

WYROK
z dnia 17 maja 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 maja 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 maja 2013 r. przez wykonawcę **A..... U....., prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą A..... U..... „Urządzenie i Utrzymywanie Terenów Zielonych”, 53-341 Wrocław, Wielka 20 lok. 21** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gminę Wrocław – Zarząd Zieleni Miejskiej, 50-231 Wrocław, ul. Trzebnicka 33**

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **A..... U....., prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą A..... U..... „Urządzenie i Utrzymywanie Terenów Zielonych”, 53-341 Wrocław, Wielka 20 lok. 21** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.

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 ze 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

W postępowaniu o udzielenia zamówienia publicznego na „Kompleksową konserwację zieleni przyulicznej we Wrocławiu”, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Gminę Wrocław – Zarząd Zieleni Miejskiej (dalej *zamawiający*) wykonawca A..... U....., prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą A..... U..... „Urządzanie i Utrzymywanie Terenów Zielonych”, 53-341 Wrocław, Wielka 20 lok. 21

(dalej *odwołujący*) złożył odwołanie wobec:

1. wykluczenia odwołującego z postępowania w zakresie zadania 4 z tego powodu, że *nie wykazał wykonania jednego całorocznego zamówienia o wartości 600 tys.zł*,
2. zaniechania wykluczenia R..... M..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą R..... M..... „KLON” z udziału w postępowaniu z uwagi na fakt, że złożył dwie oferty,
3. zaniechania wykluczenia Zakładu Usług Specjalistycznych Herkules i konsorcjum LICUAS S.A. i KBU Sp. z o.o., którym zamawiający poprawił cenę oferty o znaczną wartość oraz zaakceptował ich referencje chociaż nie spełniały one wymagań określonych w SIWZ oraz interpretowanych przez zamawiającego,

czym zamawiający naruszył przepisy art. 7 ust. 1, 22 ust. 1 pkt 2, 24 ust. 2 pkt 4, 87 ust. 2, 89 ust. 1 pkt 1-3 i 6 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. Nr 113 z 2010 r., poz. 759 z późn. zm.) (dalej *ustawa Pzp*).

Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania,
2. unieważnienie czynności zamawiającego polegającej na wykluczeniu z zadania nr 4 oferty złożonej przez odwołującego,
3. unieważnienie czynności zamawiającego polegającej na wyborze na zadanie nr 4 oferty Zakładu Usług Specjalistycznych „HERKULES”,
4. przeprowadzenie przez zamawiającego ponownej weryfikacji ofert na zadanie nr 4 z uwzględnieniem oferty odwołującego,
5. wykluczenie dla zadania nr 4 oferty R..... M..... „KLON” oraz oferty konsorcjum LICUAS SA i KBU Sp. z o.o.,
6. obciążenie zamawiającego kosztami postępowania zgodnie z wykazem kosztów przedstawionych podczas rozprawy.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podał, że zamawiający wykluczył go w zakresie zadania 4 przedmiotu zamówienia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp

z tego powodu, że odwołujący nie wykazał wykonania jednego całorocznego zamówienia o wartości 600 tys. złotych. W ocenie odwołującego zamawiający dokonał błędnej interpretacji okoliczności, czy odwołujący spełnia, czy nie spełnia warunek określony dla zadania nr 4 przedmiotowego postępowania ujęty w dziale VII pkt 2 ppkt 1 SIWZ.

Podał, że w dziale VII pkt 2 ppkt 1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej *SIWZ*) zamawiający wskazał ...:

„Posiada wiedzę i doświadczenie, tj. wykonał lub wykonuje w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej jedno całoroczne kompleksowe prace konserwacyjne zieleni miejskiej oraz prace na terenie dróg publicznych, odpowiadające rodzajem przedmiotowi zamówienia odpowiednio do składanej oferty o wartości nie mniejszej niż: (...) 600 000,00 zł brutto dla zadania nr 4" oraz „Zakres rzeczowy wykonanych usług musi obejmować wykonanie w skali roku prac konserwacyjnych zieleni miejskiej odpowiadających rodzajem przedmiotowi zamówienia odpowiednio do składanej oferty, o powierzchni nie mniejszej niż: 50,00 ha dla zadania 4".

