

Sygn. akt: KIO 1667 /10

WYROK
z dnia 23 sierpnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Ewa Rzońca

Protokolant: Patrycja Kaczmarska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 sierpnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez wykonawców składających ofertę wspólną **Konsorcjum: Green – Art Acer Piotr Dettlaff, Green - Art Iwona Dettlaff, 81 – 150 Gdynia, ul. Żelazna 16a/49** od czynności zamawiającego - **Zarząd Dróg i Zieleni w Gdańsku, 80 – 254 Gdańsk, ul. Partyzantów 36**

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz dokonanie ponownego badania i oceny złożonych ofert połączone z wyjaśnieniem spełniania warunków udziału w postępowaniu w sposób opisany w uzasadnieniu wyroku z uwzględnieniem oferty odwołującego.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Zarząd Dróg i Zieleni w Gdańsku, 80 – 254 Gdańsk, ul. Partyzantów 36.**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 15.000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu

uiszczonego przez wykonawców składających ofertę wspólną **Konsorcjum: Green – Art Acer Piotr Dettlaff, Green - Art Iwona Dettlaff, 81 – 150 Gdynia, ul. Żelazna 16a/49,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 15.000 zł 00 gr. (słownie piętnaście tysięcy złotych 00 groszy) przez **Zarząd Dróg i Zieleni w Gdańsku, 80 – 254 Gdańsk, ul. Partyzantów 36** na rzecz wykonawców składających ofertę wspólną **Konsorcjum: Green – Art Acer Piotr Dettlaff, Green - Art Iwona Dettlaff, 81 – 150 Gdynia, ul. Żelazna 16a/49** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Zarząd Dróg i Zieleni w Gdańsku - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na usługę całorocznego utrzymania terenów zieleni miejskiej w Gdańsku w okresie od 1.09.2010 r. do 31.08.2013 r., w zakresach: Zakres I - Rejon: Stare Miasto, Zakres II - Rejon: Śródmieście, Zakres III - Rejon: Wrzeszcz, Zakres IV - Rejon: Portowa, Zakres V - Rejon: Oliwa, Zakres VI - Rejon: Pas Nadmorski. Postępowanie prowadzone jest w trybie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”.

Postępowanie o udzielenie zamówienia wszczęto w dniu 26 maja 2010 roku. Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Pismem z dnia 26 lipca 2010 r., doręczonym w tym samym dniu za pomocą faksu, wykonawcom składającym ofertę wspólną jako - Konsorcjum: Piotr Dettlaff prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Green – Art Acer z siedzibą w Gdyni (Lider konsorcjum), Iwona Dettlaff prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Geen – Art z siedzibą w Gdyni - dalej: „Odwołujący” lub „Konsorcjum” - zostali poinformowani, o wyborze oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu, tj. oferty Przedsiębiorstwa Usługowego „PRESTO” Antoni Manczur (dalej: „Przedsiębiorstwo Usługowe „PRESTO”) oraz o odrzuceniu ich oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy.

W dniu 4 sierpnia 2010 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie Konsorcjum w zakresie części VI - Rejon: Pas Nadmorski,.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt. 6 ustawy poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego,
- 2) art. 7 ust. 1 i 3 art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty Przedsiębiorstwa Usługowego „PRESTO”.

Odwołujący żądał:

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,

- 2) unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Usługowe „PRESTO”,
- 3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu w zakresie VI,
- 4) wykluczenia z postępowania wykonawcy - Przedsiębiorstwo Usługowe „PRESTO” na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 3 i 4 ustawy,
- 5) uznania za najkorzystniejszą - oferty złożonej przez Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania podnosił m. in. :

1. Odrzucenie oferty Odwołującego:

Odwołujący wyjaśniał, że obowiązek ustalenia obowiązującej stawki podatku od towarów i usług oraz ustalenia jego wartości spoczywa zawsze na Wykonawcy - podatniku zgodnie z art. 15 i 19 ustawy z dnia 11 marca 2004 roku o podatku od towarów i usług. Zamawiający w żadnym wypadku nie jest organem podatkowym upoważnionym do rozstrzygania wątpliwości powstałych na gruncie prawa podatkowego polegających na interpretacji wysokości zastosowanej stawki podatku VAT. Odwołujący, posiłkując się uzyskaną interpretacją podatkową przygotował, zgodnie z jej treścią, ofertę. Zatem jest zabezpieczony przed negatywnymi konsekwencjami w zakresie ewentualnych domiarów podatkowych i odpowiedzialności karnej. Roszczenie przez Zamawiającego uprawnień do arbitralnej oceny poprawności zastosowanej stawki podatku VAT sprawia, iż Odwołujący nie miał żadnej gwarancji, co do ewentualnego braku odrzucenia jego oferty w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący zaznaczył również, iż niezależnie od zastosowanej w ofercie stawki podatku VAT - w trakcie oceny porównywana jest cena brutto, którą następnie Zamawiający zapłaci i która niezależnie od rozliczeń płatnika z urzędem skarbowym pozostanie niezmienna w całym okresie realizacji zamówienia, zaś czynność cywilnoprawna nieprawidłowo opodatkowana i rozliczona w tym zakresie nie jest dotknięta sankcją nieważności. W zawiązku z powyższym nie istnieje w ustawie Prawo zamówień publicznych pojęcie „błędnej stawki podatku VAT”.

W opinii Odwołującego dyspozycja art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp nakazująca Zamawiającemu odrzucenie oferty zawierającej błędy w obliczeniu ceny, nie może objąć swoją treścią „błędu w określeniu stawki podatku VAT.”

2. Zaniechanie wykluczenia oraz wybór oferty Przedsiębiorstwa Usługowego „PRESTO” jako najkorzystniejszej.

A. Zarzut dotyczący nie posiadania odpowiednich uprawnień

W ocenie Odwołującego, z literalnego brzmienia przepisów ustawy, popartej opinią prawną Urzędu Zamówień Publicznych (dostępna na stronach internetowych UZP) wynika, iż Wykonawcy winni samodzielnie spełnić warunki stawiane przez Zamawiającego dotyczące odpowiednich uprawnień.

W przedmiotowym postępowaniu Przedsiębiorstwo Usługowe „PRESTO”, złożył wraz z ofertą zezwolenie na usuwanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości obejmujące kody odpadów wymagane do realizacji usługi (odpady ulegające biodegradacji oraz niesegregowane zmieszane odpady komunalne). Przedsiębiorstwo Usługowe „PRESTO”, złożył również wraz z ofertą zezwolenie na transport niesegregowanych zmieszanych odpadów komunalnych firmy SAPO Stanisław Klawikowski sp. j. z siedzibą w Gdańsku, ul. Leszczynowa 4. Dodatkowo, w ofercie Przedsiębiorstwa Usługowego „PRESTO”, znalazło się zobowiązanie SAPO sp. j. do „oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów, tj. usług w zakresie odbierania i transportu odpadów komunalnych”.

Odwołujący podkreślał, że oferta została złożona samodzielnie przez Przedsiębiorstwo Usługowe „PRESTO”, a nie przez wykonawców występujących wspólnie. W takim przypadku SAPO sp. j. może występować ewentualnie jako podwykonawca, ale w takim przypadku - zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych – niedopuszczalne jest legitymowanie się przez Przedsiębiorstwo Usługowe „PRESTO” uprawnieniami SAPO sp. j. W świetle powyższego, Wykonawca ten nie potwierdził spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zatem podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy.

B. Zarzut niepotwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia

Odwołujący twierdził, że Zamawiający w SIWZ w pkt. III ust. 2 wskazał, iż Wykonawca musi wykazać się wykonaniem w ostatnich 3 latach przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) zamówień odpowiadających swoim charakterem, rodzajem (prace porządkowe, prace ogrodnicze, konserwacja elementów małej architektury na terenach zieleni) niniejszemu zamówieniu - realizację usług dotyczących utrzymania terenów zieleni, o łącznej wartości brutto nie mniejszej niż 1 800 000 zł (dla Zakres VI), w tym minimum jedno zadanie, w którym wartość brutto prac ogrodniczych związanych z pielęgnacją zieleni, takich jak: zakładanie i pielęgnacja trawników, obsadzanie i pielęgnacja kwietników, sadzenie i pielęgnacja krzewów, wynosiła nie mniej niż 300 000 zł. W celu potwierdzenia spełnienia tego warunku udziału w postępowaniu Zamawiający zażądał złożenia wykazu usług oraz dokumentów, np. referencji, potwierdzających, że usługi zostały wykonane lub, w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych, że są wykonywane należycie. Odwołujący podkreślał, że Zamawiający nie

pozostawił Wykonawcom możliwości rozszerzenia zakresu rodzajowego wykonywanych usług poprzez dodanie określeń „itp.”, „np.”. Zatem przy ocenie spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu należy brać pod uwagę jedynie enumeratywnie wymienione przez Zamawiającego rodzaje usług.

Przedsiębiorstwo Usługowe „PRESTO”, złożył wraz z ofertą a następnie uzupełnił na wezwanie Zamawiającego wykazy usług oraz dokumenty potwierdzające, że usługi zostały wykonane należycie. Odwołujący kwestionuje następujące pozycje wykazu usług złożonego wraz z ofertą oraz odpowiadające im kwoty:

1. Przycinanie krzewów liściastych świadczone dla Pracowniczej Spółdzielni Mieszkaniowej Kolejarskiej w Gdańsku, wartość: 34 371 zł oraz 38 108 zł - referencje wystawione przez ww. Spółdzielnię nie są opatrzone datą wystawienia, z ich treści nie sposób wywnioskować jaki okres świadczenia usług mają potwierdzać jako należycie wykonane.
2. Opracowanie inwentaryzacji zieleni, wycinka zieleni wraz z uprzątnięciem i utylizacją świadczone dla Urzędu Miejskiego w Gdańsku, wartość: 28 309 zł - bezsprzecznym jest, że przedmiot usługi świadczonej na rzecz Urzędu Miejskiego w Gdańsku nie mieści się w określonym przez Zamawiającego katalogu usług odpowiadających rodzajem przedmiotowi zamówienia (prace porządkowe, prace ogrodnicze, konserwacja elementów małej architektury na terenach zieleni).
3. Prace porządkowe polegające na oczyszczaniu terenów zielonych z odpadów i zanieczyszczeń z wywozem na wysypisko świadczone dla Pracowniczej Spółdzielni Mieszkaniowej Kolejarskiej w Gdańsku, wartość: 28 781 zł oraz 33 109,03 zł - referencje wystawione przez ww. Spółdzielnię nie są opatrzone datą wystawienia, z ich treści nie sposób wywnioskować jaki okres świadczenia usług mają potwierdzać jako należycie wykonane.
4. Odśnieżanie świadczone dla Pracowniczej Spółdzielni Mieszkaniowej Kolejarskiej w Gdańsku, wartość: 26 504 zł, 32 101 zł oraz 41 800 zł - referencje wystawione przez ww. Spółdzielnię nie są opatrzone datą wystawienia, z ich treści nie sposób wywnioskować jaki okres świadczenia usług mają potwierdzać jako należycie wykonane.
5. Odśnieżanie świadczone dla Spółdzielni Mieszkaniowej Chelmskiej w Gdańsku, wartość: 29 108 zł oraz 54 108 zł - referencje wystawione przez ww. obejmują wyłącznie okres zimowy 2008/2009, zatem nie mogą potwierdzać należytego wykonania usług wskazanych jako zakończone w kwietniu 2008 roku i kwietniu 2010 r.
6. Pielęgnacyjne koszenie trawników dla Spółdzielni Mieszkaniowej Młyniec w Gdańsku, wartość: 51 200 zł, 59 600 zł oraz 34 000 zł - Przedsiębiorstwo Usługowe „PRESTO”, w piśmie z dnia 20 lipca 2010 r. stwierdził, iż nie wykonywał ww. wskazanych usług.

7. Pielęgnacyjne koszenie trawników dla Spółdzielni Mieszkaniowej Zakoniczyn Gdańsk, wartość 19 000 zł - data wykonania usługi została wskazana jako 27 październik 2010 roku, referencje wystawione przez ww. Spółdzielnię zostały w dniu 19 kwietnia 2010 roku. Bezsprzecznym jest, iż pielęgnacyjne koszenie trawników wykonuje się najszybciej w miesiącu maju. Zatem ww. referencje nie mogą potwierdzać należytego wykonania wskazanych przez Przedsiębiorstwo Usługowe „PRESTO” usług.
8. Pielęgnacyjne koszenie trawników dla Spółdzielni Mieszkaniowej Suchanino Gdańsk, wartość 57 000 zł - data wykonania usługi została wskazana jako 19 października 2010 roku, referencje wystawione przez ww. Spółdzielnię zostały w dniu 25 lutego 2010 roku. Bezsprzecznym jest, iż pielęgnacyjne koszenie trawników wykonuje się najszybciej w miesiącu maju. Zatem ww. referencje nie mogą potwierdzać należytego wykonania wskazanych przez Przedsiębiorstwo Usługowe „PRESTO” usług.

Odwołujący kwestionował również następującą pozycję wykazu usług uzupełnionego przez Przedsiębiorstwo Usługowe „PRESTO” w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, tj. usługi projektowo-budowlane związane z zagospodarowaniem stawu wraz z terenem rekreacyjnym dla KASZTEL Joanna Tucka, wartość 18 300 zł. W opinii Odwołującego, bezsprzecznym jest, że przedmiot usługi świadczonej przez Przedsiębiorstwo Usługowe „PRESTO” na rzecz Urzędu Miejskiego w Gdańsku nie mieści się w określonym przez Zamawiającego katalogu usług odpowiadających rodzajem przedmiotowi zamówienia (prace porządkowe, prace ogrodnicze, konserwacja elementów małej architektury na terenach zieleni).

Dodatkowo, Odwołujący wskazał, iż wartość usługi wskazanej jako zakładanie i pielęgnacja trawników dla Spółdzielni Mieszkaniowej Suchanino Gdańsk o wartości 391 278,20 zł, jest zdecydowanie wartością nierealną, biorąc pod uwagę powierzchnię terenu zielonego Spółdzielni (6,8 ha). Z treści referencji wystawionej przez Spółdzielnię Suchanino wynika, iż usługa związana z zakładaniem i pielęgnacją trawników wykonana została w 2009 roku. Natomiast w wyjaśnieniach złożonych w dniu 20 lipca 2010 roku Przedsiębiorstwo Usługowe „PRESTO”, wskazał, iż była to usługa związana z „nowymi inwestycjami” - długoterminowa wykonywana w latach 2008-2009.

Odwołujący podkreślał fakt, iż sam wykonawca - Przedsiębiorstwo Usługowe „PRESTO”, - przyznał w piśmie z dnia 20 lipca 2010 r., iż usługa wykonywana dla Spółdzielni Suchanino związana była z tzw. „nowymi inwestycjami”. Odwołujący - podobnie jak jeden z Wykonawców, który również zakwestionował wartość wspomnianej usługi - jest profesjonalistą działającym od wielu lat na rynku usług związanych z utrzymaniem zieleni i w jego ocenie usługi dotyczące „nowych inwestycji” obejmują nie tylko zakładanie i pielęgnację trawników lecz również przygotowanie

terenu pod nową inwestycję (wycinkę drzew i krzewów, plantowanie terenu), a zatem zakres usług, który nie został przez Zamawiającego wskazany w pkt. III ust. 2 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia dotyczącej przedmiotowego postępowania.

Odwołujący stwierdził, iż w jego ocenie wszystkie wartości usług świadczonych na rzecz Spółdzielni Suchanino i Robotniczej Spółdzielni Mieszkaniowej Budowlani są zdecydowanie zawyżone. Świadczy o tym niewielka powierzchnia terenu zielonego obu Spółdzielni oraz szacunkowa cena rynkowa, w przypadku koszenia trawników wahająca się w granicach od 15 do 20 zł brutto za 100 m².

Pismem z dnia 12.08.2010 r., które wpłynęło do Izby w dniu 18.08.2010 r. Zamawiający po szczegółowym rozpatrzeniu zarzutów i żądań wniesionego odwołania postanowił uwzględnić je w części dotyczącej bezpodstawnego odrzucenia oferty odwołującego się konsorcjum, unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz żądania dokonania ponownej oceny ofert, a oddalić natomiast w zakresie zarzutu dotyczącego wykazania niewłaściwego doświadczenia przez wykonawcę, który złożył najkorzystniejszą ofertę jak również żądania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia, ofertę, odpowiedź Zamawiającego na odwołanie oraz stanowiska i oświadczenia stron przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp. Oferta Odwołującego została bowiem odrzucona przez Zamawiającego i ta czynność Zamawiającego jest przedmiotem zarzutów zawartych w odwołaniu, jak również czynność zaniechania wykluczenia z postępowania Przedsiębiorstwa Usługowego „PRESTO” oraz uznania złożonej przez niego oferty za odrzuconą. Gdyby wykonawca Przedsiębiorstwo Usługowe „PRESTO” został wykluczony z postępowania a jego oferta podlegała odrzuceniu natomiast oferta Odwołującego została przywrócona do postępowania i podlegała ocenie z racji przyjętego przez Zamawiającego kryterium cenowego oceny ofert w postępowaniu to oferta Odwołującego miałaby szansę zostać uznana za najkorzystniejszą. Tym samym zatem interes tego wykonawcy w uzyskaniu niniejszego zamówienia doznał konkretnego uszczerbku (szkoda) w sferze praw wykonawcy oraz jego interesu gospodarczego, objawiającego się w możliwości utraty dostępu do zamówienia i przewidywanych z tytułu jego realizacji zysków.

Skład orzekający Izby stwierdził również, że nie zaistniały przesłanki do odrzucenia odwołania wskazane w art. 189 ust. 2 ustawy, zatem odwołanie podlegało merytorycznemu rozpoznaniu.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut Odwołującego w zakresie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy poprzez odrzucenie oferty Odwołującego potwierdził się.

Zamawiający w SIWZ w pkt. IX „Opis sposobu obliczenia ceny” wskazał, iż w ofercie należy podać całkowitą cenę wykonania przedmiotu zamówienia wraz z podatkiem VAT. Ponadto, w przedmiotowej SIWZ Zamawiający nie wskazał w jaki sposób Wykonawcy mają określić wysokość stawki podatku VAT w przedmiotowym postępowaniu.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający stwierdził, że powyższy zarzut zasługuje na uznanie. W zakresie zarzutu odrzucenia oferty Odwołującego i przychylił się do uznania argumentów Odwołującego, pozwalających uznać tak złożoną ofertę za poprawną w kontekście braku podstaw do odrzucenia. W piśmie uwzględniającym ww. zarzut podał m. in., że wskazany przepis - art. 89 ust.1 pkt 6 ustawy Pzp - nie odnosi się do przypadku przyjęcia i zastosowania przez wykonawcę nieprawidłowej stawki podatku, tym samym brak jest w ustawie normy stanowiącej podstawę do odrzucenia oferty wykonawcy z powyższego powodu. Izba podzieliła i przyjęła za własne ustalenia i argumentację Zamawiającego uzasadniającą uznanie powyższego zarzutu.

Zarzut Odwołującego w zakresie naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Przedsiębiorstwa Usługowego „PRESTO”, gdyż nie wykazał o spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wymaganych zezwoleń, potwierdził się.

W pkt. III w ust. 1 SIWZ – „*Warunki udziału w postępowaniu wraz z opisem dokonania oceny spełnienia warunków*” podano, iż Wykonawca musi posiadać:

a) aktualne (na dzień składania ofert) zezwolenie w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie miasta Gdańska wydane przez Prezydenta Miasta Gdańska na podstawie art.7 pkt.I ustawy z dnia 13 września 1996r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (tekst jednolity Dz. U. Nr 236 poz. 2006 z 2005 r. z późn. zm.),

b) aktualne (na dzień składania ofert) zezwolenie w zakresie transportu odpadów wydane na podstawie art.28 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001r. o odpadach (tekst jednolity Dz. U. Nr 39 poz. 251 z 2007 r. z późn. zm.) przez Prezydenta Miasta Gdańska, w zakresie którego uwzględniono odpowiednie wymagania przewidziane dla zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie transportu odpadów".

W ust. 5 powyższego punktu SIWZ Zamawiający sprecyzował wymaganie, iż w przypadku wykazania wiedzy i doświadczenia, potencjału technicznego, osób zdolnych do wykonania zamówienia innych podmiotów wykonawca zobowiązany jest przedstawić pisemne zobowiązanie podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia (dot. zakresu I-VI).

Izba podziela i przyjmuje za własne ustalenia i argumentację Zamawiającego uzasadniającą uznanie powyższych zarzutów. I tak: zarzut braku szczególnych uprawnień do świadczenia usług transportu odpadów faktycznie, jak dowodzi Odwołujący, również zasługuje na uznanie, gdyż Przedsiębiorstwo Usługowe „PRESTO” nie potwierdziło posiadania zezwolenia na prowadzenie działalności gospodarczej w tym zakresie. W przedmiotowym postępowaniu Przedsiębiorstwo Usługowe „PRESTO” załączyło uprawnienia wystawione na inny podmiot, co nie potwierdza warunków udziału w postępowaniu określonych w SIWZ i ogłoszeniu. W związku z powyższym żądanie Odwołującego się związane z dokonaniem ponownej oceny ofert w świetle uznania powyższych naruszeń ustawy również zasługuje na uznanie. Zamawiający przychylił się do konieczności zmiany swojej decyzji w zakresie wyboru oferty firmy Przedsiębiorstwo Usługowe „PRESTO” jako najkorzystniejszej. Wobec powyższego Zamawiający na podst. art. 26 ust.3 ustawy zobowiązał się do wezwania o uzupełnienie ofert w wskazanym zakresie. W ocenie Zamawiającego dopiero tak przeprowadzona ocena ofert w postępowaniu jest właściwa w kontekście wykonania wszystkich nakazanych przepisami prawa czynności. Zamawiający wyjaśnił, że uznanie w pełni odwołania wniesionego przez Konsorcjum a zaniechanie tych czynności stanowić będzie istotne naruszenie przepisu art. 26 ust. 3 i 4 ustawy, który nakazuje przeprowadzić procedurę uzupełnienia brakujących dokumentów, a także żądania wyjaśnień w sprawie złożonych dokumentów.

Izba stwierdziła, że zarzut w zakresie naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy poprzez nie wykazanie przez Przedsiębiorstwo Usługowe PRESTO spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia podniesiony w odwołaniu potwierdził się.

W ust. 2 pkt. III SIWZ — „Warunki udziału w postępowaniu wraz z opisem dokonania oceny spełnienia warunków” Zamawiający wymagał aby Wykonawca wykazał się wykonaniem w ostatnich 3 latach przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) zamówień odpowiadających swoim charakterem, rodzajem (prace porządkowe, prace ogrodnicze, konserwacja elementów małej architektury na terenach zieleni) niniejszemu zamówieniu - realizacje usług dotyczących utrzymania terenów zieleni, o łącznej wartości brutto nie mniejszej niż 1 800 000 zł (dla Zakres VI), w tym minimum jedno zadanie, w którym wartość brutto prac ogrodniczych związanych z pielęgnacją zieleni, takich jak: zakładanie i pielęgnacja trawników, obsadzanie i pielęgnacja kwietników, sadzenie i pielęgnacja krzewów, wynosiła nie mniej niż 300 000 zł. W celu potwierdzenia spełnienia tego warunku udziału w postępowaniu Zamawiający żądał złożenia wykazu usług oraz dokumentów, np. referencji, potwierdzających, że usługi zostały wykonane lub, w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych, że są wykonywane należycie.

Przedsiębiorstwo Usługowe „PRESTO”, dla zakresu VI, złożył wraz z ofertą oraz uzupełnił na wezwanie Zamawiającego „Wykaz zrealizowanych usług” (według wzoru Załącznik nr 1c/5 do SIWZ) oraz dokumenty potwierdzające, że usługi zostały wykonane należycie. Z wykazu wynika, iż wykonawca świadczył usługi odpowiadające swoim charakterem niniejszemu zamówieniu na kwotę 2.344.354,64 zł (pierwotny wykaz) oraz 62 734 zł (uzupełniony wykaz).

W przedmiotowym wykazie Przedsiębiorstwo Usługowe „PRESTO” wskazał wykonanie m. in. usług takich jak:

- 1) Przycinanie krzewów liściastych świadczone dla Pracowniczej Spółdzielni Mieszkaniowej Kolejarz w Gdańsku o wartościach:
 - a) 34 371 zł, jako datę wykonania zamówienia (zakończenia dd/mm/rr) wskazano 14 maj 2008 r.,
 - b) 38 108 zł – jako datę wykonania zamówienia (zakończenia dd/mm/rr) wskazano 14 kwiecień 2009 r.
- 2) Opracowanie inwentaryzacji zieleni, wycinka zieleni wraz z uprzątnięciem i utylizacją świadczone dla Urzędu Miejskiego w Gdańsku o wartości wartość: 28 309 zł, jako datę wykonania zamówienia (zakończenia dd/mm/rr) wskazano 18 marca 2009 r.
- 3) Prace porządkowe polegające na oczyszczaniu terenów zielonych z odpadów i zanieczyszczeń z wywozem na wysypisko świadczone dla Pracowniczej Spółdzielni Mieszkaniowej Kolejarz w Gdańsku o wartościach:
 - a) 28 781 zł, jako datę wykonania zamówienia (zakończenia dd/mm/rr) wskazano 31 października 2008 r.
 - b) oraz 33 109,03 zł, jako datę wykonania zamówienia (zakończenia dd/mm/rr) wskazano 30 listopada 2009 r.

- 4) Odśnieżanie świadczone dla Pracowniczej Spółdzielni Mieszkaniowej Kolejarz w Gdańsku o wartościach:
 - a) 26 504 zł, jako datę wykonania zamówienia (zakończenia dd/mm/rr) wskazano 28 marca 2008 r.
 - b) 32 101 zł, , jako datę wykonania zamówienia (zakończenia dd/mm/rr) wskazano 31 marca 2009 r.
 - c) 41 800 zł jako datę wykonania zamówienia (zakończenia dd/mm/rr) wskazano 30 marca 2010 r.
- 5) Odśnieżanie świadczone dla Spółdzielni Mieszkaniowej Chełm Gdańsk o wartości usług:
 - a) 29 108 zł, jako datę wykonania zamówienia (zakończenia dd/mm/rr) wskazano 25 kwietnia 2008 r.;
 - b) 54 108 zł, jako datę wykonania zamówienia (zakończenia dd/mm/rr) wskazano 30 kwietnia 2010 r.
- 6) Pielęgnacyjne koszenie trawników dla Spółdzielni Mieszkaniowej Młyniec Gdańsk o wartości:
 - a) 51 200 zł, jako datę wykonania zamówienia (zakończenia dd/mm/rr) wskazano 31 października 2008 r.
 - b) 59 600 zł, jako datę wykonania zamówienia (zakończenia dd/mm/rr) wskazano 29 października 2009 r.
 - c) oraz 34 000 zł, jako datę wykonania zamówienia (zakończenia dd/mm/rr) wskazano 25 października 2010 r.
- 7) Pielęgnacyjne koszenie trawników dla Spółdzielni Mieszkaniowej Zakoniczyn Gdańsk o wartości 19 000 zł - data wykonania usługi została wskazana jako 27 październik 2010 r.
- 8) Pielęgnacyjne koszenie trawników dla Spółdzielni Mieszkaniowej Suchanino Gdańsk, wartość 57 000 zł - data wykonania usługi została wskazana jako 19 października 2010 r.

Referencja wystawiona przez Pracowniczą Spółdzielnię Mieszkaniową KOLEJARZ, przedstawiona przez Przedsiębiorstwo Usługowe „PRESTO”, mająca potwierdzać należyte wykonanie usług wskazanych powyżej w pkt 1, 3 i 4 nie jest opatrzona datą wystawienia. W jej treści nie określono też okresu świadczenia ww. usług a zawarto jedynie zapis tj. „Spółdzielnia współpracuje z firmą „PRESTO” od 1995 roku. Przez cały okres współpracy prace wykonywane były solidnie i terminowo na rzecz Spółdzielni”.

W dniu 14.07.2010 r. Zamawiający w trybie art. 87 ust. 1 ustawy wezwał Przedsiębiorstwo Usługowe „PRESTO” do złożenia wyjaśnień dotyczących wykonywanych usług w zakresie konserwacji elementów małej architektury, a w przypadku braku możliwości złożenia wyjaśnień potwierdzających spełnienie warunku opisanego w pkt III.2 SIWZ, na mocy art. 26 ust. 3 i 4 ustawy

Wykonawca winien uzupełnić dokumenty potwierdzające spełnienie ww. warunku – wykazać nowe zadania oraz załączyć stosowne dokumenty potwierdzające należyłą ich realizację. Jednocześnie Zamawiający w trybie art. 87 ust. 1 wezwał ww. wykonawcę do udzielenia wyjaśnień dotyczących usług wymienionych powyżej w pkt. 6 oraz wykonania usługi pn. zakładanie i pielęgnacja trawników dla Spółdzielni Mieszkaniowej Suchanino Gdańsk o wartości 391.278,20 zł.

W dniu 20.07.2010 r. Przedsiębiorstwo Usługowe „PRESTO” uzupełnił ww. wykaz usług w zakresie konserwacji elementów małej architektury wraz dokumentami potwierdzającymi ich należyłą realizację w tym również wykazano w poz. 5 - usługi projektowo-budowlane związane z zagospodarowaniem stawu wraz z terenem rekreacyjnym świadczone dla KASZTEL Joanna Tucka o wartości 18.300 zł. Jednocześnie w przedmiotowym piśmie wykonawca wniósł o wykreślenie usług wymienionych powyżej w pkt. 6 wykonywanych dla SM „Młyniec” oraz potwierdził prawidłowość rodzajową usług oraz wartości zadania w zakresie zakładania i pielęgnacji trawników wykonywanego na rzecz Spółdzielni Mieszkaniowej „Suchanino” w Gdańsku.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 12.07.2010 r. Zamawiający nie uznał zarzutu w zakresie nie wykazania się odpowiednim doświadczeniem przez Przedsiębiorstwo Usługowe „PRESTO”. Zwrócił uwagę na fakt, iż z przytoczonych przez Odwołującego dowodów świadczących rzekomo na niekorzyść firmy PRESTO nie wynika wprost aby złożone oświadczenie dotyczące wykazu usług mające potwierdzać żądane doświadczenie zawierało mylne lub nieprawdziwe dane. Wykonawca w wyniku dodatkowych wyjaśnień uaktualnił wykaz o bardziej szczegółowe opisy, załączył dokumenty potwierdzające ich należyte wykonanie jak również wykazał wymagane w warunkach wartości, czym wypełnił obowiązek w zakresie wykazania swego doświadczenia wynikający z SIWZ. Zgodnie z wykazem dokumentów wskazanym w rozporządzeniu w sprawie rodzaju dokumentów jakich wolno żądać Zamawiającemu na potwierdzenie warunków udziału wskazano, iż to wykaz usług ma zawierać dane dot. terminu ich wykonania, odbiorców, zakresu oraz wartości natomiast użyte w tym przypadku przez wykonawcę referencje mają potwierdzać tylko fakt ich należytego wykonania lub w przypadku świadczeń ciągłych wykonywania. Referencje mają potwierdzać należyte wykonanie zadań, a nie zawierać szczegółowe informacji na temat zrealizowanych zamówień. Praktycznie w każdej z przytoczonych nieprawidłowości wskazywano „ (...) referencje nie są opatrzone datą, z ich treści nie sposób wywnioskować jaki okres świadczenia mają potwierdzać”. Podnoszone również w wątpliwość kwoty jakie wskazywał wykonawca za wykonanie określonych prac wobec braku rzeczowych informacji jaki był ich faktyczny zakres, a opierając się na wskazanym tytule wykonanego zamówienia, również nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący na rozprawie wycofał zarzut dotyczący pielęgnacyjnego koszenia trawników dla Spółdzielni Mieszkaniowej Młyniec Gdańsk w. pkt 6 (str. 10 odwołania).

Zamawiający natomiast na rozprawie oświadczył, że na etapie badania i oceny ofert nie badał doświadczenia Przedsiębiorstwa Usługowego „PRESTO” w zakresie pkt 2, 5, 6, 7 i 8 zawartych w odwołaniu, gdyż wykonawca w wykazie wykonanych usług dla zakresu VI wykazał się znacznie większym doświadczeniem niż było wymagane w SIWZ. Ponadto oświadcza, iż w/w badaniem nie był objęte też prace projektowo – budowlane wykonywane przez Przedsiębiorstwo Usługowe „PRESTO” na rzecz Kasztel Joanna Tucka. Mrytorycznym badaniem objął usługi w zakresie przycinania krzewów liściastych, prac porządkowych polegających na oczyszczaniu terenów zielonych z odpadów i zanieczyszczeń z wywozem na wysypisko oraz odśnieżania świadczonych dla Pracowniczej Spółdzielni Mieszkaniowej Kolejarskiej w Gdańsku (wymienione powyżej w pkt 1, 3 i 4)

Skład orzekający Izby podzielił stanowisko Odwołującego się, iż z treści załączonych do oferty Przedsiębiorstwa Usługowego „PRESTO” referencji wystawionej przez Pracowniczą Spółdzielnię Mieszkaniową KOLEJARZ nie wynika wprost, iż wykonawca na rzecz ww. podmiotów świadczył usługi wymienione powyżej w pkt. 1, 3 i 4 w okresie wskazanym w „Wykazie zrealizowanych usług”.

W pierwszym rzędzie, przystępując do oceny tego zarzutu należy stwierdzić, że z treści referencji wystawionej wynika jedynie, iż usługi w zakresie przycinania krzewów liściastych, prac porządkowych polegających na oczyszczaniu terenów zielonych z odpadów i zanieczyszczeń z wywozem na wysypisko oraz odśnieżania świadczone dla Pracowniczej Spółdzielni Mieszkaniowej Kolejarskiej w Gdańsku (wymienione powyżej w pkt 1, 3 i 4) zostały wykonana należycie.

Izba oczywiście zgadza się z poglądem prezentowanym przez Zamawiającego, że dokonujący oceny dokumentów potwierdzających należyte wykonanie zamówienia zobowiązany jest uwzględniać okoliczność, iż wykonawca nie ma wpływu, ani na formę, ani na treść dokumentu sporządzanego przez zamawiającego, na okoliczność potwierdzenia należytego wykonania zamówienia. Praktyka zamawiających w tym względzie jest różna i nie może prowadzić do obciążenia wykonawcy negatywnymi konsekwencjami takiego stanu rzeczy. Nie mniej jednak wskazuje na cel jakiego takie dokumenty mają służyć, a więc potwierdzeniu należytego wykonania konkretnych usług, które w przeszłości świadczył wykonawca na rzecz konkretnego podmiotu. Aby istniała możliwość przyporządkowania i powiązania danej referencji do konkretnej usługi wskazanej w wykazie wykonanych usług taka referencja musi posiadać w treści takie elementy na podstawie których dokonanie takiej czynności będzie możliwe. Niewątpliwie istotnymi elementami pozwalającymi przypisać daną

referencję do danej usługi jest: okres wykonywania usługi lub przynajmniej data wydania referencji).

W referencji wystawionej przez Pracowniczą Spółdzielnię Mieszkaniową KOLEJARZ w Gdańsku dołączonej do oferty Przedsiębiorstwa Usługowego „PRESTO” co prawda jest mowa o należyтым wykonaniu usług w zakresie przycinania krzewów liściastych, prac porządkowych polegających na oczyszczaniu terenów zielonych z odpadów i zanieczyszczeń z wywozem na wysypisko a także odśnieżania, ale w związku z tym, iż ww. referencja nie została opatrzona żadną datą a jej treść nie zawiera okresu wykonania ww. usług to nie sposób powiązać jej z usługami wskazanymi przez wykonawcę w wykazie wykonanych usług i potwierdzić ich należyte wykonanie. Wobec faktu, iż przedmiotowa referencja nie została opatrzona żadną datą a w jej treści zawarto jedynie informacje o współpracy Przedsiębiorstwa Usługowego „PRESTO” z wystawcą referencji od 1995 r., hipotetycznie można przyjąć na potrzeby niniejszych rozważań, że referencja równie dobrze mogła zostać wystawiona w okresie od 1996 r. do 2007 r. a tym samym wówczas nie potwierdzałaby wykonania usług wskazanych wykazie na rzecz Spółdzielnię Mieszkaniową KOLEJARZ.

Izba stwierdziła, że na rozprawie również nie wykazano, że we wskazanym okresie wykonawca Przedsiębiorstwo Usługowe „PRESTO” świadczył na rzecz Pracowniczej Spółdzielni Mieszkaniowej KOLEJARZ usługi wymienione w pkt. 1, 3 i 4 wykazu.

Abstrahując od faktu czy stanowisko Odwołującego jest słuszne, bezsporne jest, iż wskazany wykaz oraz załączony do niego list referencyjny powinien wzbudzić uzasadnione wątpliwości Zamawiającego, który winien był w wyznaczonym terminie wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących przedmiotowej referencji, czego nie uczynił. Ponadto, w celu wykazania należytej staranności w prowadzeniu przedmiotowego postępowania Zamawiający mógł zwrócić się do podmiotów, które wystawiły referencje o wyjaśnienie treści referencji aby porównać ją z danymi zawartymi w wykazie wykonanych usług w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W przypadku gdyby złożone wyjaśnienia nie potwierdzały spełnienia warunku udziału w postępowaniu Zamawiający był zobligowany do wezwania wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do wylegitymowania się innymi dokumentami potwierdzającymi spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia zawodowego.

Izba podzieliła stanowisko i argumentację Zamawiającego w kwestii zarzutu Odwołującego w zakresie rodzaju oraz wartości usługi świadczonej przez Przedsiębiorstwo Usługowe „PRESTO” na rzecz Spółdzielni Mieszkaniowej Suchanino wskazanej jako

zakładanie i pielęgnacja trawników o wartości 391 278,20 zł. Na rozprawie Odwołujący nie udowodnił, że ww. zarzut zasługuje na potwierdzenie.

Izba nie potwierdziła też zarzutu Odwołującego dotyczącego zawyżonych wartości usług wykonanych na rzecz Spółdzielni Mieszkaniowej Suchanino oraz Spółdzielni Mieszkaniowej Budowlani. Izba przyznała słusność argumentacji Zamawiającego, który wyjaśnił, iż nie posiada wiedzy o szczegółowym zakresie usług wykonywanych na rzecz w/w podmiotów i związku z czym nie jest w stanie stwierdzić czy wartość usług wskazana w wykazie jest zawyżona. Ponadto wskazał, iż w obowiązującym systemie prawnym istnieje swoboda kontaktowania pomiędzy stronami związku z czym nie można narzucić stronom konkretnego wynagrodzenia za wykonanie danej usługi. Odwołujący nie udowodnił, iż wskazane w „Wykazie zrealizowanych usług” wartości usług są w znacznym stopniu zawyżone.

Reasumując, Izba potwierdza naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy poprzez odrzucenie oferty Odwołującego oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy poprzez nie wykazanie przez Przedsiębiorstwo Usługowe „PRESTO” spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia podniesiony w odwołaniu potwierdził się.

Wobec powyższego Izba nakazała unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert połączonej z wyjaśnieniem spełniania warunków udziału w postępowaniu w sposób opisany w uzasadnieniu w wyroku z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i art. 192 ust. 2 ustawy, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy § 1 ust. 1 pkt 2, § 3, § 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. Nr 41, poz. 238). Izba nie uwzględniła kosztów związanych wynagrodzeniem pełnomocnika Odwołującego w kwocie 1.800 zł, ponieważ nie przedstawiono w tym zakresie dokumentów w postaci rachunku lub faktury VAT wymaganych § 3 ust. 2 powyższego rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....