

Sygn. akt KIO/UZP 1290/09

WYROK

z dnia 26 października 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

**Członkowie: Jolanta Markowska
Izabela Niedziałek-Bujak**

Protokolant: Wioleta Wasilewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 października 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez Przedsiębiorstwo Produkcyjno–Usługowo–Handlowe „INTERBUD” Sp. z o.o., 26-600 Radom, ul. Limanowskiego 154, od rozstrzygnięcia przez zamawiającego Gmina Miasta Radomia, 26-600 Radom, ul. Kilińskiego 30, protestu z dnia 14 sierpnia 2009r.,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Produkcyjno–Usługowo–Handlowe „INTERBUD” Sp. z o.o., 26-600 Radom, ul. Limanowskiego 154 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez Przedsiębiorstwo Produkcyjno–Usługowo–Handlowe „INTERBUD” Sp. z o.o., 26-600 Radom, ul. Limanowskiego 154,

- 2) dokonać zwrotu kwoty **5 538 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Przedsiębiorstwo Produkcyjno–Usługowo–Handlowe „INTERBUD” Sp. z o.o., 26-600 Radom, ul. Limanowskiego 154.

Uzasadnienie

Zamawiający - Gmina Miasta Radomia w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem są roboty budowlane pod nazwą „Rewitalizacja Parku im. Tadeusza Kościuszki”, o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.), (ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 1 lipca 2009 r. pod numerem 103107-2009), wykluczył z postępowania odwołującego - Przedsiębiorstwo Produkcyjno–Usługowo–Handlowe „INTERBUD” Sp. z o.o. z siedzibą w Radomiu, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy Pzp, w związku z postanowieniami § 8 pkt 1 ppkt 1.3 lit. a) oraz § 9 pkt 9 i 10 siwz i odrzucił ofertę złożoną przez tego wykonawcę, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. W uzasadnienia zawiadomienia z dnia 7 sierpnia 2009 r. znak: In.III-3410/47/23/09 podał, że odwołujący wykazał w załączniku nr 9 do oferty, że w 2004 r. przeprowadził rewitalizację parku osiedlowego o pow. 3,5 ha na radomskim osiedlu „Południe”, którego inwestorem była Spółdzielnia Mieszkaniowa „Południe” oraz załączył w załączniku nr 10 do oferty referencję wystawioną w dniu 31 grudnia 2004 r. przez Spółdzielnię Mieszkaniową „Południe”, z której wynikało potwierdzenie wykonania wskazanych robót.

Zamawiający, mając wiedzę o znajdujących się na terenie Gminy parkach, w tym na terenach zajmowanych przez Spółdzielnię Mieszkaniową „Południe”, powziął wątpliwości dotyczące referencji i wystąpił dwukrotnie do spółdzielni z prośbą o wyjaśnienie sprawy. Spółdzielnia wyjaśniła, że nie może potwierdzić wykonania takich robót i, że na terenie osiedla znajduje się tylko jeden park, który nie pozostaje w zasobach spółdzielni, lecz stanowi własność Gminy Miasta Radomia. Spółdzielnia podała, że odwołujący świadczył na

jej rzecz usługi do 2005 r. związane z wywozem nieczystości, sprzątaniem klatek schodowych oraz konserwacją i utrzymaniem terenów zewnętrznych.

Zamawiający podał w zawiadomieniu, że wezwał odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, do złożenia dokumentów i wyjaśnień w tym zakresie. Odwołujący stwierdził, że wskazana w wykazie usług załączonym do oferty usługa, potwierdza spełnianie warunku, a wykonawca nie może ponosić konsekwencji w związku ze zmianą stanowiska spółdzielni co do potwierdzenia wykonanych robót.

Zamawiający występując drugi raz do spółdzielni, poprosił o przekazanie umowy o świadczenie robót lub wyciągu obejmującego zakres przedmiotowych robót. Spółdzielnia wyjaśniła, że odwołujący nie otrzymywał żadnych zleceń dotyczących rewitalizacji parku osiedlowego, a jedynie świadczył usługi konserwacyjno–eksploatacyjne. Zamawiający ustalił, że były to typowe usługi wykonywane w celu utrzymania terenów zielonych, np. koszenie, zabezpieczenie nasadzeń przed mrozami, wymiana piasku w piaskownicach, sprzątanie terenów zewnętrznych, mycie okien, odśnieżanie.

Odwołujący wniósł protest pismem z dnia 14 sierpnia 2009 r. i wobec jego oddalenia pismem z dnia 24 sierpnia 2009 r., wniósł w granicach zarzutów protestu, odwołanie pismem z dnia 28 sierpnia 2009 r., złożonym w tym dniu w placówce pocztowej operatora publicznego „Radom 18”.

W odwołaniu podniósł, że w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów prawa, interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. Odwołujący mógłby uzyskać przedmiotowe zamówienie, bowiem cena oferty odwołującego jest najniższa, niższa o około 380.000 zł od ceny następnej oferty w kolejności, a okres gwarancji jest tożsamy z okresem podanym w tej ofercie, jednak bezprawne czynności zamawiającego w postaci wykluczenia odwołującego z postępowania, a następnie odrzucenia jego oferty, pozbawiły go możliwości uzyskania zamówienia. Zamawiający swoimi działaniami naruszył przepis art. 24 ust. 2 pkt 2 i 3 i w konsekwencji art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, przez ich niewłaściwe zastosowanie, w związku z błędną interpretacją § 8 pkt 1 ppkt 1.3 lit. a) i § 9 pkt 9 i 10 specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Podjęte przez zamawiającego rozstrzygnięcia w toku postępowania o udzielenie zamówienia, naruszają podstawowe zasady obowiązujące w zamówieniach publicznych, określone w art. 7 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania,
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty,
- 3) dokonania ponownego badania ofert złożonych w postępowaniu,
- 4) dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania podał, że rozstrzygnięcie jest niezadowolające, gdyż odwołujący nie uzyskał oczekiwanego unieważnienia czynności wykluczenia z postępowania i przywrócenia jego oferty do dalszego postępowania.

Najważniejszym aspektem podnoszonym w odwołaniu jest, w ocenie odwołującego, fakt potwierdzenia przez zamawiającego, że treść referencji z dnia 31 grudnia 2004 r. wystawionych przez Spółdzielnię Mieszkaniową „Południe”, spełnia oczekiwania zamawiającego, co do potwierdzenia zakresu doświadczenia wymaganego dla realizacji obecnego zamówienia. Potwierdza to zamawiający w piśmie znak: In.III-3410/47/16/09 z dnia 28 lipca 2009 r. skierowanym do odwołującego, podając na stronie drugiej: "W przypadku Państwa oferty, wyłącznie robota dot. realizacji w 2004 roku parku osiedlowego o pow. 3,5 ha, na radomskim osiedlu „Południe” (inwestorem Spółdzielnia Mieszkaniowa „Południe”), może potwierdzać spełnienie ww. warunku udziału w postępowaniu.” Dodatkowym potwierdzeniem uznania treści referencji jest dwukrotne występowanie do zarządu spółdzielni z pytaniami, czy prace opisane w referencjach rzeczywiście były realizowane przez odwołującego. Zamawiający nie występowałby z pytaniami, gdyby treść referencji go nie zadowalała.

Odwołujący stwierdził, że zamawiający wystąpił do zarządu spółdzielni innego, niż był przed pięć laty, innego niż ten, na zlecenie, którego roboty zostały wykonane i który potwierdził w referencjach należyte ich wykonanie. Zamawiający dając wiarę obecnemu zarządowi, a odmawiając tej wiary ówczesnemu, naruszył obowiązującą zasadę zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji w prowadzonym postępowaniu.

Zamawiający naruszył także zasadę równego traktowania wykonawców. Z uzasadnienia rozstrzygnięcia protestu można wywnioskować, że zamawiający, tak samo jak referencje odwołującego, drobiazgowo badał referencje wszystkich wykonawców. Podał on bowiem: „Z treści warunku wynika bezsprzecznie, iż wykonawcy w celu jego spełnienia powinni wykonać należycie roboty budowlane, które obejmują swoim zakresem rewitalizację parku, o powierzchni minimum 3 ha, rewitalizacja powinna być ponadto kompleksowa. Przy ocenie spełniania warunku zamawiający zobowiązany był więc ustalić: czy przedmiotem wykonanych robót była zdegradowana, wymagająca rewitalizacji powierzchnia parku, czy rewitalizacja miała charakter kompleksowy, tj. czy w wyniku robót rewitalizacyjnych wykonawca przywrócił substancję parkową do zamierzonego celu określonego np. w sporządzonym projekcie rewitalizacji parku, czy powierzchnia parku objętego zamierzeniem rewitalizacyjnym była nie mniejsza niż 3 ha.”

Wniosek powyższy wynika jedynie z treści uzasadnienia rozstrzygnięcia protestu. Takiego wniosku nie można wywieść z treści protokołu postępowania o udzielenie zamówienia.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestów, w części dotyczącej protestu Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Handlowo-Usługowego „RO.SA-BUD” Roman Saczywko w Radomiu,

zamawiający precyzyjnie opisał w jaki sposób badał doświadczenie i prawdziwość treści referencji zwycięskiego konsorcjum: Spółdzielni Rzemieślniczej „Budowlana” w Radomiu i Firmy Usługowo-Handlowej „Magnolia” w Skarżysku-Kamiennej. To znaczy, przed wyborem oferty tego konsorcjum nie badał jego doświadczenia i referencji w ogóle. Uczynił to dopiero po dokonaniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i to dopiero wskutek wniesionego protestu przez wykonawcę „RO.SA-BUD”. Wątpliwości rozstrzygał zwracając się nie do wystawiającego referencje, jak to było w przypadku badania prawdziwości referencji odwołującego, ale do wykonawcy, który wskutek tego załączył dodatkowe zaświadczenie.

Potwierdzeniem prawdziwości powyższych stwierdzeń jest fragment uzasadnienia rozstrzygnięcia protestów znajdujący się na stronie trzeciej i czwartej, gdzie zamawiający podał: „Zarówno z przedstawionych referencji z dnia 20 lipca 2009 roku, jak również z dostarczonego zamawiającemu w dniu 21 sierpnia 2009 r. zaświadczenia wynika, iż właściciel nieruchomości w ww. Mąchocicach Kapitulnych zlecił wykonanie szczegółowego projektu odnowienia walorów parku o charakterze krajobrazowo-rezydencjonalnym. Projekt został wykonany przez arch. kraj. Magdalenę K. i arch. kraj. Katarzynę Ł., natomiast wykonawcą rewitalizacji była Firma Usługowo-Handlowa „Magnolia” ze Skarżyska-Kamiennej, członek Konsorcjum, które w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego o nazwie „Rewitalizacja Parku im. T. Kościuszki” złożyło najkorzystniejszą ofertę.” Zamawiający nie badał wartości dowodowej referencji zwycięskiego konsorcjum.

Natomiast oceniając wartość dowodową referencji odwołującego, nie wziął pod uwagę faktu, że referencje te nie były wystawione ad hoc na potrzeby przedmiotowego zamówienia, tak jak to było w przypadku zwycięskiego konsorcjum (data wystawienia 20 lipca 2009 r.), a znacznie wcześniej. Ani odwołujący, ani zarząd Spółdzielni Mieszkaniowej „Południe” nie mogli przewidzieć w 2004 r., że Miasto Radom będzie rewitalizować park i że zażąda od wykonawców warunku rewitalizowania przez nich parku o powierzchni min. 3 ha.

W rozstrzygnięciu protestu zamawiający praktycznie nie odniósł się do zarzutów i wyjaśnień odwołującego. Uzasadnienie rozstrzygnięcia protestu jest lakoniczne, jakby obok argumentów odwołującego.

Znamiennym jest, że nieuzasadniony formalizm zamawiającego wobec odwołującego, przy rzeczywistej wiedzy zamawiającego o doświadczeniu odwołującego, powziętej z załączonego do oferty wykazu ważniejszych robót i z załączonych referencji, wywołał u zamawiającego potrzebę wykluczenia odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty. Odwołujący udokumentował, że rzetelnie wykonywał każdy rodzaj robót, które należy wykonać przy realizacji zamówienia rewitalizacji parku.

W sposób szczególny dokumentują to następujące referencje:

- 1) referencje Spółdzielni Mieszkaniowej „Południe” w Radomiu z dnia 9.01.2002 r.
- 2) referencje Spółdzielni Mieszkaniowej „Południe” w Radomiu z dnia 31.12.2004 r.

3) referencje Miejskiego Zarządu Dróg i Komunikacji w Radomiu z dnia 15.01.2008 r.

4) referencje Miejskiego Zarządu Dróg i Komunikacji w Radomiu z dnia 6.02.2009 r. Zamawiający posiada pełną wiedzę o rzetelnym przygotowaniu odwołującego do zgodnego z jego oczekiwaniami wykonania zadania pn. „Rewitalizacja Parku im. T. Kościuszki”. Mimo tej wiedzy wykluczył odwołującego z postępowania i w konsekwencji odrzucił jego ofertę, z czym odwołujący nie może się zgodzić.

W świetle powyższego, odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i wydanie wyroku zgodnego z jego oczekiwaniami wyartykułowanymi na wstępie odwołania.

Na dowód prawdziwości referencji odwołujący załączył do protestu kserokopię załącznika nr 3 i aneksu nr 2 do umowy łączącej go ze Spółdzielnią Mieszkaniową „Południe” oraz wyciągi z kont ksiąg rachunkowych z 2004 r., w których zaewidencjonowane były obroty między spółdzielnią a protestującym. Wyszczególnione zostały tam roboty związane rewitalizacją terenów zielonych i z utrzymywaniem ich w dobrej kondycji, a także różnego rodzaju roboty, które są odpowiednikami podstawowej części robót koniecznych do wykonania w ramach przedmiotowego zamówienia. Protestujący wykonał w 2004 r. na rzecz spółdzielni roboty na kwotę 2.892.933 zł, w tym związane z szeroko pojętym utrzymaniem zieleni na kwotę 708.500 zł.

Uznał, że niemożliwym jest, aby spółdzielnia wydała w ciągu roku ponad 700.000 zł na koszenie i zabezpieczenie nasadzeń przed mrozami, szczególnie że wywóz skoszonej trawy i obciętych gałęzi fakturowany był zawsze pod nazwą „wywóz nieczystości stałych”. Najlepszą wiedzę, jaki rodzaj robót protestujący wykonał na rzecz Spółdzielni Mieszkaniowej „Południe” w 2004 r., posiadał ówczesny prezes spółdzielni w ostatnim dniu tego roku, tzn. w dniu wystawienia kwestionowanych przez zamawiającego referencji.

Nasilenie prac w każdym roku współpracy ze spółdzielnią było inne. Również nasilenie robót w poszczególnych sektorach 25 hektarowego terenu zieleni było różne. Zgodnie z oświadczeniem prezesa zarządu spółdzielni, w roku 2004 w sposób kompleksowy wykonywano roboty na określonym terenie zielonym obejmującym obszar 3,5 ha, nazwanym przez prezesa spółdzielni parkiem osiedlowym. Od tej pory upłynęło blisko 5 lat, nie sposób dzisiaj precyzyjnie ustalić nowemu zarządowi spółdzielni, który z terenów, o jakim obszarze i w jakim zakresie był rewitalizowany. Wiarygodne przeciwstawianie wiedzy obecnego zarządu spółdzielni o zakresie wykonywanych robót w 2004 r., z wiedzą ówczesnego zarządu, wydaje się być niemożliwym. Dlatego, ponad wszelką wątpliwość, należy przyjąć, że dane ujęte w referencjach są zgodne ze stanem faktycznym.

Protestujący również odniósł się do charakteru Parku im. T. Kościuszki.

Zamawiający oddalił w całości protest.

W uzasadnieniu podał, że w dniu 7 sierpnia 2009 r. dokonał rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o nazwie "Rewitalizacja Parku T. Kościuszki". Wykluczył z postępowania Wykonawcę Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe "INTERBUD" Sp. z o.o., a także odrzucił złożoną przez niego ofertę. Jako najkorzystniejsza została wybrana oferta wspólna, złożona przez konsorcjum wykonawców: Spółdzielnia Rzemieśnicza „Budowlana” z siedzibą w Radomiu oraz firma Usługowo-Handlowa „Magnolia” Dorota Kubicka z siedzibą w Skarżysku-Kamiennej.

Informację w tym przedmiocie wraz uzasadnieniem faktycznym i prawnym wszyscy wykonawcy otrzymali w dniu 7 sierpnia 2009 roku.

W proteście wykonawca Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe "INTERBUD" Sp. z o.o., zwany w rozstrzygnięciu protestującym, żądał jednocześnie: unieważnienia czynności wykluczenia z postępowania oraz odrzucenia oferty, dokonania ponownego badania ofert oraz wyboru jako najkorzystniejszej, jego oferty.

Zamawiający uznał, iż protest podlega w całości oddaleniu.

Z treści protestu wynika, iż dotyczy on dokonanej przez zamawiającego oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Zamawiający w § 3 pkt 1.3 lit a) specyfikacji istotnych warunków zamówienia określił następujący warunek udziału w postępowaniu:

„O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy:

posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, lub przedstawia pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia, w szczególności:

- a) wykonali należycie w okresie ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy- w tym okresie, minimum 1 zamówienie w zakresie robót budowlanych obejmujące kompleksową rewitalizację parku o powierzchni min. 3 ha.”

W celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu wykonawcy obowiązani byli złożyć jako:

- 1) załącznik nr 9 do oferty- wykaz należycie wykonanych w okresie ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy- w tym okresie, zamówień (minimum 1) w zakresie robót budowlanych obejmujących kompleksową rewitalizację parku o powierzchni min. 3 ha,
- 2) załącznik nr 10 do oferty- dokumenty (dla minimalnie 1 zamówienia na roboty budowlane) potwierdzające, że roboty wymienione w załączniku nr 9 zostały wykonane z należyłą starannością.

Z treści warunku wynika bezsprzecznie, iż wykonawcy w celu jego spełnienia powinni wykonać należycie roboty budowlane, które obejmują swoim zakresem rewitalizację parku, o powierzchni minimum 3 ha, rewitalizacja powinna być ponadto kompleksowa. Przy ocenie spełnienia warunku zamawiający zobowiązany był więc ustalić: czy przedmiotem wykonanych robót była zdegradowana, wymagająca rewitalizacji powierzchnia parku, czy rewitalizacja miała charakter kompleksowy, tj. czy w wyniku robót rewitalizacyjnych wykonawca przywrócił substancję parkową do zamierzonego celu określonego np. w sporządzonym projekcie rewitalizacji parku, czy powierzchnia parku objętego zamierzeniem rewitalizacyjnym była nie mniejsza niż 3 ha.

Takie rozumienie postawionego warunku udziału w postępowaniu determinuje również rodzaj i zakres robót będących przedmiotem prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o nazwie „Rewitalizacja Parku im. T. Kościuszki”.

Mając powyższe na uwadze, zamawiający stwierdził, że nie może uznać za spełnianie warunku udziału w postępowaniu, wykonania przez protestującego prac pielęgnacyjnych dotyczących zieleni na terenie Spółdzielni Mieszkaniowej „Południe”, tym bardziej, że z kontekstu zapewnień zarządu spółdzielni wynika, że wskazany wykonawca nie tylko nie wykonywał na jej zlecenie rewitalizacji parku osiedlowego, ale i wykonywać takich prac nie mógł, gdyż zasób spółdzielni nie obejmuje żadnego parku. Spółdzielnia jako wystawca referencji wyjaśniła, że Przedsiębiorstwo Produkcyjno–Usługowo–Handlowe „INTERBUD” Sp. z o.o. wykonywał na jej rzecz jedynie prace konserwacyjno-pielęgnacyjne.

Na rozprawie strony podtrzymały swoje stanowiska.

Przedstawiły dowody, w szczególności odwołujący okazał umowę z dnia 31.12.1992 r. i wyjaśnił, że usługi określone w tej umowie i aneksie nr 2 do umowy, świadczył na rzecz spółdzielni od dnia 31.12.1992 r. do połowy, lub drugiej połowy 2005 r. oraz, że roboty dotyczące zakresu określanego, jako rewitalizacja parku osiedlowego na rzecz Spółdzielni Mieszkaniowej „Południe” w Radomiu, były wykonywane jednorazowo, wyłącznie w 2004 r., na podstawie notatki zawartej wspólnie przez członków odwołującej się spółki i członków zarządu spółdzielni, w której ustalono, że w ramach określonej kwoty ma być wykonana rewitalizacja parku. Odwołujący wyjaśnił, że formalnie w dokumentacji Miasta, teren nie funkcjonuje jako park, zgodnie z przepisami o ochronie przyrody. Miasto nie uznało kompleksu tego jako parku, gdyż nie było w tym zakresie żadnych starań, by nanieść kompleks na mapy Miasta jako park. Ówczesny zarząd Spółdzielni Mieszkaniowej „Południe” traktował ten teren jako park osiedlowy, który miał powierzchnię ok. 3,5 ha. Teren zielony miał znacznie większą powierzchnię niż 3,5 ha, ale zlecenie robót odwołującemu dotyczyło obszaru o powierzchni ok. 3,5 ha. Pełnomocnik odwołującego oświadczył, że obecnie, na skutek zniszczenia, teren jest jedynie pozostałością po parku. Podał, że 23 zdjęcia

znajdujące się w aktach sprawy zostały załączone do wyjaśnień składanych przez odwołującego w trybie art. 23 ust. 3 i 4 Pzp (pismo z dnia 29.07.2009 r.), są to zdjęcia aktualne z terenu spółdzielni, gdzie wcześniej odwołujący wykonywał wszelkie prace z utrzymaniem zieleni. Na zdjęciach nie uwidoczniono terenów parku osiedlowego – 3,5 ha.

Składający wyjaśnienia, jako pełnomocnik odwołującego – były prezes spółdzielni Mieszkaniowej „Południe” w Radomiu i jej założyciel, wyjaśnił, że na okazanej planszy przez zamawiającego przedstawiającej osiedle „Południe” w Radomiu, pomiędzy ulicami Wierzbicką, Łąkową i Sobótki było stare wysypisko, które należało kiedyś do Miasta, później teren ten został przekazany spółdzielni i zarząd w 2002 r. podjął decyzję, żeby na tym terenie, z uwagi na niemożność wzniesienia budynków, utworzyć park. Opracowano projekt parku i zieleni, zatwierdzony przez zarząd spółdzielni i zlecono wykonanie tegoż parku odwołującemu. Odwołujący na tym terenie utworzył alejki i zasadził drzewa. Nie wykonał robót ściśle budowlanych, tj. kubaturowych. Była to rewitalizacja terenu polegająca na wykonaniu alejek i zasadzeniu drzew i krzewów, jedynie jedna alejka miała zainstalowane oświetlenie, na skutek nacisków mieszkańców przechodzących z bloków mieszkalnych do budynków użytkowych, tj. szkoły, przedszkola. Dokumentację dotyczącą powyższego terenu wykonali państwo Stachowiczowie (architekt zieleni i inżynier drogowy), ponieważ wykonanie alejek wymagało czynności związanych z robotami budowlanymi. Cały teren wynosił ok. 5 ha. Na części terenu wykonano parking. Powierzchnia ściśle zadrzewiona mogła wynosić ok. 3,5 ha. Na wykonanie prac związanych z urządzeniem terenu zielonego nie zawarto żadnej odrębnej umowy, wartość urządzenia terenu wynosiła ok. 1 mln zł.

Odwołujący świadczył usługi na rzecz spółdzielni na podstawie umowy zawartej dnia 31.12.1992 r., na inne wykonania nie zawierano odrębnych umów, zaś okazany aneks nr 2 prawdopodobnie był zawarty przed 2003 r., co wynika to z faktu, że aneks został podpisany również przez ówczesnego zastępcę prezesa zarządu spółdzielni.

Odwołujący wyjaśnił, że będąc wezwany przez zamawiającego do złożenia nowych dokumentów i wyjaśnień, nie wystąpił do spółdzielni mieszkaniowej o wydanie nowych referencji, ponieważ nie było sensu, po upływie prawie 5-letniego okresu od wykonania roboty.

Zamawiający podał, że posiada wiedzę na temat terenów zielonych na terenie Miasta i z całą stanowczością stwierdził, że Spółdzielnia Mieszkaniowa „Południe” nie dysponowała nigdy terenem, który można określić jako park osiedlowy, tym bardziej kwalifikujący się jako park podlegający rewitalizacji.

Podkreślił, że przedmiot zamówienia dotyczy rewitalizacji parku, która została zakwalifikowana jako robota budowlana z pełną dokumentacją projektową wraz z uzgodnieniami we wszystkich branżach. W zakres robót wchodzi wykonanie ogrodzenia,

latarni, nawierzchni, chodników, alejek, przejść oraz całej zieleni, a także stworzenie nowego projektu parku. Park im. T. Kościuszki jest jednym z wielu parków w Radomiu w tym, jednym z trzech starych parków, usytuowanym przy głównej ulicy miasta, o powierzchni ok. 8 ha, wpisanym do rejestru zabytków, prowadzonego przez wojewódzkiego konserwatora zabytków. Corocznie w parku dokonywane są prace tego typu jakie wskazał odwołujący, ale obecny przedmiot zamówienia zakłada wykonanie prac o zupełnie innym charakterze, przede wszystkim w zakresie robót budowlanych. Wartość netto planowanego zamówienia wynosi ok. ponad 8 mln, trudno więc porównać zakres robót do robót, które przedstawił odwołujący o wartości 700 tys. zł.

Zamawiający wyjaśnił, że uzyskał stanowisko Miejskiej Pracowni Urbanistycznej w Radomiu (pismo z dnia 21.10.2009 r. złożone do akt sprawy) oraz przedstawił planszę roboczo-inwentaryzacyjną z naniesionymi własnościami, w skali 1:2000 stanowiącymi nieruchomości Gminy Radomia, Spółdzielni Mieszkaniowej „Południe” i osób prywatnych, załącznik do pisma), które potwierdzają, że na przedmiotowym terenie nie ma żadnego parku.

Podał, że w jego ocenie, spółdzielnia mieszkaniowa nie dysponowała żadnym parkiem, mogły to być kompleksy zielone, trawniki wewnątrzsiedlowe, nawet jakieś kompleksy urządzone, ale w ramach tzw. zieleni przy blokach. Stwierdził, że odwołujący świadczył na rzecz spółdzielni usługę, a nie robotę budowlaną. Ponadto zamawiający wyjaśnił, że wbrew twierdzeniu odwołującego, zwrócił się o złożenie wyjaśnień przez odwołującego w trybie art. 26 ust. 4 oraz dokonania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp uzupełnienia dokumentów. Odwołujący złożył wyjaśnienia z załączonymi do nich zdjęciami w ilości 23 zdjęcia, nie złożył natomiast nowych referencji.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Odwołujący niewątpliwie posiadał interes prawny w rozumieniu art. 179 ust.1 ustawy Pzp, wnosząc protest i odwołanie, gdyż jego oferta zawiera najniższą cenę spośród czterech złożonych w postępowaniu ofert i w ofercie określony został, podobnie jak w dwóch innych ofertach, najdłuższy okres gwarancji wynoszący 6 lat.

Jednakże, w toku ponownego badania i oceny ofert, gdyby taka czynność została nakazana zamawiającemu do powtórzenia w wyniku uznania, iż sporna referencja potwierdza spełnianie warunku udziału w postępowaniu, oferta odwołującego nie mogłaby zostać wybrana, jako najkorzystniejsza, w związku z upływem, z dniem 23 września 2009 r., okresu zabezpieczenia oferty wadium (okoliczność stwierdzona przez zamawiającego na rozprawie i nie podważona przez odwołującego).

Oceniając zaś merytorycznie zarzut, KIO uznała, że odwołanie nie może zostać uwzględnione.

Należy na wstępie podnieść, że z uwagi na wartość zamówienia mniejszą niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, zgodnie z treścią art. 184 ust. 1a pkt 3 i 4 ustawy Pzp, odwołanie od rozstrzygnięcia protestu przysługuje w zakresie wykluczenia wykonawcy wnoszącego protest z postępowania i odrzucenia jego oferty. Nie przysługuje w zakresie zarzutów dotyczących innych wykonawców i złożonych przez nich ofert, w tym oferty wybranej.

Stąd, KIO rozpoznała na rozprawie tylko zarzut dotyczący wykluczenia odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty. Odwołanie w zakresie innych zarzutów podlegałoby odrzuceniu na posiedzeniu niejawnym, zgodnie z art. 187 ust. 4 pkt 8 w związku z art. 184 ust. 1a ustawy Pzp. Z uwagi na fakt, że KIO nie może wydać orzeczenia częściowo odrzucającego odwołanie (postanowienie) i częściowo rozstrzygającego merytorycznie zarzuty (uwzględnienie lub oddalenie odwołania), odwołanie zostało rozpoznane na rozprawie wyłącznie w granicach zarzutu dotyczącego odwołującego i jego oferty.

W ocenie KIO, zamawiający nie mógł uwzględnić roboty budowlanej wykazanej w pozycji nr 1 wykazu robót budowlanych (str. 24 oferty) i potwierdzającej wykonanie tych robót, referencji z dnia 31.12.2004 r., gdyż wystawca referencji, na dwukrotne wystąpienie zamawiającego, nie potwierdził jej treści.

W razie wątpliwości co do treści referencji, zamawiający ma obowiązek przeprowadzić postępowanie wyjaśniające, gdyż przepisy art. 24 ust. 2 i 3 ustawy Pzp zobowiązują do dokonania czynności, które muszą być poprzedzone postępowaniem wyjaśniającym i ustalającym, co do faktów.

Zamawiający wezwał odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp do złożenia dokumentów i wyjaśnień pismem z dnia 28.07.2009 r. i uzyskał stanowisko, że złożona referencja potwierdza wymagane doświadczenie.

Wobec zaprzeczającego stanowiska Spółdzielni Mieszkaniowej „Południe” i wyjaśnień odwołującego, w wyniku których zostały złożone, w spornym zakresie, tylko 23 zdjęcia przedstawiające obecny stan części osiedla przy pominięciu sfotografowania parku, o którym stanowi referencja z dnia 31 grudnia 2004 r., a nadto przy braku sprecyzowania terminu wykonania czynności związanych z urządzeniem parku (wskazano na rozprawie, że mogła to być pierwsza lub druga połowa 2004 r.), co jest istotne, zważywszy na datę wszczęcia obecnego postępowania w dniu 1 lipca 2009 r., w ocenie KIO, zamawiający nie mógł podjąć innej decyzji w przedmiocie uczestniczenia odwołującego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Zamawiający, zgodnie z przepisami ustawy Pzp, ma obowiązek opisać warunki udziału wykonawców w postępowaniu na podstawie art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, przy uwzględnieniu

art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, stanowiącym o adekwatności oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających spełnianie warunków, do przedmiotu zamówienia.

Przepis art. 26 ust. 2 ustawy Pzp uprawnia zamawiającego, ze względu na wartość zamówienia, do żądania dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający opisał w § 3 ust. 2 siwz, że przedmiotem zamówienia jest kompleksowa rewitalizacja i późniejsza pielęgnacja zieleni zabytkowego parku miejskiego im. T. Kościuszki w Radomiu o pow. całkowitej ok. 76 945 m². Podał, że przedmiot obejmuje część pierwszą - roboty rewitalizacyjne, drugą - pielęgnację zieleni i trzecią - prace towarzyszące, roboty tymczasowe, opisując szczegółowo zakres robót w tych częściach. W § 8 ust. 1. 3. a) siwz zamawiający opisał, że wymaga jako doświadczenia wykonawców, wykazania należytego wykonania w okresie 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania minimum 1 zamówienia w zakresie robót budowlanych obejmujących kompleksową rewitalizację parku o powierzchni min. 3 ha. W § 9 ust. 9 i 10 siwz podał, że potwierdzeniem spełniania warunku ma być wykaz wykonanych robót (wymagano podania daty wykonanych robót) - załącznik nr 9 i dokumenty - załącznik nr 10.

Odwołujący nie podał w wykazie wykonanych robót daty rozpoczęcia i zakończenia robót, wskazując 2004 r., zaś na rozprawie podał, że była to jednorazowa robota wykonana, być może, w pierwszej połowie lub w drugiej połowie roku. Ponadto, nie była to rewitalizacja parku, bo taki nie istniał, lecz urządzenie osiedlowego parku na terenie po wysypisku śmieci, w którego zakres wchodziła rewitalizacja terenu polegająca na wykonaniu alejek i zasadzeniu drzew i krzewów, jedynie jedna alejka miała zainstalowane oświetlenie, na skutek nacisków mieszkańców przechodzących z bloków mieszkalnych do budynków użytkowych, tj. szkoły, przedszkola. Obecny stan terenu jest to zdewastowany obszar nie przypominający żadnego parku. Powierzchnia przedstawiona na planszy opracowanej przez Miejską Pracownię Urbanistyczną została zmniejszona przez wykazanie na obszarze obok nieruchomości Spółdzielni Mieszkaniowej „Południe”, także nieruchomości Miasta Radomia i osób prywatnych.

W ocenie KIO, niewątpliwie odwołujący ma duże doświadczenie w realizacji różnego rodzaju robót określonych szczegółowo w wykazie załączonym do oferty - 7 robót budowlanych i 131 zamówień, jednakże, jako jedyna robota, która zdaniem odwołującego, miała potwierdzać wymagane w przedmiotowym postępowaniu doświadczenie, to wykazana w pozycji 1 wykazu siedmiu robót budowlanych, robota polegająca na - utrzymaniu i konserwacji terenów zielonych z rewitalizacją parku.

Spółdzielnia Mieszkaniowa „Południe” w Radomiu potwierdziła w dniu 31 grudnia 2004 r., że w 2004 r. odwołujący wykonał w ramach stałej umowy kompleksowe usługi w zakresie

utrzymania i konserwacji terenów zielonych, w tym rewitalizację parku osiedlowego o obszarze 3,5 ha.

Wobec uzasadnionych wątpliwości co do istnienia parku i jego rewitalizacji w zakresie opisanym w siwz, zamawiający nie uzyskawszy w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, nowych dokumentów i stosownych wyjaśnień, był uprawniony do przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego przed podjęciem obligatoryjnych czynności, do który zobowiązywały go przepisy ustawy Pzp.

Wyjaśnienia udzielone przez spółdzielnię nie potwierdziły przeprowadzenia rewitalizacji parku, natomiast składający wyjaśnienia na rozprawie były prezes spółdzielni, wystawca referencji wyjaśnił, że w zasadzie rewitalizacja dotyczyła terenu po wysypisku śmieci.

Z tych względów KIO uznała, że odwołujący, będąc uprawnionym do posługiwania się referencją stanowiącą pismo Spółdzielni Mieszkaniowej „Południe” w Radomiu z dnia 31 grudnia 2004 r., nie podał w prowadzonym postępowaniu nieprawdziwych informacji, co stanowi przesłankę z art. 24 ust. 2 pkt. 2 ustawy Pzp wykluczenia wykonawcy z postępowania, lecz nie wykazał potwierdzenia nabycia doświadczenia w rewitalizacji parku w zakresie wynikającym z opisu warunku w powiązaniu z opisem przedmiotu zamówienia, wynikającym z postanowień siwz, co skutkuje z kolei wykluczeniem wykonawcy z postępowania, uznaniem jego oferty za odrzuconą i w konsekwencji odrzucenia oferty - art. 24 ust. 2 pkt 3, ust. 4 i art. 89 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, KIO oddaliła odwołanie na podstawie art. 191 ust.1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego KIO orzekła na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, stosownie do wyniku sprawy, uwzględniając przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886, z późn. zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Radomiu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....