Zamawiający, w dniu 15 marca 2013 roku, w odpowiedzi na zapytanie, wyjaśnił treść w dziale VII pkt 2 ppkt 1 SIWZ: „Zakres rzeczowy wykonanych lub wykonywanych usług odpowiednio dla każdego zadania nie może być sumą wszystkich wykonanych lub wykonywanych usług w skali roku. Zamawiający wymaga co najmniej jednego zadania obejmującego wykonanie w skali roku prac konserwacyjnych o powierzchni nie mniejszej niż podana w rozdziale VII ust. 2 pkt 1 SIWZ."

Odwołujący uznał, że spełnia postawiony przez zamawiającego warunek w zakresie wiedzy i doświadczenia, ponieważ wykonał i wykonuje całoroczne zadanie „*Kompleksowej konserwacji terenów zieleni przyulicznej we Wrocławiu*” dla Gminy Wrocław za pośrednictwem Zarządu Zieleni Miejskiej o powierzchni 73,16 ha oraz za pośrednictwem firmy drogowej Bickhardt Bau o powierzchni 12,68 ha w sezonie 2011-2012 (i podobnie w sezonie 2012-2013), co dawało 85,84 ha powierzchni dla jednej usługi pn.: „*Całorocznej kompleksowej konserwacji terenów zieleni przyulicznej we Wrocławiu*” dla jednego zamawiającego (Gminy Wrocław), a więc „zakres rzeczowy wykonanych lub wykonywanych usług” dotyczył powierzchni większej niż minimalna wskazana w rozdziale VII ust. 2 pkt 1 SIWZ.

Odwołujący wskazał, że częścią sporną jest ta część wymagania zawartego w rozdziale VII ust. 2 pkt 1 SIWZ, która określa minimalną wartość brutto wykonanych lub wykonywanych usług w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert dla zadania nr 4 wraz z opisem cech tych usług.

W ocenie odwołującego interpretacja warunku działu VII ust. 2 pkt 1 SIWZ dokonana przez zamawiającego w piśmie z dnia 15 marca 2013 r. w ogóle nie dotyczy tej spornej

części wymagań, wobec czego obowiązująca interpretacja jest ta, która wynika wprost z treści SIWZ. Zdaniem odwołującego spełnienia on warunku, ponieważ:

„w okresie ostatnich trzech lat” „wykonał lub wykonuje” „co najmniej jedno całoroczne kompleksowe prace konserwacyjne zieleni (tj. realizację umowy DZM-4-401 z zamawiającym (Gmina Wrocław) - reprezentowaną przez Zarząd Zieleni Miejskiej, jak też prace na rzecz tego samego zamawiającego (Gmina Wrocław) w tym samym zakresie rzeczowym, ale reprezentowanego przez firmę drogową Bichardt Bau Sp. z o.o. oraz prace na terenie dróg publicznych odpowiadające rodzajowi przedmiotowi zamówienia odpowiednio do składanej oferty o wartości”: 1 817 966,51 zł w tym na rzecz zamawiającego (Gmina Wrocław) prac w ramach umowy DZM-4-401 na kwotę ponad 942 825,31 zł do dnia złożenia ofert w tym postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że do tej pory w taki sposób w stosunku do takiej treści SIWZ był realizowany i interpretowany tenże zapis tychże wymagań i stosowany generalnie przez zamawiającego we wszystkich przetargach.

Odwołujący podał także, że w dniu 16 kwietnia 2013 r. zamawiający wezwał odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu określonego w dziale VII pkt 2 ppkt 1 SIWZ, ponieważ w ocenie zamawiającego wartość prac *„zrealizowanych w cyklu jednorocznym od 01.07.2011 r. do 30.06.2012 wynosi 529306,92 zł”* i jest to mniej niż 600 000 zł.

Odpowiadając na to wezwanie, pismem z dnia 19 kwietnia 2013 r., odwołujący wskazał, że jednoroczna wartość wykonanych prac (w odniesieniu do podniesionego przez zamawiającego wyrażenia *„w cyklu jednorocznym”*) w roku 2012 wyniosła 670 390,85 zł, a więc więcej niż 600 000 zł.

Odwołujący podał nadto, że w zawiadomieniu o wyborze oferty z dnia 26 kwietnia 2013 r. zamawiający w uzasadnieniu wykluczenia wskazał, że odwołujący *„nie wykazał jednego całorocznego zamówienia o wartości 600 000 zł”*, co – w ocenie odwołującego – jest oczywistą nieprawdą, ponieważ odwołujący realizuje całoroczną umowę DZM-4-401, której wartość na dzień wydania referencji wynosi 942 825,31 zł.

Odwołujący wskazał, że zamawiający w żadnym punkcie nie wskazywał na zaistnienie jakichś zmian w definicji i interpretacji warunków udziału w postępowaniu niż było to czynione do tej pory we wszystkich poprzednich postępowaniach. W ocenie odwołującego żądanie zamawiającego i wprowadzanie nowych definicji np. *„cyklu jednorocznego”* lub *„Jednego całorocznego zadania”* jest nieuprawnione. Odwołujący podkreślił, że trudno jest mu wyjaśnić dlaczego nastąpiła nagła zmiana interpretacji tych samych zapisów SIWZ poza wskazaniem, że zamawiający prowadzi postępowanie wbrew art. 7 ust. 1 Pzp i preferuje dotychczasowego wykonawcę R..... M..... „KLON”.

Jako niezrozumiałą dla siebie odwołujący wskazał okoliczność wystawiania referencji

dla odwołującego przez zamawiającego, gdzie – zdaniem odwołującego – niezgodnie ze stanem faktycznym przedstawiono wartość prac wynikających z realizacji umowy DZM 4-401, tj. zamiast przedstawiać rzeczywistą wartość umowy jest ona dzielona w dziwny sposób tak, że wartość aneksów wynikających z indeksacji prac jest oddzielana od pierwotnej wartości tak, aby wydawało się, że w żadnej z referencji wartość tej umowy nie przekraczała 600 000 zł.

Odwołujący podsumował, że „zakres rzeczowy wykonanych (...) usług odpowiednio dla każdego zadania” ma wartość 942 825,31 zł i wynika ze złożonych dokumentów, w tym referencji wystawionych przez zamawiającego i stanowi sumę (ze wszystkimi aneksami) wartości umowy na realizację jednego zadania określonego jako: „Kompleksowa konserwacja zieleni przyulicznej we Wrocławiu - rejon Fabryczna Południe - pow. 73,16 ha.” tj.: Umowa nr DZM 4-401-42/11 z dnia 09.06.2011 r. o wartości 529 306,92 zł, aneksu nr 1/DZM 4-401-43/12 z dnia 06.07.2012 r. na kwotę 86 659,07 zł, aneksu nr 2/DZM 4-401-79/12 z dnia 31.08.2012 r. na kwotę 157 074,28 zł, aneksu nr 4/DZM 4-401-168/12 z dnia 31.10.2012 r. na kwotę 90 498,19 zł, aneksu nr 5/DZM 4-401-2/13 z dnia 02.01.2013 r. na kwotę 52 805,25 zł, aneksu nr DZM 4-401-19/12 z dnia 13.04.2012 r. na kwotę 12 495,60 zł, aneksu nr DZM 4-401-107/12 z dnia 28.09.2012 r. na kwotę 13 986,00 zł, co daje razem wartość umowy brutto 942 825,31 zł.

Odwołujący ocenił, że referencje wystawione przez zamawiającego zawierają inne przedstawienie tego samego stanu faktycznego

Odwołujący podniósł, że aneks do umowy zwiększa lub zmniejsza jej wartość, nie stanowi samodzielnego dokumentu, a jest jedynie pisemnym potwierdzeniem zmiany warunków umowy. Stąd – wskazał odwołujący - w dniu wydania referencji zamawiający powinien przyjąć wartość umowy nr DZM4-401 obowiązującą w dniu ich wystawienia, tj. z uwzględnieniem wszystkich zawartych w jej ramach aneksów stanowiących integralną jej część. Przedstawienie w referencjach wartości umowy jako wartość umowy „pierwotnej” oraz odrębnie wartość poszczególnych aneksów jest – zdaniem odwołującego – błędnym przedstawieniem stanu faktycznego mogącym rodzić wątpliwości.

Dla odwołującego kluczowym dla rozstrzygnięcia kwestii spełnienia warunków przez odwołującego jest stosunek zamawiającego do referencji zaprezentowanych przez oferenta wybranego do realizacji zadania nr 4, który przedstawił referencje wydane przez S&A Service wskazując jednocześnie, że prace o wartości 694 650 zł były prowadzone na rzecz kilku zamawiających i w ramach kilku zadań, tj. dla SM Piast, SM im. B. Krzywoustego, ZDIUM Wrocław oraz SM Kozańów i mimo tego referencje te zostały uznane jako spełniające warunek „cyklu jednorocznego” oraz „jednego całorocznego zadania”. Tego samego typu referencjami – zdaniem odwołującego – dysponuje odwołujący.

Na podstawie dopuszczonych przez skład orzekający Izby, wskazanych poniżej dowodów z dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedłożonej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, odwołania wykonawcy z dnia 29 kwietnia 2013 r., odpowiedzi zamawiającego na odwołanie z dnia 14 maja 2013 r., uzupełnienia odwołania z dnia 10 maja 2013 r., odpowiedzi zamawiającego na uzupełnienie odwołania z dnia 16 maja 2013 r., a także stanowisk stron, zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że odwołującemu przysługiwało prawo do wniesienia odwołania w zakresie zarzutu polegającego na bezpodstawnym wykluczeniu odwołującego z udziału w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w zadaniu nr 4, ponieważ wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez odwołującego.

Na podstawie pkt 9 *Zestawienie ofert Protokołu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego* skład orzekający Izby ustalił bowiem, iż odwołujący złożył w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w zadaniu nr 4 ofertę z najniższą ceną (cena w ofercie odwołującego: 1 555 504,99 zł, ceny w ofertach pozostałych trzech wykonawców: 1 847 067,26 zł, 1 791 811,26 zł, 2 449 683,00 zł), co biorąc pod uwagę fakt, że cenie zamawiający przypisał 100% znaczenie, a zarzuty odwołania zmierzają do unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego oznacza, że uwzględnienie odwołania doprowadziłoby do poddania oferty odwołującego ocenie z zastosowaniem kryterium ceny i dałoby odwołującemu szansę na uzyskanie tego zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie następujące dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego:

1. *Protokołu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego* – druk ZP-PN,
2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej nadal *SIWZ*), w tym *Wykazu należycie wykonanych usług* (dalej także *Wykaz*),
3. wyjaśnienia treści *SIWZ* z dnia 15 marca 2013 r.,
4. wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu określonego w dziale VII pkt 2 ppkt 1 *SIWZ* z dnia 16 kwietnia 2013 r.,

5. odpowiedzi odwołującego z dnia 19 kwietnia 2013 r. na wezwanie, o którym mowa w pkt 4,
6. zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 26 kwietnia 2013 r.

Zarzut bezpodstawnego wykluczenia odwołującego z postępowania w zakresie zadania 4 z tego powodu, że nie wykazał wykonania jednego całorocznego zamówienia o wartości 600 tys. zł nie zasługuje na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby ustalił, że:

1. w dziale VII *Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków* pkt 2 ppkt 1 zamawiający podał, iż stwierdzi, że wykonawca spełnił warunki określone w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, jeśli wykaże – w zakresie wiedzy i doświadczenia – że wykonał lub wykonuje w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej „jedno całoroczne kompleksowe prace” konserwacyjne zieleni miejskiej oraz prace na terenie dróg publicznych, odpowiadające rodzajem przedmiotowi zamówienia odpowiednio do składanej oferty o wartości nie mniejszej niż 600 000,00 zł brutto (dla zadania nr 4). Zamawiający wskazał także, że zakres rzeczowy wykonanych usług musi obejmować wykonanie w skali roku prac konserwacyjnych zieleni miejskiej odpowiadających rodzajem przedmiotowi zamówienia odpowiednio do składanej oferty o powierzchni nie mniejszej niż 50,00 ha (dla zadania 4),
2. w dziale VIII *Wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu* lit. A pkt 3 SIWZ zamawiający zażądał złożenia wykazu usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania opisanego w dziale VII pkt 2 ppkt 1 warunku wiedzy i doświadczenia, wykonanych lub wykonywanych w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, z podaniem ich rodzaju, wartości, daty wykonania i zamawiających; zamawiający opracował wzór tego wykazu, stanowiący załącznik nr 4 do SIWZ,
3. załącznik nr 4 do SIWZ *Wykaz należycie wykonanych usług* obligował wykonawców do wypełnienia wszystkich następujących rubryk – kolumn: „L.p” (1), „Dokładnie opisać przedmiot zamówienia – usługi, w tym rodzaj obiektu – terenu, powierzchnia w ha, lokalizacja” (2), „czas realizacji od-do (dzień-miesiąc-rok)” (3), „Wartość brutto wykonanego zamówienia (zł)” (4), „Zamawiający (nazwa i adres)” (5), „Doświadczenie własne wykonawcy/polega na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów” (6),

4. w Wyjaśnieniach treści SIWZ z dnia 15 marca 2013 r., odpowiadając na zapytanie o treści: „czy dla spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia w zakresie opisanym w tym ustępie „kompleksowe prace konserwacyjne zieleni miejskiej oraz prace na terenie dróg publicznych odpowiadające rodzajem przedmiotowi zamówienia odpowiednio do składanej oferty” może być brana pod uwagę wiedza i doświadczenie na podstawie referencji z utrzymywania całorocznego zieleni osiedlowej na terenach spółdzielni mieszkaniowej oraz terenach zakładów przemysłowych: zieleń znajdująca się na terenach w/w obiektów graniczy zarówno z drogami wewnętrznymi jak publicznymi. Czy zakres rzeczowy wykonanych lub wykonywanych usług odpowiednio dla każdego zadania może być sumą wszystkich wykonanych lub wykonywanych usług w skali roku” zamawiający wskazał, że „dla spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia, o którym mowa w rozdziale VII ust. 2 pkt 1 SIWZ może być brana pod uwagę wiedza i doświadczenie na podstawie referencji potwierdzających wykonanie całorocznej konserwacji zieleni osiedlowej na terenach spółdzielni mieszkaniowej pod warunkiem, że zadanie obejmowało również pielęgnację zieleni na terenie dróg publicznych. Natomiast nie może być brana pod uwagę wiedza i doświadczenie zdobyte przy realizacji całorocznej konserwacji zieleni na terenach zakładów przemysłowych. Obiekty te nie są terenami publicznymi, ogólnodostępnymi, a tym samym charakteryzują się inną specyfiką pracy. Zakres rzeczowy wykonanych lub wykonywanych usług odpowiednio dla każdego zadania nie może być sumą wszystkich wykonanych lub wykonywanych usług w skali roku. Zamawiający wymaga wykonania co najmniej jednego zadania obejmującego wykonanie w skali roku prac konserwacyjnych o powierzchni nie mniejszej niż podana w rozdziale VII ust. 2 pkt 1 SIWZ”,
5. odwołujący w złożonym wraz z ofertą *Wykazie należycie wykonanych usług* zawarł 12 pozycji, z których pozycje 1 oraz 3-12 wskazywały prace/usługi o wartości znacznie poniżej 600 000 zł, zaś pozycja nr 2 zatytułowana zbiorczo *Kompleksowa konserwacja zieleni publicznej we Wrocławiu – rejon Fabryczna Południe*, powierzchnia zadania 73,16 ha zawierała 5 podpozycji, tj. umowę z dnia 9 czerwca 2011 r. zawartą z zamawiającym – Zarządem Zieleni Miejskiej we Wrocławiu (wskazano czas realizacji: od 1 lipca 2011 do 30 czerwca 2012 roku i wartość brutto zamówienia 529 306,92 zł) oraz 4 aneksy do tej umowy (wskazano kolejno następujący czas realizacji i wartość zamówienia: 1 lipca 2012 – 31 sierpnia 2012 roku i wartość 86 659,07 zł – w samym *Wykazie* omyłkowo wskazano zamiast sierpień 2012, sierpień 2011, 1 września – 31 października 2012 roku i wartość 157 074,28 zł, 1 listopad – 31 grudnia 2012 roku i wartość 90 498,19 zł, 1 stycznia 2013 – 31 marca 2013 roku i wartość 52 805,25 zł –

w samym *Wykazie* omyłkowo wskazano zamiast stycznia miesiąc listopad),

6. odwołujący na wezwanie zamawiającego do uzupełnienia dokumentów, w piśmie z dnia 19 kwietnia 2013 r., oświadczył, że „jednoroczna łączna wartość prac w zieleni miejskiej i na drogach publicznych to kwota 670 390,85 zł”; wskazał 2 pozycje zawierające: wskazanie okresu rozliczeniowego: kwiecień 2012 – marzec 2013, zamawiającego – Zarząd Zieleni Miejskiej we Wrocławiu, powierzchnię – 73,16 ha, kwotę – 574 939,05 zł (pozycja 1) oraz wskazanie okresu rozliczeniowego – kwiecień 2012 – marzec 2013, zamawiającego – Bickhardt Bau Polska Sp. z o.o., powierzchnię – 1,47 ha, kwotę – 95 451,80 zł; suma wskazanych dwóch pozycji to kwota 670 390,85 zł (pozycja 2).

Pomijając niepoprawność zawartego w opisie sposobu spełniania warunku wiedzy i doświadczenia sformułowania „co najmniej jedno całoroczne kompleksowe prace”, (nie: jedno prace, prac nie można liczyć w sztukach) wskazać należy, że wyjaśniając znaczenia opisu działu VII pkt 2 ppkt 1 SIWZ (pismo z dnia 15 marca 2013 r.) zamawiający podał, że nie dopuszcza, aby zakres rzeczowy wykonanych lub wykonywanych usług odpowiednio dla każdego zadania był sumą usług wykonanych lub wykonywanych w skali roku.

Podkreślić należy, że zakaz sumowania zakresu rzeczowego usług w skali roku uznać należy jednocześnie za zakaz sumowania wartości tychże usług wynikających z różnych zadań (zamówień) – wartość jest bowiem pochodną zakresu rzeczowego; im większy zakres większej liczby zadań – zamówień, tym większa wartość.

Uwzględniając powyższą niedopuszczalność sumowania usług w skali roku, a także wynikające z wzoru *Wykazu należyście wykonanych usług*, żądanie wskazania: przedmiotu zamówienia, czasu realizacji zamówienia, wartości zamówienia oraz zamawiającego, w ocenie składu orzekającego Izby uznać należy, że zamawiający oczekiwał wykazania co najmniej jednego zamówienia obejmującego całoroczne kompleksowe prace konserwacyjne zieleni miejskiej oraz prace na terenie dróg publicznych, odpowiadające rodzajem przedmiotowi zamówienia o wartości prac w skali roku nie mniejszej niż 600 tys. brutto (dla zadania nr 4).

Postanowienia działu VIII lit. A pkt 3 SIWZ stanowiły, że podstawą weryfikacji wiedzy i doświadczenia będzie wypełniony przez wykonawców *Wykaz należyście wykonanych usług* wg opracowanego przez zamawiającego wzoru. Jednak odwołujący w złożonym wraz z ofertą *Wykazie*, pomimo wpisania 12 pozycji, nie wskazał żadnego zamówienia obejmującego całoroczne kompleksowe prace konserwacyjne zieleni miejskiej oraz prace na terenie dróg publicznych o wartości prac w skali roku nie mniejszej niż 600 tys. brutto. Pozycja nr 2 (umowa z dnia 9 czerwca 2011 r.) nie mogła zostać uznana za spełniającą

wymagania zamawiającego, ponieważ wartość prac w skali roku, liczoną od 1 lipca 2011 do 30 czerwca 2012 r. wynosiła 529 306,92 zł, a zatem poniżej 600 tys. zł, zaś prace wykonywane na podstawie aneksów nie obejmowały prac całorocznych (prac na przestrzeni całego roku), ani nie miały wartości w skali roku nie mniejszej niż 600 tys. zł.

Odpowiadając na wezwanie zamawiającego do uzupełnienia dokumentów odwołujący nie złożył nowego *Wykazu*, zawierającego informacje żądane w załączniku nr 4 do SIWZ, ale przedstawił dwie pozycje dla których podał jedynie okresy rozliczeniowe (tożsame, tj. kwiecień – marzec 2013), dwóch zamawiających (Zarząd Zieleni Miejskiej we Wrocławiu oraz Bickhardt Bau Polska Sp. z o.o.), powierzchnie (73,16 ha oraz 1,47 ha) oraz kwoty 574 939,05 zł oraz 95 451,80 zł).

W ocenie składu orzekającego Izby żadna z tych pozycji nie mogła zostać uznana za spełniającą wymagania zamawiającego, ponieważ wartość prac w skali roku każdego zamówienia, liczoną w okresie kwiecień 2012 – marzec 2013 roku (odwołujący wbrew żądaniu zamawiającego nie wskazał dnia, a jedynie miesiąc i rok, nadto okres rozliczeniowy nie musi być tożsamy z czasem realizacji zamówienia, którego podania żądał zamawiający) wynosiła odpowiednio 574 939,05 zł oraz 95 451,80 zł, a zatem poniżej 600 tys. zł.

Przeszkodą w łącznym ujęciu obu pozycji był w ocenie składu orzekającego Izby zakaz sumowania zakresu rzeczowego usług dla każdego zadania (zamówienia), a także wymóg zamawiającego wykazywania odrębnie zamówień udzielanych przez jednego zamawiającego, co wynika z opisów kolumn załącznika nr 4 do SIWZ (przedmiot zamówienia – jednego zamówienia, zamawiający – jeden zamawiający).

Odnosząc się do argumentu odwołującego, że do tej pory w prowadzonych przez zamawiającego postępowaniach, zamawiający interpretował treść SIWZ podobnie jak odwołujący skład orzekający Izby stwierdza, że nie może oceniać (rozpoznawać zarzutów) działań lub zaniechań zamawiającego, przyjmując inny miernik oceny niż zgodność z przepisami Prawa zamówień publicznych w szczególności nie może przyjąć miernika zgodności z poprzednio prowadzonymi przez tego zamawiającego postępowaniami.

Z tych względów skład orzekający Izby uznał, że zarzut bezpodstawnego wykluczenia odwołującego z postępowania w zakresie zadania 4 z tego powodu, że nie wykazał wykonania jednego całorocznego zamówienia o wartości 600 tys. zł nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut zaniechania wykluczenia R..... M..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą R..... M..... „KLON” z udziału w postępowaniu z uwagi na fakt, że złożył dwie oferty oraz zarzut zaniechania wykluczenia Zakładu Usług Specjalistycznych Herkules i konsorcjum LICUAS S.A. i KBU Sp. z o.o., którym zamawiający poprawił cenę oferty o znaczną wartość oraz zaakceptował ich referencje skład orzekający Izby pozostawił bez rozpoznania.

Odwołujący podniósł, że w okolicznościach, gdy pozostałe oferty w zakresie zadania nr 4 podlegają wykluczeniu, to postępowanie to podlegałoby powtórzeniu, a odwołujący uzyskałby szansę powtórnego udziału w postępowaniu na wykonanie przedmiotowego zadania z przywróceniem prawa do kwestionowania warunków pozwalających na udział w przetargu, co – w ocenie odwołującego – stanowi przesłankę uzasadniającą skorzystanie przez odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w przepisach ustawy.

Skład orzekający Izby wskazuje, że nawet potwierdzenie się zarzutów zaniechania wykluczenia z udziału w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dwóch innych wykonawców, którzy złożyli oferty w zakresie zadania nr 4 z cenami wyższymi niż cena oferty odwołującego, nie doprowadziłoby do wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. Tym samym uznać należy, że oferty tych wykonawców nie zagrażają możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia przez odwołującego. Z tego względu skład orzekający Izby uznał, że odwołujący nie poniósł, ani nie może ponieść szkody w następstwie zaniechania wykluczenia innych wykonawców, którzy złożyli oferty w zakresie zadania nr 4, a tym samym że odwołującemu nie przysługuje środek ochrony prawnej w postaci odwołania. Dodatkowo skład orzekający Izby wskazuje, że kwestionowanie poprawienia przez zamawiającego oczywistych omyłek rachunkowych w ofertach dwóch wykonawców w zakresie zadania nr 4 nie leży w interesie odwołującego, ponieważ poprawa ta doprowadziła do zwiększenia ceny ofertowej tych wykonawców, czyniąc je tym samym mniej konkurencyjnymi w stosunku do ceny ofertowej odwołującego.

Ponadto skład orzekający Izby wskazuje, że żądanie unieważnienia postępowania powiązane z zarzutami zaniechania wykluczenia innych wykonawców w zakresie zadania nr 4 jest nie do pogodzenia z przyznaną przepisem art. 179 ust.1 ustawy Pzp ochroną interesu wykonawcy, polegającego na uzyskaniu zamówienia publicznego – tego zamówienia, co do którego prowadzone jest postępowanie o jego udzielenie, a w którym wykonawca składa odwołanie (nie zaś ewentualnego, kolejnego postępowania na ten sam przedmiot zamówienia). Uniestwienie postępowania, poprzez jego unieważnienie, nie może doprowadzić do uzyskania tego zamówienia przez odwołującego, stąd skład orzekający Izby

nie doszukał się w złożonym odwołaniu istnienia po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia – przesłanki materialnoprawnej, warunkującej merytoryczne rozpoznanie – w tym przypadku – dwóch zarzutów odwołania.

Z tego powodu skład orzekający Izby pozostawił te zarzuty bez rozpoznania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 lit. a 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: