, wnosi o jego uwzględnienie i zobowiązanie zamawiającego do zmiany opisu *Warunku Wiedzy i Doświadczenia* - tak jak wskazuje na str. 3 odwołania. W szczególności podkreśla, że doświadczeniem ma być objęta jedna robota o wartości 3 mln zł oraz bez określenia prac na naturalnych terenach zieleni lub zieleni parkowej o wartości minimum 800 tys. zł. tak jak na stronie 2 odwołania.

Co do żądania 3 na str. 3 odwołania, tj. przesunięcia terminu do zgłaszania ofert do 1 lipca 2016 r. - pełnomocnik wycofał zarzut, ponieważ z treści odpowiedzi na odwołanie wynika, że termin ten zamawiający przesunął do 15 lipca br.

Co do pkt 4, odwołujący również cofa żądanie o unieważnienie wyboru oferty, ponieważ termin składania ofert został przesunięty i nie nastąpi wybór ofert przed rozstrzygnięciem sprawy.

Co do pkt 5 str. 4 odwołania – odwołujący podkreśla, że żądanie jest bezprzedmiotowe z uwagi na cofnięcie odwołania 963/16.

Co do pkt 6 str. 4 odwołania, odwołujący wnosi o dopuszczenie dowodów, które zostały załączone do cofniętego odwołania a znajdujące się w aktach sprawy odwołania z 2 czerwca 2016 r. (wpływ 3 czerwca 2016 r.) o Sygn. akt 963/16 na str. 15 tego odwołania.

I tak odwołujący wnosil o uwzględnienie wniosków dowodowych przywołanych na stronie 15 odwołania w sprawie KIO 963/16 oznaczonych punktami i treścią jak poniżej:

pkt 3 Ogłoszenie z dnia 30 maja 2016 r. z uwzględnieniem zmiany pkt III.2. Odwołujący przywołując to ogłoszenie wskazuje na okoliczność, iż w powiązaniu z innymi ogłoszeniami, wymagania aktualnego postępowania są nieadekwatne. Istotą zarzutów jest okoliczność, że na to samo zamówienie były ogłaszane przetargi z mniej rygorystycznymi wymaganiami, tj. takie jak cytowane we wniosku o zmianę postanowień SIWZ – jedna robota 3 mln zł, zieleni ogólnie, bez podania kwot.

pkt 4 *Wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu* – pierwszy przetarg z dnia 7 grudnia 2015 r. (przetarg ograniczony) – pełnomocnik odwołującego radca prawny A.A.

wskazał na rozprawie: w pierwszym postępowaniu przyjęto nasz wniosek o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, zostaliśmy zaproszeni do składania ofert, zajęliśmy wg kryteriów oceny ofert pierwszą pozycję, ale oferta nie podlegała ocenie, ponieważ pewna pozycja kalkulacyjna nie została przez nas wypełniona, tj. wpisaliśmy 0 we wskazanym miejscu. Wybrano kolejną ofertę, ale postępowanie unieważniono, ponieważ kolejna oferta przekraczała kwotę jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na to zamówienie. Były jeszcze trzy oferty, ale one także przekraczały kwotę jaką zamawiający przeznaczył na zamówienie.

pkt 5 pismo zamawiającego z dnia 5 kwietnia 2016 r. – pismo to potwierdza czynność zamawiającego o unieważnieniu postępowania i odrzuceniu naszej oferty. Chodzi o pierwszy przetarg.

pkt 6 formularz oferty odwołującego złożony w pierwszym przetargu na okoliczność udziału w postępowaniu przetargowym.

pkt 7 ogłoszenie z dnia 30 listopada 2015 r. nr 324374 (ogłoszenie o pierwszym przetargu), na okoliczność warunków jakich wymagał zamawiający w składanym wniosku o dopuszczeniu do udziału w postępowaniu w pierwszym postępowaniu o przedmiocie zamówienia tożsamym co aktualnie. Warunki udziału odpowiadały żądanym zmianom. Jeszcze raz podkreśla, że oczekiwana zmiana żądana w odwołaniu odpowiada warunkowi wiedzy i doświadczenia wymaganego w pierwszym postępowaniu.

pkt 8 SIWZ nr 02/4/PO/WR/2015 (pierwszy przetarg) na okoliczność, że zakres przedmiotu zamówienia w pierwszym postępowaniu i aktualnym (trzecie postępowanie) jest praktycznie tożsamy. Uważa, że nie jest istotnie zmieniony.

pkt 9 SIWZ nr 01/RB/WR/2016 (drugi przetarg) na okoliczność, iż mimo tożsamego zakresu przedmiotu zamówienia warunki wiedzy i doświadczenia były jeszcze wyższe niż w aktualnym trzecim postępowaniu – wymagane dwie roboty po 5 mln każda, w zakresie zieleni 20% wartości wykazanych robót. W drugim postępowaniu było 20% zieleni w zakresie drzew i trawników, ale nie było warunku, że ma to być na terenach zieleni naturalnej lub zieleni parkowej. Wszystkie te trzy kolejne zmiany cytujemy na str. 9-11 odwołania.

Pkt 10 SIWZ trzeci przetarg (przedmiotowa sprawa).

Ponadto odwołujący składa wniosek dowodowy o przesłuchanie N.W. na okoliczność interesu do wniesienia odwołania, tj. zamiaru realizacji prac objętych przedmiotowym zamówieniem.

Wnosi o przeprowadzanie również dowodu z całości dokumentacji przetargu pierwszego i drugiego – w tym ze złożonych ofert. Drugi przetarg został również unieważniony, ponieważ

oferta najkorzystniejsza przekraczała kwotę jaką zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia.

Odwołujący nie złożył oferty, ponieważ nie spełnił warunku posiadania dwóch robót każda po 5 mln oraz 20% zieleni wykazanej roboty. Wykazał roboty od 5 mln nawet do 20 mln zł, ale ze względu na wymóg 20% wartości zieleni wykazanej roboty, nie mógł spełnić tego warunku, ponieważ zieleń musiałaby wynosić 4 mln zł. Uważa, że problem w tym postępowaniu polega na tym, że odwołujący nie jest w stanie przedstawić takiego doświadczenia, gdzie wartość robót wynosiłaby 20%.

Odwołujący podtrzymuje żądania - żąda jednego doświadczenia o wartość 3 mln przy nieokreśleniu wartości zieleni. Swoją argumentację za uwzględnieniem odwołania opiera na zasadzie, że w pierwszym przetargu zamawiający nie wymagał kwotowego udziału zieleni w całej wartości robót oraz żądał jednej roboty na kwotę minimum 3 mln zł, ale bez kwotowego ani procentowanego udziału zieleni w wykonanych robotach ogółem – w szczególności bez żądania, że zieleń ma być na naturalnych terenach zieleni lub zieleni parkowych. Pełnomocnik odwołującego radca prawny uzasadniał, że „nasze żądania opieramy na zasadzie, że w pierwszym postępowaniu OPZ był zbliżony do aktualnego OPZ, czyli do warunków doświadczenia i wiedzy, których my się domagamy w aktualnym postępowaniu”.

Odwołujący podtrzymał wniosek o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność, że dla określenia warunku wiedzy i doświadczenia do tego zamówienia niekonieczne jest wymaganie doświadczenia w zakresie zieleni na warunkach przedstawionych przez zamawiającego; oraz na okoliczność, że zakres prac w tych trzech postępowaniach był tożsamy. W ocenie odwołującego biegły powinien porównać przedmiot zamówienia w poszczególnych trzech przetargach; mógłby skorzystać z kosztorysu inwestorskiego poprzez analizę i porównanie przedmiarów robót. Uważam, że biegły powinien zbadać dokumenty wchodzące w zakres OPZ, tj. załącznik nr 9 aktualnego postępowania (dokumentacja techniczna) i kosztorys ofertowy.

Z kolei zamawiający poparł wniosek odwołującego w zakresie przeprowadzenia dowodu z pisma uwzględniającego w części zarzuty podniesione w odwołaniu o Sygn. akt KIO 963/16, tj. pismo z 10.06.2016 roku. Zamawiający wniósł o oddalenie dowodów przywołanych w odwołaniu o Sygn. akt KIO 963/16, ponieważ dotyczą one odwołania cofniętego, w którym postępowanie wskutek powyższego została umorzona. Kierownik Projektu będący architektem reprezentujący zamawiającego G.S. odnosząc się do stanowiska i wniosków dowodowych odwołującego, ustosunkował się następująco. Oświadcza, że był Kierownikiem projektu również w poprzednich dwóch unieważnionych postępowaniach na to zamówienie. Odnosząc się do złożonych wniosków dowodowych na rozprawie przez odwołującego nie

wnosi zastrzeżeń co do przeprowadzenia dowodu z ogłoszenie o zamówieniu z dnia 30 maja 2016 r. – to jest trzeciego przetargu o numerze 137130 (powyższego pkt 3 wniosku odwołującego). Co do pkt 4 *wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu z 7 grudnia 2015 r.* – nie zgadza się ze stanowiskiem odwołującego, że zakresy prac są zbliżone i tożsame we wszystkich trzech przetargach - OPZ jest ten sam, ale zwracam uwagę, że pierwszy przetarg był realizowany trybie dwustopniowym i w związku z tym mogą zachodzić w mojej ocenie różnice w zakresie wiedzy i doświadczenia w stosunku do kolejnych postępowań, które prowadzone są już w trybie przetargów nieograniczonych. Obszar zagospodarowania przestrzeni objęty tym zamówieniem wynosi 2,3 h; natomiast tereny zielone na tym obszarze to 1,05 h. Jest to 45% całego terenu. Potwierdza, że zakres prac w tych dwóch pierwszych przetargach jest zbliżony co do rodzaju prac. Podkreśla, że we wszystkich trzech przetargach będzie przewidziane wynagrodzenie obmiarowe. Prace, które należy wykonać na terenach objętych zagospodarowaniem przedkładają się na konkretne pozycje kosztorysowe. Oświadczam, że wartość kosztorysowa tych pozycji jeżeli chodzi o zieleń, tj. wycinki, nasadzenia, pielęgnacja stanowią ok. 22-24% wartości robót. Pozostałe roboty budowlane, tj. wykonanie alejek pieszych, ciągów pieszo jezdnych dla mieszkańców tego terenu oraz miejsc parkingowych, a także sieci instalacyjnej oświetlenia, odwodornienia terenów i przyłączy wody (chodzi o przedszkole), według mojej wiedzy, prace wykonywane chociażby przy starodrzewiu na tym osiedlu wymagają znacznie większych nakładów niż wykonywanie prac na innych terenach, ponieważ są to tereny wewnątrz osiedla. Oświadczam, że zakres przedmiotu zamówienia w stosunku do 1,2,3 przetarg, zmienił się. Jeśli chodzi o 1 i 2 przetarg, to nastąpiła zmiana w czasie wykonania zamówienia – nastąpiło jego skrócenie praktycznie z 4 lat do 3 lat. Wskazuje na rys. D01, gdzie jest zaznaczona czarna linia w dole rysunku, która wskazuje teren wyłączony z realizacji w obecnym przetargu. Ten rysunek odnosi się do trzeciego przetargu. Zaznacza, że wyłączono z realizacji wskazany teren z uwagi na to, że poprzednie przetargi zostały unieważnione ze względu na to, że złożone oferty przekraczały możliwości finansowe zamawiającego. Wyłączeniu uległy tereny tzw. o większym nasyceniu inżynierskim - przystanki tramwajowe i otoczenie terenów tramwajowych (o 8-10% została zmniejszona wartość zadania). Reasumując skoro wyłączone są obszary inżynierskie to wartość zieleni w pozostałej części objętej przetargiem wzrasta w całości robót budowanych do 25%. Przyznaje, że jest to wyjście naprzeciw wykonawcom, ponieważ określiliśmy prace zieleni nie na poziomie 20% wykazanych robót, ale wskazujemy także na kwotę 800 tys. zł, co wcale nie musi stanowić 20%. Zwraca uwagę, że jest to część Parku Szczytnickiego we Wrocławiu, gdzie obowiązują inne procedury obchodzenia się z drzewostanem niż z innym drzewostanem na przestrzeni zieleni ogólnie miejskiej. Kierownik Projektu wyjaśniając stwierdza, że faktycznie w przepisach nie ma definicji naturalnych terenów zieleni lub też definicji zieleni parkowej. Natomiast przyznaje, że

z zielenią parkową jest trochę inaczej, ponieważ zieleń parkowa może być naturalna, jak również może być zaprojektowana. Uważa, że nie powinno być problemu z rozumieniem definicji zieleni naturalnej, ponieważ nie jest to zieleń zaprojektowana, jak np. zieleń na dachach czy ścianach. Przede wszystkim ta zieleń ma mieć charakter zieleni w środowisku naturalnym – naturalna zieleń lub zieleń parkowa. Zieleń parkowa może mieć cechy zieleni naturalnej, jak i również zieleni parkowej. Na pytanie pełnomocnika odwołującego, Kierownik Projektu odpowiada, że zieleń, która otacza np. budynek KIO, a jest widoczna przez okno, uznaliby za naturalną zieleń.

Wskazuje na wyciągi DO1A, DO1B z dokumentacji, które potwierdzają pełen zakres robót, bez wyłączenia w trzecim przetargu – są to dowody na udział zieleni w całym postępowaniu.

W tym miejscu zamawiający odnosi się do przedłożonych rysunków. Okazuje rysunek terenu Hali Stulecia – do niego przylega teren będący przedmiotem zagospodarowania (kolor czerwony). Kolor oliwkowy na środkowym rysunku oznacza teren parku Szczytnickiego, który otacza teren Hali Stulecia. Teren objęty zamówieniem jest oznaczony kolorem czerwonym. Pozostały teren zielony jest też elementem parku Szczytnickiego, jak również terenem osiedla WUWA. Pozostałe dwa rysunki dotyczą obszaru objętego przedmiotem zamówienia. Przy czym rys. DO1 pokazuje teren wyłączony z pierwotnego planu wykonania zamówienia – jest to istotna zmiana, gdyż na wyłączonym terenie znajdują się tereny inżynierskie.

Izba postanowiła przeprowadzić dowód z dokumentacji postępowania trzeciego przetargu; natomiast nie dopuszcza pozostałych wniosków dowodowych, wymienionych w załączniku do odwołania o sygn. 963/16 za wyjątkiem poz.3 i 10, które obejmują zakres uwzględnienia odwołania pismo z dnia 10 czerwca 2016 roku jak i SIWZ to jest trzeciego postępowania.

Izba nie dopuściła wniosków dowodowych z opinii biegłego, ponieważ według oceny Izby postępowanie nie wymaga wiadomości specjalnych oraz dla Izby wystarczające i przekonywujące są wyjaśnienia i oświadczenia pełnomocnika zamawiającego architekta Kierownika projektu Pana G.S., którym odwołujący nie zaprzeczył a co Izba uznała za przyznanie. Izba również nie dopuściła dowodu z przesłuchania Pani N.W., ponieważ w ocenie Izby brak jest konieczności wykazania interesu w uzyskaniu zamówienia poprzez udział w pierwszym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Ponadto nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia odwołania oświadczenia odwołującego o braku posiadanego doświadczenia do złożenia oferty jak też zamiaru składania oferty w przetargu. Reasumując Izba przyznaje zamawiającemu interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art.179 ust.1 ustawy Pzp.

Na podstawie powyżej dokonanych ustaleń Izba zważyła.

Izba zważyła

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zasadniczym argumentem podnoszonym zarówno w odwołaniu jak i na rozprawie przez odwołującego była okoliczność, że w pierwszym unieważnionym przetargu na to zamówienie zamawiający miał bardziej konkurencyjne wymagania niż w kolejnych postępowaniach (II i III). Zamawiający nie wymagał doświadczenia zawodowego w zakresie zieleni na naturalnych przestrzeniach lub przestrzeniach parkowych z podaniem wartości tych prac oraz rodzaju prac. Zamawiający po prostu wymagał aby roboty budowlane obejmowały również zieleń. Generalnie odwołujący dąży do wyegzekwowania przywrócenia warunków udziału w zakresie doświadczenia zawodowego według zasad z pierwszego przetargu ograniczonego, który tak jak drugi przetarg nieograniczony został unieważniony. W pierwszym przetargu do którego odwołuje się skarżący wymagano jednego doświadczenia na poziomie 3 milionów złotych z udziałem zieleni bez określenia jakiego rodzaju ma być zieleń oraz bez podania udziału tych prac w całej wartości robót budowlanych. Odwołujący brał udział w pierwszym postępowaniu i jego oferta była najkorzystniejszą ale nie podlegała ocenie, ponieważ w kalkulacji pominął jedną z pozycji kosztorysowych. Pierwsze postępowanie zostało unieważnione, ponieważ wykonawca, który został wybrany zaoferował cenę wyższą niż zamawiający podał na otwarciu ofert. Przy czym odwołujący podkreślał, że w pierwszym postępowaniu jego wniosek został pozytywnie oceniony również w zakresie doświadczenia zawodowego i został zaproszony do składania oferty. Do drugiego postępowania odwołujący nie przystąpił, jak twierdzi z uwagi na obowiązujące warunki doświadczenia zawodowego. Przy czym drugie postępowanie zostało również unieważnione z powodu niewystarczających środków finansowych . Natomiast odwołujący w związku z ogłoszeniem kolejnego postępowania (trzeciego) prowadzonego aktualnie tak jak drugie w trybie przetargu nieograniczonego przystąpił składając niniejsze odwołanie na treść ogłoszenia oraz SIWZ. Odwołujący kwestionuje wymóg dwóch robót budowlanych każda na poziomie co najmniej 4.000.000,00 złotych z udziałem prac na naturalnych terenach zieleni lub zieleni parkowej dotyczących drzew, krzewów, bylin z ich karczowaniem, nasadzeniem i pielęgnacją oraz zakładanie nowych trawników wraz z ich pielęgnacją. Zamawiający nie dość, że określił rodzaj prac to jeszcze wskazał, że udział prac na zieleni ma stanowić 20 % udziału w całej wartości robót budowlanych. Odwołujący jednoznacznie wskazuje na swoje wymagania to jest zamawiający ma prawo żądać jednej roboty budowlanej a nie dwóch na poziomie 3.000.000,00zł. a nie 4.000.000,00 zł. Jeżeli chodzi o zieleń to ma być ona udziałem w tych robotach budowlanych ale bez określenia jej wartości oraz bez określenia

jej rodzaju czy też czynności z nią związanych. Oczywistym jest, że wymagania odwołującego nie są spełnione przez zamawiającego, na co wskazano powyżej. Przy czym jedyną argumentacją odwołującego w toku postępowania odwoławczego jest okoliczność, że zamawiający takie warunki postanowił w pierwszym przetargu i nie widzi odwołujący powodów dla których zmiany w tym zakresie mają prawo nastąpić. Tym bardziej, że przedmiot zamówienia ciągle pozostaje niezmienny to jest „Zagospodarowanie przestrzeni publicznych na historycznym osiedlu WUWA we Wrocławiu”.

Zamawiający po wniesieniu pierwszego odwołania w udzielonej odpowiedzi w umorzonych sprawie o Sygn. akt KIO 963/16 w części je uwzględnił i dokonał zmiany w zakresie zieleni to jest zmienił wartość „20% wartości wykazanego zadania” do kwoty bezwzględnej „800.000,00 złotych”.

Odwołujący uważa, że zamawiający nie ma prawa w kolejnych postępowaniach zmieniać warunku doświadczenia zawodowego. Tym bardziej jak podnosi, że przedmiot zamówienia nie uległ zasadniczej zmianie.

Izba uwzględniając wnioski dowodowe stron odmówiła przyjęcia w poczet dowodów dokumenty wymienione w punktach pod poz. 4, poz. 5, poz. 6, poz. 7, poz. 8, poz. 9 (powyżej opisane w ustaleniach Izby) a przyjęła w poczet dowodów dokumenty wymienione w poz. 3, poz. 10. Odmawiając przyjęcia w poczet dowodów dokumentów wymienionych powyżej Izba wzięła pod uwagę, że dotyczą one poprzednich postępowań, które zostały unieważnione. Nie ma znaczenia, dla rozstrzygnięcia sprawy okoliczność, że poprzednie warunki udziału dla odwołującego były mniej rygorystyczne niż aktualnie. Zamawiający nawet przy tym samym przedmiocie zamówienia ma prawo zmieniać warunki doświadczenia zawodowego w takim zakresie w jakim nie narusza art.22 ust.1 pkt 2 i ust.4 to jest warunki są związane z przedmiotem zamówienia i są proporcjonalne do przedmiotu zamówienia. Z kolei wykonawca, który kwestionuje postanowienia SIWZ jest zobowiązany wykazać, że nie są one związane z przedmiotem zamówienia czy też nie są proporcjonalne do przedmiotu zamówienia. Przywołane dowody nie służą tym okolicznościom w sprawie. Odwołujący powołuje się na fakt, że w pierwszym postępowaniu w warunkach były łatwiejsze do spełnienia i zamawiający nie miał prawa ich zmieniać. Tym samym domaga się ich zmiany z powrotem na poziom 3 mln złotych i wskazania, że chodzi o „zielen” bez wykazywania jej rodzaju i wartości. Przy czym odwołujący podnosi, że dysponuje robotami z udziałem zieleni nawet na poziomie 20 milionów złotych. Natomiast również podnosi, że zielen w tych robotach nie stanowi 20 % wartości robót. Natomiast zamawiający przedstawił argumentację wskazującą na racjonalność przyjętych kryteriów, jeżeli chodzi o doświadczenie zawodowe zarówno w

odpowiedzi na odwołanie pismo z dnia 28.06.2016 roku jak i przedstawiając argumentację i dowody w tym zakresie na rozprawie opisane powyżej w ustaleniach i zważone poniżej.

Przeprowadzone na rozprawie postępowanie dowodowe opisane powyżej w ustaleniach Izby wskazuje na następujący stan faktyczny i prawny w sprawie.

Izba nie dopuściła dowodu wnioskowanego przez odwołującego z przesłuchania pełnomocnika N.W. na okoliczność interesu do wniesienia odwołania. W ocenie Izby przesłuchanie w charakterze świadka pełnomocnika odwołującego nie jest niezbędne do wykazania interesu w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art.179 ust.1 ustawy Pzp. Wykonawca ten składał ofertę w pierwszym przetargu, co potwierdził na rozprawie zamawiający a aktualnie toczy się trzeci przetarg na przedmiotowe zamówienie. Ponadto zamawiający ani w toku rozprawy, ani w odpowiedzi na odwołanie nie kwestionował interesu odwołującego w uzyskaniu zamówienia. W związku z tym w ocenie Izby przesłuchiwanie w charakterze świadka N.W. nie jest konieczne do wykazania interesu w uzyskaniu zamówienia a powodowałoby jedynie przedłużenie postępowania odwoławczego. Również należy zaznaczyć, że Pani N.W. jest pełnomocnikiem odwołującego i w toku rozprawy miała prawo wypowiedzenia się. Izba oceniając całość postępowania odwoławczego stwierdza po stronie odwołującego interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art.179 ust.1 ustawy Pzp. Izba nie uwzględniła wniosku dowodowego co do pisma przystępującego ROTOMAT w sprawie KIO 963/16 jako nie wnoszącego informacji przydających się do rozstrzygnięcia odwołania w niniejszej sprawie.

Kolejno odwołujący wnioskował o przeprowadzenie dowodów z całości dokumentacji postępowania pierwszego i drugiego w tym ze złożonych ofert. Zarówno 1 przetarg ograniczony jak i 2 przetarg nieograniczony zakończył się unieważnieniem z powodu braku środków finansowych na realizację zamówienia za kwotę najkorzystniejszej oferty. Odwołujący nie brał udziału w drugim postępowaniu, ponieważ zamawiający tak znacznie zawiążył wymagania w stosunku do pierwszego przetargu w zakresie doświadczenia zawodowego, że odwołujący nie spełniał warunków udziału. Natomiast w 1 postępowaniu jego oferta mieściła się w granicach posiadanych środków i była najkorzystniejszą ofertą ale nie była brana pod uwagę. Oferta odwołującego została odrzucona z powodu braku wyceny jednej z pozycji kalkulacji a postępowanie zostano unieważnione z powodu braku środków na najkorzystniejszą ofertę. Odwołujący składając wniosek dowodowy zamierzał uwodnić, że zamawiający zmienił warunki udziału w 2 przetargu tak, że uniemożliwił jemu udział. Przyczyną było podniesienie kwot doświadczenia z 3 do 4 milionów złotych i wymóg udziału zieleni w tych pracach na poziomie 20 % wartości prac w tym bardziej szczegółowe opisanie rodzaju prac w zieleni (w 1 postępowaniu wartość prac zielonych nie była ani procentowo ani

kwotowo określona). Powyższy dowód miał służyć wykazaniu zmiany warunków w 2 postępowaniu w stosunku do 1 postępowania i braku ich uzasadnienia. Izba odmówiła przeprowadzenia dowodu z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia w 1 przetargu jak i w 2 przetargu z uwagi na to, że treść spornego postanowienia SIWZ nie była kwestionowana przez zamawiającego a przeprowadzenie dowodów z akt, których Izba nie posiada spowodowałoby znaczne przedłużenie postępowania odwoławczego ale przede wszystkim nie służyłoby ich przeprowadzenie wyjaśnieniu sprawy. Tym bardziej, że niespornym była okoliczność o zbliżonym przedmiocie zamówienia w 1 jak i w 2 postępowaniu jak i udział w nich odwołującego.

Izba oddaliła wniosek dowodowy odwołującego w zakresie powołania biegłego sądowego na okoliczność ustalenia czy przedmiot zamówienia ulegał zmianie na etapie trzech prowadzonych postępowań o udzielenie zamówienia na zagospodarowanie przestrzeni publicznych na historycznym osiedlu WUWA we Wrocławiu oraz na okoliczność ustalenia odpowiedniego udziału prac zieleni w całości robót budowlanych. Wyjaśnienia na rozprawie G.S. architekta pełniącego obowiązki Kierownika projektu zamawiającego, wskazują na pierwotny udział prac na terenach zieleni na poziomie ok.22 - 24 % całości prac (wartość kosztorysowa). Z kolei po zmianie zakresu robót w trzecim aktualnie prowadzonym postępowaniu ich zakres sięga ok. 25 procent całości robót. Jak oświadczył Kierownik projektu na rozprawie skrócony w aktualnym postępowaniu czas realizacji zamówienia z czterech do trzech lat z powodów finansowych uwzględnia także inny zakres robót niż w poprzednich dwóch postępowaniach. Z dotychczasowego zakresu prac wyjęto roboty o dużym stopniu nasilenia robót stricte inżynierskich obejmujących przystanki tramwajowe i tereny wokół tych przystanków. Na dowód powyższego zamawiający przedstawił na rozprawie do akt sprawy materiały poglądowe obrazujące rozkład zieleni na terenie objętym inwestycją. Z materiałami zapoznał się także na rozprawie odwołujący i nie wniósł zastrzeżeń co do wniosków wywodzonych z nich przez zamawiającego. We wszystkich postępowaniach przetargowych dotychczas prowadzonych na przedmiotową inwestycję zamawiający przewiduje rozliczenie kosztorysowe na podstawie obmiarów a nie ryczałtowe za całość wykonanych prac przewidzianych w SIWZ. W związku z powyższym na podstawie przedmiarów robót można ustalić udział „prac zielonych” w całości robót objętych przedmiotowym zamówieniem. Powyższe w ocenie Izby wyklucza brak konieczności ustanowienia biegłego, którego celem byłoby ustalić faktyczny udział „prac zielonych” w całości robót. Bowiem każdy wykonawca zainteresowany udziałem w postępowaniu dysponując przedmiarem robót jest w stanie określić udział „prac zielonych” w całości robót budowlanych. Mogłoby to stanowić podstawę do uzasadnienia zarzutów, co do zawyżenia przez zamawiającego wartości robót na terenach zielonych w wymaganym doświadczeniu

zawodowym, będących przedmiotem odwołania. Pomimo, że udział tych prac jest aktualnie na poziomie 25 % wartości robót według oświadczenia zamawiającego (oświadczenie Kierownika projektu na rozprawie), odstąpił on od uprzedniego warunku 20 % udziału prac zielonych w całości robót. Zamawiający wziął pod uwagę odwołanie jak i celowość zwiększenia konkurencyjności postępowania i odstąpił od procentowego udziału wartości prac na terenach zielonych w całości robót budowlanych, zastępując go wartością kwotową. Podkreślił, że jest zainteresowanie przetargiem, ponieważ otrzymał 144 pytań a odwołujący dotychczas nie zadał żadnego pytania. Kierownik projektu zamawiającego na rozprawie odniósł się do zastrzeżeń odwołującego co do braku zdefiniowania charakteru „prac zielonych” to jest prac na obszarze naturalnej zieleni jak i na terenie parków. Posiadanie takiego doświadczenia w SIWZ zamawiający wymaga od potencjalnych wykonawców. W szczególności wobec krytyki odwołującego na rozprawie co do braku legalnych definicji zieleni na naturalnych obszarach i na terenach parkowych Kierownik projektu wyjaśnił te pojęcia. W szczególności prace na terenach zieleni wymaganych postanowieniami SIWZ odróżnił od zieleni projektowanych na ścianach czy dachach budynków, które nie spełniają wymogu SIWZ w zakresie doświadczenia zawodowego. Odwołujący na rozprawie nie kwestionował złożonych przez Kierownika projektu, posiadającego wykształcenie architekta, wyjaśnień. Wyjaśnienia te były również przekonujące dla Izby. Tym bardziej w kontekście złożonych przez zamawiającego dowodów obrazujących teren objęty pracami, który znajduje się na obszarze Parku Szczytnickiego. W związku z tym na terenie objętym inwestycją obowiązuje wyższy reżim pielęgnacji zieleni niż na pozostałych terenach zielonych w tym również z powodu, że znajduje się na nim chroniony starodrzew.

Reasumując Izba uznała, że pierwotny wymóg na poziomie 20 % prac na terenach zielonych w całości robót a skutek zmiany spowodowanej niniejszym odwołaniem wymóg osiemset tysięcy złotych jest uzasadniony potrzebami zamawiającego. Zamawiający na rozprawie wykazał, że wymóg 800.000,00 zł. robót na terenach zielonych w całości przedstawionego doświadczenia, które ma wynosić nie mniej niż 4.000.000,00 złotych wartości robót budowlanych nie jest nadmierny. Izba dochodząc do tego stwierdzenia wzięła pod uwagę, że zagospodarowywane w tym postępowaniu historyczne osiedle WUWA we Wrocławiu znajduje się na terenie Parku Szczytnickiego. W związku z tym dla Izby nieuzasadnione są także dalsze zastrzeżenia odwołującego co do wymogu zamawiającego, że nie wystarczą każde prace na terenie zieleni ale prace wyraźnie zdefiniowane w SIWZ. Zamawiający wykazał, że słusznie wymaga prac na naturalnych terenach zielonych lub na terenach zieleni parkowej, które mają dotyczyć wycinek, nasadzeń i pielęgnacji drzew, krzewów, bylin a także założenia nowych trawników wraz z ich pielęgnacją. Odwołujący powołując się na zał.

Nr 9 do SIWZ stanowiący opis przedmiotu zamówienia nie wskazywał, że przedmiot zamówienia nie obejmuje trawników, drzew, krzewów czy też bylin.

Reasumując odwołujący nie wykazał naruszenia wskazanych w odwołaniu art.41 pkt 7 w zw. z art.22 ust.1 pkt 2 i ust.4 w zw. z art.7 ust.1 ustawy Pzp. Odwołujący przedstawił argumentację sprowadzającą się do braku co do zasady prawa zamawiającego do zmiany pierwotnie ustalonych warunków doświadczenia zawodowego, w sytuacji nawet unieważnienia poprzednich postępowań i prowadzenia ich w innym trybie (przetarg ograniczony – I postępowanie i przetarg nieograniczony – II i III postępowanie). Ponadto na rozprawie zamawiający oświadczył czemu odwołujący nie zaprzeczył a co Izba uznaje za okoliczność przyznaną, że w stosunku do poprzednich postępowań uległ zmianie czas realizacji zamówienia z 4 lat do 3 lat. Ponadto zamawiający przedstawił na rozprawie mapy poglądowe, które wskazują na zmiany przedmiotowe zamówienia, polegające na likwidacji robót w przystankach tramwajowych i na terenach okalających przystanki, co powoduje wzrost udziału prac na terenach zielonych w całym zamówieniu. Ponadto zamawiający uwzględnił część zarzutów pierwszego odwołania zmieniając udział 20 % do kwoty 800.000,00 złotych co stanowi przy minimum wymaganej kwocie całości robót 20 % a przy większych robotach mniej niż 20 procent. Natomiast na rozprawie Kierownik projektu zamawiającego oświadczył czemu odwołujący nie zaprzeczył a Izba uznała okoliczność za przyznaną, że według pozycji kosztorysowych pierwotnie zieleń stanowi 22 -24 % a po zmianie zakresu robót zieleń stanowi co najmniej 25 % całości robót. Tym samym w ocenie Izby zamawiający uwzględnił w możliwym i bezpiecznym dla niego zakresie żądania odwołującego. Natomiast odwołujący nie wykazał w toku postępowania odwoławczego braku związania i proporcjonalności warunków wiedzy i doświadczenia z przedmiotem zamówienia a co jest jego obowiązkiem w myśl art.6 k.c.(ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne).

W tym stanie rzeczy skoro odwołujący nie wykazał naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów prawa, w myśl art.192 ust.2 ustawy Pzp. odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy i § 3 pkt 1 i pkt 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. nr 41 poz.238) zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 10.000,00 zł. w koszty postępowania odwoławczego i zasądzając kwotę 3.237,00 od odwołującego na rzecz zamawiającego tytułem wynagrodzenia

Sygn. akt KIO 1043/16

pełnomocnika i kosztu dojazdu na rozprawę (faktura VAT z 28.06.2016 nr 1/0/2016 na kwotę 2.829 zł oraz koszty biletu PKP z tytułu przejazdu na kwotę 408 zł brutto).

Przewodniczący: