

Sygn. akt: KIO 732/12

**WYROK**  
**z dnia 23 kwietnia 2012 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Anna Chudzik**

Protokolant: Jakub Banasiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **23 kwietnia 2012 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 kwietnia 2012 r. przez wykonawcę **PUDIZ Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie**, w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Zieleni Miejskiej w Olsztynie**

**orzeka:**

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w części I zamówienia, powtórzenie wezwania wykonawcy – Małgorzata Jaroszuk, prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Utrzymania Czystości Małgorzata Jaroszuk do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej;**
2. Kosztami postępowania obciąża **Zarząd Zieleni Miejskiej w Olsztynie** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **PUDIZ Sp. z o.o.** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od **Zarządu Zieleni Miejskiej w Olsztynie** na rzecz **PUDIZ Sp. z o.o.** kwotę **18.600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 w **Olsztynie**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Zarząd Zieleni Miejskiej w Olsztynie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Utrzymanie terenów zieleni na terenie miasta Olsztyna w 2012 r.*

W dniu 13 kwietnia 2012 r. wykonawca PUDIZ Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec wyboru oferty Przedsiębiorstwa Utrzymania Czystości Małgorzata Jaroszuk na część I zamówienia i zaniechania wykluczenia tego wykonawcy z udziału w postępowaniu, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 26 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, że wykonawca, którego oferta została wybrana, nie spełnia warunków udziału w postępowaniu i podlega wykluczeniu. Wskazał, że zgodnie z SIWZ wykonawcy mieli wykazać, że wykonali lub wykonują usługi odpowiadające swoim rodzajem usługom stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców. Zamawiający zdefiniował usługę odpowiadającą swoim rodzajem usługom stanowiącym przedmiot zamówienia jako: usługę, której zakres obejmował w szczególności pielęgnację poszczególnych form zieleni tj. trawniki, kwietniki trwałe, drzewa i krzewy oraz prace konserwacyjne dla występujących na terenach zieleni urządzeń i elementów ich wyposażenia, a także prace porządkowe. Ponadto Zamawiający określił, iż Wykonawca ma wykazać (dla części I zamówienia) dwie usługi o łącznej wartości 750 tys. zł. Zdaniem Odwołującego, z użycia przez Zamawiającego łączników „oraz”, „a także”, wynika iż Zamawiający wymaga doświadczenia w wykonywaniu usług, w których zakresie znajdują się wszystkie wymienione czynności, czyli zarówno pielęgnacja zieleni, jak i prace konserwacyjne oraz porządkowe.

Odwołujący wskazał, że wybrany wykonawca załączył do oferty wykaz prac (załącznik nr 5) zawierający dwie pozycje:

- 1) usługę wykonywaną na rzecz Zarządu Zieleni Miejskiej w Olsztynie na kwotę 443.777,61 zł, która obejmowała utrzymanie terenów zielonych, trawników, krzewów, kwietników, grabienie, koszenie,
- 2) usługę wykonywaną na rzecz Miejskiego Zarządu Dróg i Mostów w Olsztynie na kwotę 418.573,29 zł, która obejmowała utrzymanie i oczyszczanie chodników, ścinanie darniny, gracowanie.

Na potwierdzenie powyższego doświadczenia do wykazu usług dołączono referencje. Referencje w zakresie pierwszej usługi potwierdzały wykonanie prac polegających m.in. na

pielęgnacji i konserwacji zieleni, oraz drobnych naprawach elementów placów zabaw. Referencje dotyczące drugiej ze wskazanych usług, potwierdzały tylko wykonywanie usług oczyszczania chodników. Zamawiający w dniu 22 marca 2012 r. wezwał wykonawcę do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. W odpowiedzi wykonawca przedłożył Załącznik nr 5 do SIWZ „Doświadczenie zawodowe” zawierający usługi wskazane w pierwotnym wykazie, z uszczegółowionym zakresem wykonywanych prac. Do wykazu ponownie dołączono referencje dotyczące pierwszej usługi w niezmienionej formie i treści oraz referencje dotyczące drugiej usługi o zmienionej treści, tj. uzupełnionej o szczegółowe informacje odnoszące się do zakresu prac porządkowych.

Zdaniem Odwołującego z powyższego wynika, iż ww. wykonawca wykazał wykonanie tylko jednej usługi (wykonanej na rzecz Zarządu Zieleni Miejskiej w Olsztynie), której zakres obejmował, w szczególności pielęgnacje poszczególnych form zieleni tj. trawniki, kwietniki trwałe, drzewa i krzewy oraz prace konserwacyjne dla występujących na terenach zieleni urządzeń i elementów ich wyposażenia, a także prace porządkowe. Odwołujący podniósł, że uzupełnione dokumenty, mimo ich uszczegółowienia, zawartością merytoryczną nie różnią się od tych, które zostały przedłożone wraz z ofertą. W ocenie Odwołującego, usługa wskazana w poz. 2 wykazu obejmuje swoim zakresem wyłącznie usługi oczyszczania, tj. prace porządkowe obejmujące m.in. zmiatanie nawierzchni chodników, poziome oczyszczanie chodników, gracowanie chodników i usunięcie chwastów, liści, gałęzi i innych odpadów, ścinanie darni z płyt chodnikowych, opryskiwanie nawierzchni chodników środkami chemicznymi chwastobójczymi. Nie obejmuje natomiast pozostałych, wymaganych w SIWZ elementów, tj. pielęgnacji poszczególnych form zieleni oraz prac konserwacyjnych.

Odwołujący podniósł, że ze względu na brak możliwości wielokrotnego wzywania do uzupełnienia dokumentów, wykonawca Przedsiębiorstwa Utrzymania Czystości Małgorzata Jaroszuk winien zostać wykluczony, a jego oferta odrzucona.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenia badania i oceny ofert, wykluczenia z postępowania wykonawcy Przedsiębiorstwo Utrzymania Czystości Małgorzata Jaroszuk i odrzucenie jego oferty oraz dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

***Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje:***

Zgodnie z punktem VII.2.2 SIWZ, wykonawca, w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, miał obowiązek wykazać, że

wykonał lub wykonuje (wykonana część odpowiada żądanej kwocie) w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie usługi odpowiadające swoim rodzajem usługom stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców. Przez „usługę odpowiadającą swoim rodzajem usługom stanowiącym przedmiot zamówienia” należy rozumieć usługi, których zakres obejmował w szczególności pielęgnację poszczególnych form zieleni tj. trawniki, kwietniki trwałe, drzewa i krzewy oraz prace konserwacyjne dla występujących na terenach zieleni urządzeń i elementów ich wyposażenia, a także prace porządkowe (...). Dla części I zamówienia Zamawiający wymagał wykazania się realizacją usług o łącznej wartości 750 tys. zł.

Wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza w części I zamówienia (Małgorzata Jaroszuk, prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Utrzymania Czystości Małgorzata Jaroszuk) załączył do oferty wykaz wykonanych usług (str. 21 oferty), w którym zamieścił dwie usługi:

- 1) na rzecz Zarządu Zieleni Miejskiej w Olsztynie na kwotę 443.777,61 zł, obejmującą: *utrzymanie terenów zielonych, trawniki, krzewy, kwietniki, grabienie, koszenie,*
- 2) na rzecz Miejskiego Zarządu Dróg i Mostów w Olsztynie na kwotę 418.573,29 zł, obejmującą: *prace porządkowe, utrzymanie i oczyszczanie chodników, ścinanie darniny, gracowanie.*

Do wykazu wykonawca załączył referencje wystawione przez odbiorców wykonanych usług. Wg dokumentu wystawionego przez Miejski Zarząd Dróg i Mostów, wykonawca wykonał usługi *oczyszczania chodników w rejonach utrzymania nr 6, 7 i 8.*

W Tabelach oceny ofert sporządzonych przez poszczególnych członków komisji przetargowej i załączonych do *Protokołu z posiedzenia komisji przetargowej z 21 marca 2012 r.*, w odniesieniu do doświadczenia zawodowego ww. wykonawcy członkowie komisji przetargowej zamieścili adnotacje o treści: *Uzupełnić doświadczenie o 1 umowę.*

W dniu 22 marca 2012 r. Zamawiający skierował do ww. wykonawcy wezwanie na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, o treści: (...) wzywa do uzupełnienia dokumentu stanowiącego Załącznik nr 5 do SIWZ pn. „Doświadczenie zawodowe”, w którym Wykonawca wykaże, że wykonał lub wykonuje (wykonana część zamówienia odpowiada żądanej kwocie) w okresie ostatnich trzech lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie usługi odpowiadające swoim rodzajem usługom stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców. Do załącznika Nr 5 należy dołączyć dokumenty (referencje wystawione przez Usługobiorcę) potwierdzające, że wymienione usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

W odpowiedzi na wezwanie, wykonawca złożył wykaz wykonanych usług, obejmujący dwie usługi wskazane w wykazie złożonym wraz z ofertą. Jako opis usługi wymienionej w poz. 2 wykonawca podał: *zamiatanie nawierzchni chodników, pozimowe oczyszczanie, gracowanie, usunięcie chwastów, liści, gałęzi, ścinanie darni z płyt chodnikowych, opryskiwanie chodników*. Wykonawca przedłożył referencje wystawione przez usługobiorcę, w których stwierdzono, że prace porządkowe obejmowały między innymi: *zamiatanie nawierzchni chodników, pozimowe oczyszczanie chodników, gracowanie chodników i usunięcie chwastów, liści, gałęzi i innych odpadów, ścinanie darni z płyt chodnikowych, opryskiwane nawierzchni chodników środkami chemicznymi chwastobójczymi*.

W Protokole z posiedzenia komisji przetargowej z 5 kwietnia 2012 r. zamieszczono informację: Komisja stwierdza, że *wezvani do uzupełnienia dokumentów Wykonawcy dostarczyli w wyznaczonych terminach wymagane dokumenty*. Komisja sporządziła zestawienie najkorzystniejszych ofert złożonych w postępowaniu, jako ofertę najkorzystniejszą w części I zamówienia wskazując ofertę Małgorzaty Jaroszuk, prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Utrzymania Czystości Małgorzata Jaroszuk (616.678,74 zł brutto). W dniu 5 kwietnia 2012 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze tej oferty.

***Izba zważyła, co następuje:***

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący – jako wykonawca, który złożył drugą pod względem ceny ofertę – spełnia określone art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na niezyskaniu zamówienia.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby wybrany wykonawca nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Okolicznością bezsporną między stronami jest zakres usługi wskazanej w poz. 2 wykazu złożonego przez Przedsiębiorstwo Utrzymania Czystości Małgorzata Jaroszuk. Zamawiający nie kwestionuje tezy Odwołującego, że usługa ta obejmowała wyłącznie prace porządkowe, nie dotyczyła natomiast pielęgnacji zieleni i prac konserwacyjnych. Jednak zdaniem Zamawiającego, usługa ta, łącznie z usługą z poz. 1 wykazu, potwierdza spełnianie określonego w SIWZ warunku. Zamawiający twierdzi bowiem, że warunek należy uznać za spełniony, jeżeli obie usługi łącznie obejmowały trzy wskazane w specyfikacji elementy, tj. pielęgnację zieleni, prace konserwacyjne i prace porządkowe (zatem pojedyncza usługa

mogła mieć zakres węższy). Wyjaśnił, że skierował do Przedsiębiorstwo Utrzymania Czystości Małgorzata Jaroszuk wezwanie do uzupełnienia dokumentów jedynie ze względu na wątpliwości, czy usługa z poz. 2 wykazu obejmowała prace porządkowe, nie oczekiwał natomiast potwierdzenia, że usługa ta dotyczyła również pielęgnacji zieleni i prac konserwacyjnych.

Natomiast zdaniem Odwołującego, w świetle postanowień SIWZ, każda z usług, realizację których wykazał wykonawca, powinna odpowiadać definicji ustalonej przez Zamawiającego.

Izba podzieliła w tym zakresie stanowisko Odwołującego, uznając, że interpretacja przedstawiona na rozprawie przez Zamawiającego nie ma oparcia w brzmieniu punktu VII.2.2 SIWZ, w którym Zamawiający postanowił, że usługa odpowiadającą swoim rodzajem usługom stanowiącym przedmiot zamówienia obejmuje w szczególności pielęgnację poszczególnych form zieleni oraz prace konserwacyjne dla występujących na terenach zieleni urządzeń i elementów ich wyposażenia, a także prace porządkowe. Zdaniem Izby z definicji tej wynika, że każda z usług wykazanych na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu powinna mieć zakres przedmiotowy określony przez Zamawiającego. Natomiast usługa o węższym zakresie nie jest w rozumieniu SIWZ usługą odpowiadającą swoim rodzajem przedmiotem zamówienia.

Podkreślić należy, że Zamawiający jest związany określonym przez siebie opisem warunków udziału w postępowaniu i nie może na etapie oceny ofert nadawać mu innego znaczenia, niż wynikający z jego literalnego brzmienia. Działanie takie może prowadzić do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Izba nie kwestionuje prawa Zamawiającego do innego ukształtowania warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia, należy jednak wskazać, że powinno to nastąpić na etapie opracowywania specyfikacji i znaleźć odzwierciedlenie w jej postanowieniach. Jeżeli więc intencją Zamawiającego było dokonanie oceny spełniania warunku w taki sposób, jaki przedstawił na rozprawie, to powinien był precyzyjnie zapisać to w specyfikacji.

Wobec powyższego Izba uznała, że wybrany wykonawca nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Niemniej jednak żądanie wykluczenia tego wykonawcy w ocenie Izby jest przedwczesne. Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp powinien on zostać wezwany przez Zamawiającego do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Wezwanie przekazane przez Zamawiającego w dniu 22 marca 2012 r. należy uznać za nieprawidłowe. Po pierwsze, skierowane było w wyniku dokonania oceny w sposób niewynikający z SIWZ. Po drugie, w jego treści Zamawiający nie wskazał stwierdzonych braków w złożonej ofercie,

nie określił, które elementy warunku w jego ocenie nie zostały wykazane. Zamawiający ograniczył się wyłącznie do zacytowania odpowiedniego postanowienia specyfikacji. Na podstawie tego wezwania wykonawca nie miał nawet ograniczonej wiedzy na temat dokonanej przez Zamawiającego oceny.

Podkreślić należy, że wezwanie kierowane do wykonawcy na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp powinno precyzyjnie wskazywać stwierdzone braki i żądany zakres uzupełnienia, tylko wtedy możliwe będzie prawidłowe zastosowanie się do wezwania. W związku z tym wezwania z 22 marca 2012 r. nie można uznać za wypełniające dyspozycję art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Izba podziela stanowisko Odwołującego o niedopuszczalności wielokrotnego stosowania procedury określonej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, z tym jednak zastrzeżeniem, że w przypadku wadliwości pierwszego wezwania, powtórzenie tej czynności jest nie tylko możliwe, ale i konieczne. W związku z tym Zamawiający ma obowiązek wskazać w wezwaniu zakres wymaganego uzupełnienia (ustalony w oparciu o postanowienia specyfikacji, nie zaś własną interpretację stojącą w sprzeczności z jej literalnym brzmieniem), a następnie – w zależności od przedłożonych przez wykonawcę dokumentów, podjąć decyzję o jego wykluczeniu lub o wyborze jego oferty jako najkorzystniejszej.

Wobec stwierdzenia naruszenia przepisów ustawy, które miało wpływ na wynik postępowania, odwołanie – stosownie do art. 192 ust. 2 ustawy Pzp – zostało uwzględnione.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 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:** .....