

Sygn. akt: KIO/UZP 1591/09

**WYROK**  
z dnia 30 grudnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Klaudia Szczytowska - Maziarz**

**Członkowie: Jolanta Markowska**  
**Andrzej Niwicki**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 grudnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Jacka Ochnio prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Kształtowanie Terenów Zielonych „OGRODY” Jacek Ochnio, ul. Bohaterów Monte Cassino 53, 20-705 Lublin** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Miasto Lublin, pl. Łokietka 1, 20-950 Lublin** protestu z dnia 2 października 2009 r.

przy udziale **Radosława Ciołek - Poniatowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Architektura Zieleni „HORTUS”, ul. Stefczyka 38, 20-151 Lublin** zgłaszającego swoje przystąpienie po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. **Oddala odwołanie.**
2. **Kosztami postępowania obciąża Jacka Ochnio prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Kształtowanie Terenów Zielonych „OGRODY” Jacek Ochnio, ul. Bohaterów Monte Cassino 53, 20-705 Lublin**

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 **Jacka Ochnio prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Kształtowanie Terenów Zielonych „OGRODY” Jacek Ochnio, ul. Bohaterów Monte Cassino 53, 20-705 Lublin,**
- 2) dokonać zwrotu kwoty **10 538 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Jacka Ochnio prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Kształtowanie Terenów Zielonych „OGRODY” Jacek Ochnio, ul. Bohaterów Monte Cassino 53, 20-705 Lublin.**

### **U z a s a d n i e n i e**

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym przez zamawiającego - Gminę Miasto Lublin w trybie przetargu nieograniczonego na „Utrzymanie, kompleksową konserwację i renowację zieleni komunalnej w 9 rejonach miasta Lublin” wykonawca - Kształtowanie Terenów Zieleni OGRODY Jacek Ochnio, zwany dalej protestującym lub odwołującym złożył protest wobec czynności zamawiającego, polegającej na zaniechaniu wykluczenia z postępowania wykonawców:

1. Architektura Zieleni HORTUS Radosław Ciołek - Poniatowski, a w konsekwencji odrzucenia oferty tego wykonawcy z postępowania, pomimo jej niezgodności z zapisami SIWZ oraz ustawą dla rejonów: Rejon I - Węglin - Czuby, Rejon III -Tatary, Rejon VI - Wieniawa, Rejon X - Kalinowszczyzna - Ponikwoda, Rejon XI - Bronowice, czym zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 i 3, art. 8, art. 24 ust. 1 pkt 10w związku z art. 25, art. 24 ust. 2 pkt 4 art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp,
2. MPO SITA LUBLIN S.A., a w konsekwencji odrzucenia oferty tegoż wykonawcy z postępowania, pomimo jej niezgodności z zapisami SIWZ oraz ustawą dla rejonów: Rejon I - Węglin - Czuby, Rejon VIII - LSM, Rejon XI - Bronowice, Rejon XII -

Dziesiąta, czym zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust 1 pkt 10 w związku z art. 25 ustawy Pzp

oraz

3. wobec czynności zamawiającego polegającej na zaniechaniu unieważnienia postępowania w części Rejon IV - Ogród Saski, czym zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 i 3, art. 29 ust. 1, art. 38 ust. 4, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 91 ust. 1 oraz art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp,
4. wobec czynności zamawiającego polegającej na błędnej ocenie ofert (punktacji),
5. wobec naruszenia przez zamawiającego zasad ustawy w związku z brakiem wykluczenia wykonawców wskazanych powyżej,
6. wobec wyboru oferty niezgodnie z przepisami ustawy Pzp

Protestujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 8, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 24 ust. 1 pkt 10 w związku z art. 25, art. 29 ust. 1, art. 38 ust. 4, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 91 ust. 1, art. 93 ust. 1 pkt 7 oraz wniósł o:

1. uwzględnienie protestu,
2. powtórzenie czynności oceny ofert w zakresie wskazanych rejonów,
3. wykluczenia z postępowania wskazanych wykonawców,
4. unieważnienia postępowania w części Rejon IV - Ogród Saski,
5. ponowne, prawidłowe przeliczenia punktacji ofert,
6. dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa oraz regulacjami zawartymi w SIWZ.

W uzasadnieniu protestu, odnośnie zaniechania unieważnienia postępowania dla rejonu IV, protestujący podniósł, iż wprowadzone przez zamawiającego modyfikacje w obrębie załącznika nr 3 różnią się pomiędzy sobą tzn. w treści pisma zamieszczonego dnia 17.08.2009 r. na stronie internetowej zamawiającego w odpowiedzi na pytanie 42 zamawiający dokonał modyfikacji zapisów w 18 pozycjach, natomiast w załączonym do pisma dokumencie zamawiający dokonał zmiany w 22 pozycjach, co oznacza, że zamawiający podał wykonawcom sprzeczne informacje. Wskazał, że wiedzę tę protestujący uzyskał dopiero po ogłoszeniu wyniku postępowania z uwagi na fakt, iż podane w treści pisma 18 zmian wprowadził sam do pierwotnego dokumentu, a nie korzystał z dołączonego druku, którego stosowania zamawiający nie nakazał.

Podkreślił, że taka rozbieżność w zakresie opisu przedmiotu zamówienia nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty protestującego, ale do unieważnienia postępowania, ponieważ zamawiający nie ma możliwości dokonania należytego porównania ofert oraz ich badania, bowiem w zakresie tej części istnieją dwa, różne opisy przedmiotu zamówienia

toteż postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Podniósł także, że zamawiający nie zachował należytej staranności w przeprowadzeniu postępowania mającej na celu zachowanie zasady równego traktowania wykonawców, co doprowadziło do niepożądanego stanu dokonania wyboru wykonawcy (ewentualnego udzielenia zamówienia - podpisania umowy) niezgodnie z obowiązującymi regulacjami.

Zamawiający nie może odrzucić oferty protestującego z tego powodu, że treść oferty nie odpowiadała treści SIWZ, ponieważ nie można stwierdzić jaka jest treść SIWZ. Błędy w punktach II/11, II/12, II/13 i II/20 stanowią błędy dokonane przez zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia i w konsekwencji istnienie 2 (dwóch) opisów przedmiotu zamówienia.

Odnośnie zaniechania wykluczenia wykonawcy Architektura Zieleni HORTUS Radosław Ciołek - Poniatowski protestujący podniósł, że:

1. w ofercie tego wykonawcy brak odpowiedniego dokumentu poświadczającego udostępnienie sprzętu dla rejonów I, VI i XI, oświadczenie firmy Hurtownia Pilarek i Kosiarek „Partner - Service” zawierające sformułowanie „zgodnie z obowiązującym cennikiem” nie jest dopuszczalne, ponieważ jest to oświadczenie warunkowe, a nie zobowiązanie,
2. dla rejonów I, III, VI, X i XI wykonawca ten bezpodstawnie zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa dokument potwierdzający średnioroczne minimalne obroty w wysokości 400 000,00 zł brutto za ostatnie 3 lata (PIT-36L) oraz zobowiązania należności za ostatnie 3 lata obrotowe, a postępowanie zamawiającego, który nie dokonał oceny, czy w istocie istnieje podstawa prawna do wyłączenia jawności tego dokumentu - zwłaszcza, że odnosi się on do wykazania zdolności podmiotowej do zrealizowania zamówienia a więc warunku udziału w postępowaniu - narusza bezpośrednio generalną zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia Publicznego. W szczególności przywołał stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w uchwale z dnia 21 października 2005 r., sygn. akt III CZP 74/05, iż "w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta (...) zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia, o którym mowa w art. 96 ust. 4 tej ustawy (obecnie art. 8 ust. 3), jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji",
3. dokument "Wykaz osób, którymi dysponuje lub będzie dysponował wykonawca (...)" podpisał Dyrektor Radosław Ciołek - Poniatowski, jednocześnie w postępowaniu

- zostało złożone zobowiązanie podpisane przez Dyrektora Techniczno - Produkcyjnego Rajmunda Gawlika (Lubelskie Przedsiębiorstwo Budowy Pieców Przemysłowych S.A.) dotyczące udostępnienia pracowników, co w ocenie protestujące oznacza, że nie wiadomo czy wykonawca dysponuje pracownikami czy też będzie korzystał z potencjału innego podmiotu, oraz że nie został potwierdzony warunek, bowiem taka forma wskazuje na warunkowy sposób realizacji zamówienia,
4. wykonawca złożył dla każdego rejonu odrębne dokumenty jednakże w złożonych dokumentach każda część zabezpieczona jest wadium w kwocie 101 800, 00 zł, co w ocenie protestującego oznacza brak możliwości stwierdzenia, która z części postępowania została zabezpieczona wadium, tym bardziej, że wykonawca nie składa oferty we wszystkich częściach, a zamawiający w SIWZ podał kwoty wadium dla poszczególnych części zamówienia. Niezależnie od formy wniesienia wadium, zabezpieczona powinna być konkretna część - brak dokonania zabezpieczenia poszczególnych części stanowi podstawę wykluczenia wykonawcy z postępowania, ponieważ zamawiający nie ma możliwości zindywidualizowania zabezpieczonej części postępowania,
  5. brak potwierdzenia wykonania lub wykonywania usługi z zakresu "utrzymania, kompleksowej konserwacji i renowacji zieleni", którą to usługę zamawiający jednoznacznie zdefiniował w punkcie 3.2 SIWZ, ponieważ wskazane przez wykonawcę w wykazie usługi nie zostały opisane zgodnie z wymaganiami postawionymi w 6.3.5. SIWZ, a nadto wykonawca nie podał dat - podanie samego roku nie może stanowić poprawnego podania daty. Załączona referencja nie potwierdza również realizacji usługi w zakresie wskazanym w punkcie 3.2 SIWZ.

Odnosnie zaniechania wykluczenia wykonawcy MPO SITA LUBLIN S.A. protestujący podniósł, że brak potwierdzenia wykonania lub wykonywania usługi z zakresu "utrzymania, kompleksowej konserwacji i renowacji zieleni", którą to usługę zamawiający jednoznacznie zdefiniował w punkcie 3.2 SIWZ, ponieważ wskazane przez wykonawcę w wykazie usługi nie zostały opisane zgodnie z wymaganiami postawionymi w 6.3.5. SIWZ. Załączona referencja nie potwierdza również realizacji usługi w zakresie wskazanym w punkcie 3.2 SIWZ.

Zamawiający protest rozstrzygnął, poprzez:

1. uwzględnienie zarzutu w zakresie dotyczącym niespójności pomiędzy treścią pisma a treścią załącznika nr 3 będącego integralną częścią przekazanych wykonawcom pism o zmianach do specyfikacji istotnych warunków zamówienia i zobowiązał się do powtórzenia czynności badania ofert w zakresie objętym zarzutem; nie uznał

- natomiast naruszenia przepisu art. 7 wskazując, że wszyscy wykonawcy mieli tak samo zapewniony dostęp do informacji zawartej w piśmie i w załączniku,
2. uwzględnienie zarzutu dokonania nieprawidłowych obliczeń arytmetycznych w zakresie kryteriów oceny ofert,
  3. oddalenie w pozostałym zakresie.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu zamawiający wskazał:

odnośnie zaniechania wykluczenia wykonawcy Architektura Zieleni HORTUS Radosław Ciołek - Poniatowski

Ustawa Prawo zamówień publicznych pozwala ubiegać się o udzielenie zamówienia tym wykonawcom, którzy dysponują potencjałem technicznym do wykonania zamówienia lub przedstawią pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego do wykonania zamówienia.

W celu potwierdzenia dysponowania potencjałem technicznym zgodnie z Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2006 nr 87 poz. 605) oraz pkt 6.3.1 SIWZ na potwierdzenie warunku opisanego w pkt 5.1.1. zamawiający wymagał załączenia do oferty: wykazu niezbędnych do wykonania zamówienia narzędzi i urządzeń, którymi dysponuje lub będzie dysponował wykonawca.

Zgodnie z obecnie obowiązującym stanem prawnym zamawiający dopuścił złożenie przez wykonawców pisemnych zobowiązań innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego do wykonania zamówienia. W takim przypadku wykonawca, który nie dysponuje sam odpowiednim potencjałem technicznym do wykonania zamówienia ma możliwość ubiegania się o udzielenie zamówienia, jeżeli wykaże, iż będzie takim potencjałem dysponował. Powyższe warunki opisane zostały przez zamawiającego zgodnie z brzmieniem § 1 ust. 2 pkt 3, 3a cyt. rozporządzenia w sposób jasny, oczywisty i nie budzący wątpliwości oraz nie naruszający zasady uczciwej konkurencji.

Podkreślił, że treść art. 22 ustawy Pzp jak również przepisów wykonawczych (tj. Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane) nie określa katalogu dokumentów za pomocą, których należy wykazać zobowiązanie do udostępnienia potencjału technicznego do wykonania zamówienia, co oznacza, że jakikolwiek dokument, z którego wynika przedmiotowy fakt należy uznać za prawidłowy. Ustawodawca nie określił również minimalnej treści takich zobowiązań.

Jako nieprawdziwe zamawiający ocenił twierdzenie protestującego jakoby przedstawione przez wykonawcę - Radosław Ciołek Poniatowski "Architektura Zieleni Hortus" zobowiązanie do udostępnienia potencjału technicznego do wykonania zamówienia miało charakter warunkowy. Podniósł, iż zgodnie z treścią art. 89 k.c. - z zastrzeżeniem wyjątków w cyt. ustawie przewidzianych albo wynikających z właściwości czynności prawnej, powstanie lub ustanie skutków czynności prawnej można uzależnić od zdarzenia przyszłego i niepewnego (warunku).

Wyjaśnił, że w przedmiotowym stanie faktycznym zobowiązanie, o którym mowa ma charakter bezwarunkowy, nie uzależnia bowiem powstania lub ustania skutków czynności prawnej od zdarzenia przyszłego i niepewnego. Z jego treści nie wynika uzależnienie udostępnienia potencjału technicznego do wykonania zamówienia od jakiegokolwiek zdarzenia przyszłego. Przytoczony przez protestującego zwrot "zgodnie z obowiązującym cennikiem" odnosi się jedynie do warunków finansowych, na jakich udostępnienie sprzętu będzie się odbywać. Powyższe stwierdzenie nie decyduje o istnieniu zobowiązania, dlatego też nie podlega ocenie i badaniu przez zamawiającego. Wykonawca wobec zamawiającego zobowiązany jest wykonywać przedmiot zamówienia zgodnie z ceną wskazaną w ofercie, która obejmuje wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia.

Zamawiający wyjaśnił, że w trakcie oceny i analizy ofert stwierdził, iż dokumenty zastrzeżone przez wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa posiadają wartość gospodarczą, dotyczyły zeznania podatkowego wykonawcy. Informacje zawarte w druku urzędowym PIT-36L dotyczące wysokości osiągniętego dochodu lub poniesionej straty stanowią informację podlegającą ochronie na podstawie art. 293 § 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (Dz. U. z 2009 r., Nr 57, poz. 466 z późn. zm.), co w ocenie zamawiającego stanowi wystarczającą przesłankę do uznania takich informacji jako podlegających ochronie w rozumieniu art. 11 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zamawiający podniósł także, że badając zasadność zastrzeżenia jawności stwierdził, że w przedmiotowym postępowaniu wykonawca swoją wolę uzewnętrzniał poprzez adnotację: "zastrzegam jawność dokumentu", wobec czego brak było podstaw do twierdzenia, że zastrzeżona informacja nie została objęta odpowiednią ochroną przez przedsiębiorcę, a tym samym, że nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający wskazał, że protestujący w tym zakresie nie przedstawił żadnych dowodów. Twierdzenie protestującego, iż zamawiający bezkrytycznie zaakceptował zastrzeżenie informacji w ofertach wykonawców jako tajemnicy przedsiębiorstwa również nie zostało dowiedzione.

Zamawiający stwierdził nadto, że nie ma podstaw do odrzucenia oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, bowiem bez względu na to, czy w/w wykonawca prawidłowo, czy też nieprawidłowo zastrzegł pewne informacje w ofercie jako tajemnicę przedsiębiorstwa, oświadczenie to jest oświadczeniem odrębnym od samego

oświadczenia będącego ofertą. Wskazał, iż kwestia ta została jednoznacznie rozstrzygnięta w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 r. (sygn. III CZP 74/05).

Podniósł wreszcie, że wiadomość o tym, że przedmiotowe dokumenty zostały zastrzeżone przez wykonawcę - Radosław Ciołek - Poniatowski "Architektura Zieleni Hortus" protestujący powziął 27.08.2009 r., co zgodnie z art. 180 ust. 7 ustawy Pzp oznacza, że protest w tym zakresie podlega odrzuceniu jako wniesiony po terminie.

Zamawiający wskazał, iż zgodnie z art. 45 ust. 5 ustawy Pzp określił kwotę wadium dla każdej części oddzielnie. Załączony do oferty wykonawcy przelew wyraźnie wskazuje, że wadium w formie przelewu zostało wniesione dnia 20.08.2009 r. na 9 rejonów, a tym samym zabezpiecza ofertę na dzień składania ofert, tj. 21.08.2009 r. na łączną kwotę 101 800 zł.

Kwota ta stanowi sumę kwot wadium wymaganych dla poszczególnych rejonów.

Odnosnie niespełnienia przez wskazanego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu w zakresie niezbędnego doświadczenia zamawiający wskazał, że Prawo zamówień publicznych pozwala ubiegać się o udzielenie zamówienia tym wykonawcom, którzy posiadają między innymi niezbędną wiedzę, doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

W celu potwierdzenia posiadania doświadczenia zgodnie z Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane oraz zgodnie z pkt 6.3.5. SIWZ na potwierdzenie warunku opisanego w pkt. 5.3. zamawiający wymagał załączenia do oferty wykazu wykonanych lub wykonywanych usług z zakresu utrzymania, kompleksowej konserwacji i renowacji zieleni na terenach miejskich o łącznej średniorocznej wartości prac nie mniejszej niż 300.000,00 zł brutto w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączeniem dokumentów potwierdzających, że usługi te zostały wykonane należyście.

Zamawiający wyjaśnił, że wykonawca - Radosław Ciołek - Poniatowski "Architektura Zieleni Hortus" na potwierdzenie spełniania warunku dołączył do oferty wykaz wykonanych usług oraz dokument potwierdzający należyte ich wykonanie, tj. referencję.

Ponieważ wykonawca dołączył do oferty wszystkie wymagane dokumenty oraz oświadczenia zamawiający stwierdził, że spełnia on wszystkie warunki udziału w postępowaniu, a jego oferta nie podlega odrzuceniu i jest najkorzystniejsza pod względem przyjętych w SIWZ kryteriów oceny ofert.

Podkreślił, że wymagany przez zamawiającego wykaz usług w nagłówku zawiera sformułowanie "Wykaz wykonanych lub wykonywanych usług z zakresu utrzymania,



kompleksowej konserwacji i renowacji zieleni o areale 30 ha na terenach miejskich o łącznej średniorocznej wartości prac nie mniejszej niż 300 000, 00 zł (brutto) w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie", zaś wykonawca w kolumnie "przedmiot zamówienia" wyraźnie wskazał przedmiot umowy tzn. Utrzymanie oraz kompleksowa konserwacja i renowacja terenów zieleni komunalnej w rejonie Czechów, Kalinowszczyzna - Ponikwoda, Tatary, co oznacza wykonanie lub wykonywanie usług z zakresu utrzymania, kompleksowej konserwacji i renowacji zieleni na terenach miejskich.

Wskazał też, że referencja wystawiona przez zamawiającego zawiera sformułowanie, że wykonawca wykonał i wykonuje prace w zakresie utrzymania, kompleksowej konserwacji i renowacji zieleni komunalnej....", a w dalszej treści referencji jest napisane, że "zakres prac obejmuje między innymi:

1. utrzymanie czystości ciągów pieszo - jezdnych (...)
2. koszenie trawników
3. pielęgnację żywopłotów
4. ścinkę drzew i karczowanie
5. nasadzenie drzew, krzewów i kwiatów
6. rekultywację i budowę terenów zielonych
7. utrzymanie czystości w parkach, skwerach i pasach drogowych
8. budowę i remonty małej architektury ogrodowej i urządzeń zabawowych.

Zamawiający uznał referencje - wystawione przez samego zamawiającego - za wystarczające, ponieważ do wykazu należy dołączyć jedynie dokumenty potwierdzające, że te usługi zostały wykonane należycie i nie można wymagać, aby te dołączane dokumenty musiały zawierać inne, obszerniejsze informacje.

#### odnośnie zaniechania wykluczenia wykonawcy MPO SITA Lublin S.A.

Zamawiający powtórzył argumentację podniesioną w zakresie spełnienia warunku doświadczenia przez wykonawcę Architektura Zieleni HORTUS Radosław Ciołek - Poniatowski, podając, że wykonawca - MPO SITA Lublin S.A. dołączył do oferty wykaz wykonanych usług oraz dokumenty potwierdzające należyte ich wykonanie, tj. referencje. Referencja wystawiona przez zamawiającego zawiera sformułowanie, że firma MPO SITA Lublin "prowadziła kompleksową konserwację i renowację terenów zieleni komunalnej (...). Zakres prac obejmował: konserwację trawników (koszenie, grabienie) pielęgnację żywopłotów (cięcie, odchwaszczanie), ścinkę, prześwietlanie i karczowanie drzew, nasadzenia drzew, krzewów, kwiatów, rekultywację i zakładanie trawników, utrzymanie czystości w parkach, skwerach i pasach drogowych, konserwację i remonty małej architektury ogrodowej i urządzeń zabawowych.

W odwołaniu odwołujący wskazał, że rozstrzygnięciu zamawiającego zarzuca naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 i 3, art. 29 ust. 1, art. 38 ust. 4, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 91 ust. 1 oraz art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, poprzez odrzucenie oferty odwołującego się dla części zamówienia Rejon IV - Ogród Saski,
2. art. 8, a co za tym idzie art. 7 ust 1 i 3 ustawy Pzp, poprzez utajnienie informacji o średniorocznych minimalnych obrotach przez wykonawcę Radosław Ciołek - Poniatowski "Architektura Zieleni Hortus" wymaganych dla potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu w sytuacji, gdy nie zaszły przesłanki utajnienia informacji określone w art. 8,
3. art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, poprzez dokonanie niezgodnego z prawem wyboru oferty najkorzystniejszej i zaniechanie wykluczenia wykonawcy - Radosław Ciołek - Poniatowski "Architektura Zieleni Hortus" jako nie spełniającej warunków udziału w postępowaniu,
4. art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy - MPO SITA Lublin S.A. jako nie spełniającej warunków udziału w postępowaniu.

Wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania,
2. nakazanie odtajnienia informacji o średniorocznych minimalnych obrotach wymaganych na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu,
3. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
4. powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący ponowił argumentację zawartą uprzednio w proteście.

Dodatkowo odwołujący w uzasadnieniu odwołania wskazał, że o charakterze informacji podlegającej ochronie decyduje jej walor gospodarczy ustalony na podstawie art. 11 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a nie ordynacji podatkowej.

Za nietrafny uznał pogląd zamawiającego, iż protest odwołującego się co do zarzutu braku odtajnienia informacji jest spóźniony i podlega odrzuceniu. Powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej (KIO/UZP 748/09).

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), pisma zamawiającego ZP.P.I.341-1-65/09 z dnia 17.08.2009 r. wraz z załącznikiem nr 3 do SIWZ, ofert złożonych przez wykonawców: Radosław Ciołek - Poniatowski „Architektura Zieleni Hortus” oraz MPO SITA Lublin S.A., pisma zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej dla poszczególnych rejonów z dnia 25.09.2009 r., oświadczeń i stanowisk stron, a także przystępującego, zaprezentowanych w proteście, rozstrzygnięciu protestu, odwołaniu, zgłoszeniu przystąpienia do postępowania protestacyjnego i odwoławczego oraz w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że odwołujący posiadał interes prawny do wniesienia tak protestu, jak i odwołania z wyjątkiem części zamówienia odnoszącej się do Rejonu IV - Ogród Saski, ponieważ potwierdzenie się zarzutów, że zamawiający bezprawnie zaniechał wykluczenia wykonawców, którzy w poszczególnych częściach złożyli oferty sklasyfikowane wyżej niż nie podlegająca odrzuceniu oferta odwołującego oznaczałoby dla odwołującego szansę na uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Tym samym wypełniona została materialnoprawna przesłanka niezbędna do rozpoznania odwołania w tym zakresie, wynikająca z przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby ustalił natomiast brak legitymacji odwołującego do wniesienia odwołania odnośnie zarzutu zaniechania unieważnienia postępowania dla Rejonu IV - Ogród Saski, ponieważ zamawiający w rozstrzygnięciu protestu ponad wszelką wątpliwość uwzględnił zarzut w zakresie dotyczącym niespójności pomiędzy treścią pisma a treścią załącznika nr 3 będącego integralną częścią przekazanych wykonawcom pism o zmianach do specyfikacji istotnych warunków zamówienia i zobowiązał się do powtórzenia czynności badania ofert w tym zakresie. Uczynił zatem zadość żądaniu wynikającemu z podniesionego zarzutu.

Zarzut zaniechania przez zamawiającego wykluczenia wykonawcy Radosław Ciołek - Poniatowski „Architektura Zieleni Hortus” w wyniku uznania, że wykonawca ten złożył dla Rejonów I, VI i XI prawidłowy dokument potwierdzający udostępnienie sprzętu przez Hurtownię Pilarek i Kosiarek „Partner - Service” nie potwierdził się.

Odwołujący błędnie uznał, iż zobowiązanie do udostępnienia sprzętu wykonawcy Radosław Ciołek - Poniatowski „Architektura Zieleni Hortus”, który złożył ofertą w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przez Hurtownię Pilarek i Kosiarek „Partner - Service” Krzysztof Konczalski zgodnie z obowiązującym w tej Hurtowni cennikiem jest oświadczeniem warunkowym.

Skład orzekający w pełni podziela stanowisko zamawiającego, iż zobowiązanie Hurtowni Pilarek i Kosiarek „Partner - Service” Krzysztof Konczalski ma charakter bezwarunkowy i nie uzależnia powstania lub ustania skutków czynności prawnej od zdarzenia przyszłego i niepewnego (warunek w rozumieniu art. 89 k.c.), zaś zwrot "zgodnie z obowiązującym cennikiem" odnosi się jedynie do warunków finansowych na jakich udostępnienie sprzętu będzie się odbywać, co nie decyduje o istnieniu samego zobowiązania.

Skład orzekający Izby stwierdza, że przywołany cennik w treści kwestionowanego przez odwołującego oświadczenia odnosić można wyłącznie do relacji pomiędzy wykonawcą Radosław Ciołek - Poniąkowski „Architektura Zieleni Hortus” a firmą udostępniającą, tj. Hurtownią Pilarek i Kosiarek „Partner - Service” Krzysztof Konczalski, ponieważ to nie zamawiający - organizator przedmiotowego postępowania przetargowego będzie prowadzić w wyniku udzielenia tego zamówienia w części odnoszącej się do Rejonów I, VI i XI rozliczenia, w tym co do cen, na jakich wykonawcy Radosław Ciołek - Poniąkowski „Architektura Zieleni Hortus” ostatecznie zostanie udostępniony sprzęt. Ryzykiem tegoż wykonawcy, pozostającym bez jakiegokolwiek wpływu na ceny ofertowe dla Rejonów I, VI i XI, tj. bez wpływu na relacje pomiędzy wykonawcą Radosław Ciołek - Poniąkowski „Architektura Zieleni Hortus” a zamawiającym jest bowiem to, jaką cenę przyjdzie zapłacić temu wykonawcy za fakt udostępnienia sprzętu na potrzeby realizacji wskazanych części zamówienia.

Z punktu widzenia zamawiającego i oceny spełnienia przez wykonawcę Radosław Ciołek - Poniąkowski „Architektura Zieleni Hortus” warunku w zakresie niezbędnego dla realizacji zamówienia dla Rejonów I, VI i XI sprzętu istotne jest jedynie ustalenie, że inny podmiot, w tym przypadku Hurtownia Pilarek i Kosiarek „Partner - Service” Krzysztof Konczalski zobowiązał się wobec wykonawcy do udostępnienia mu sprzętu, co ponad wszelką wątpliwość ma miejsce w niniejszym stanie faktycznym.

Zarzut zaniechania przez zamawiającego wykluczenia wykonawcy Radosław Ciołek - Poniąkowski „Architektura Zieleni Hortus” w wyniku uznania, że wykonawca ten zasadnie zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa dokument PIT-36L, a w konsekwencji zaniechanie odtajnienia tego dokumentu nie potwierdził się.

Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że zastrzeżony PIT 36-L nie stanowi dokumentu posiadającego dla wykonawcy Radosław Ciołek - Poniąkowski „Architektura Zieleni Hortus” wartość gospodarczą, co legło u podstaw przyznania temu dokumentowi przez zamawiającego statusu dokumentu objętego tajemnicą przedsiębiorstwa (gołosłowne kwestionowanie tego faktu w proteście i odwołaniu wraz z dywagacjami natury ogólnej nie jest wystarczające).

Nie wykazał także odwołujący, aby wykonawca Radosław Ciołek - Poniowski „Architektura Zieleni Hortus” nie dochował wymogów objęcia tego dokumentu ochroną, składając go wraz z ofertą w przedmiotowym postępowaniu.

Nie wykazał wreszcie, aby informacje zawarte w tym dokumencie osoby trzecie mogły pozyskać w inny, prawem dozwolony sposób, a to przecież na odwołującym zgodnie z przepisem art. 6 kodeksu cywilnego i art. 188 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp spoczywa ciężar udowodnienia faktu, z którego wywodzi skutki prawne.

Dodatkowo skład orzekający Izby stwierdza, co wynika z przywołanej również przez samego odwołującego uchwały Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 r. (sygn. III CZP 74/05), że nawet niezasadne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa nie może prowadzić do eliminacji wykonawcy, który zastrzeżenia takiego dokonał i eliminacji złożonej przez niego oferty, a zatem nie może doprowadzić do zadośćuczynienia żądaniu odwołującego, tj. wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu.

Skład orzekający Izby, na podstawie danych zawartych w zastrzeżonych dokumentach stwierdził, że wykonawca spełnia postawiony warunek udziału w postępowaniu co do wymaganej zdolności ekonomicznej i finansowej.

Skład orzekający Izby nie podzielił stanowiska zamawiającego, że w zakresie tego zarzutu protest podlega odrzuceniu. Przypomnieć należy, że środki ochrony prawnej przysługują wykonawcom nie wobec czynności lub zaniechań innych wykonawców, ale wobec czynności lub zaniechań odpowiadającego za prawidłowość postępowania zamawiającego, co oznacza, że tak długo, jak odwołującemu nie było znane stanowisko zamawiającego co do udostępnienia albo odmowy udostępnienia dokumentu PIT-36L, załączonego do oferty wykonawcy Radosław Ciołek - Poniowski „Architektura Zieleni Hortus”, tak długo nie mógł on powziąć informacji o podstawach wniesienia protestu.

W dacie 27.08.2009 r. odwołujący mógł zapoznać się jedynie z ofertą przekazaną mu przez zamawiającego, nie mając jednak wiedzy co do tego, czy jest ona niekompletna (brak niektórych stron w ponumerowanej kolejno ofercie) w wyniku świadomych działań lub błędu samego wykonawcy, czy w wyniku decyzji zamawiającego.

Zarzut zaniechania przez zamawiającego wykluczenia wykonawcy Radosław Ciołek - Poniowski „Architektura Zieleni Hortus” w wyniku uznania, że wykonawca ten spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami niezbędnymi do realizacji zamówienia.

Zarzut ten nie został podtrzymany przez odwołującego w odwołaniu, co odwołujący potwierdził także na rozprawie, wobec czego skład orzekający Izby nie odniósł się do tego zarzutu.

Zarzut zaniechania przez zamawiającego wykluczenia wykonawcy Radosław Ciołek - Poniatowski „Architektura Zieleni Hortus” w wyniku uznania, że wykonawca ten wniósł wadium we wszystkich 9 częściach zamówienia nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, że kwota 101 800 zł jest sumą kwot wadium dla poszczególnych 9 części przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wskazanych przez zamawiającego w pkt. 8.1.SIWZ.

Zamawiający na rozprawie oświadczył, że w dacie 20.08.2009 r., a zatem przed wyznaczonym jako ostatni dzień składania ofert na jego rachunku bankowym, wskazanym w pkt. 8.3. SIWZ znajdowała się kwota 101 800 zł.

Kwota ta - zgodnie z opisem przelewu - stanowi wadium wniesione dla 9 rejonów przez wykonawcę Radosław Ciołek - Poniatowski „Architektura Zieleni Hortus”. W treści opisu przelewu zawarto także informację: „wszystkie rejon”.

Skład orzekający Izby stwierdza, że wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp uzasadnia wyłącznie fakt, że wykonawca nie wniósł wadium.

W przypadku wadium wnoszonego w formie pieniądza (jak ma to miało miejsce w przypadku wykonawcy Radosław Ciołek - Poniatowski „Architektura Zieleni Hortus”) jest ono wniesione w chwili uznania rachunku zamawiającego odpowiednią kwotą, co zresztą zamawiający wskazał w pkt. 8.3. zdanie drugie SIWZ.

Kwestią natomiast drugorzędną, mającą jedynie znaczenie formalne jest to, czy wykonawca załącza do poszczególnych ofert częściowych dowód dokonania przelewu. Wykonanie dyspozycji przelewu, czego potwierdzeniem jest właśnie „potwierdzenie przelewu” nie jest wystarczające do uznania wniesienia wadium. Tak długo bowiem, jak długo zamawiający nie może dysponować żądaną kwotą, nie można uznać, że wadium w formie pieniądza zostało wniesione.

Ustalenie, że w odpowiednim momencie, tj. przed upływem terminu składania ofert zamawiający dysponował kwotą 101 800 zł, wpłaconą przelewem przez wykonawcę Radosław Ciołek - Poniatowski „Architektura Zieleni Hortus”, która to kwota stanowi sumę kwot żądanego wadium dla poszczególnych części, objętych zamówieniem, w sytuacji, gdy z opisu przelewu jednoznacznie wynika, że kwota ta odnosi się do 9 rejonów, z dodatkową adnotacją, że dotyczy „wszystkich rejonów”, które wyczerpują zakres przedmiotowego zamówienia przesądza o konieczności uznania, że wadium dla wszystkich części, w których oferty częściowe złożył wskazany wykonawca zostało wniesione.

Bez znaczenia pozostaje kwestia, iż wykonawca Radosław Ciołek - Poniatowski „Architektura Zieleni Hortus” nie złożył ofert we wszystkich 9 częściach. Skoro bowiem kwota 101 800 zł zabezpieczałaby 9 ofert częściowych, to tym bardziej zabezpiecza 7 ofert częściowych złożonych przez tego wykonawcę.

Ustalenie faktu wniesienia wadium dla wszystkich ofert częściowych złożonych przez wykonawcę Radosław Ciołek - Poniatowski „Architektura Zieleni Hortus” przesądza o niedopuszczalności wykluczenia go z udziału w przedmiotowym postępowaniu na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Zarzut zaniechania przez zamawiającego wykluczenia wykonawcy Radosław Ciołek - Poniatowski „Architektura Zieleni Hortus” w wyniku uznania, że wykonawca ten spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie niezbędnego doświadczenia nie potwierdził się.

Odwołujący błędnie uznał, iż warunek udziału w przedmiotowym postępowaniu, zgodnie z którym każdy wykonawca miał obowiązek wykazać wykonanie lub wykonywanie usług z zakresu utrzymania, kompleksowej konserwacji i renowacji zieleni o areale min. 30 ha na terenach miejskich o łącznej średniorocznej wartości prac nie mniejszej niż 300.000,00 zł (brutto) w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania, należy odczytywać przez pryzmat szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia, objętego niniejszym postępowaniem przetargowym, a zawartym w pkt. 3 SIWZ.

Stanowiska takiego w żadnej mierze nie uzasadnia wskazane wyżej brzmienie warunku udziału w postępowaniu, ponieważ po pierwsze nie odsyła on do opisu przedmiotu zamówienia w tym postępowaniu, zawartego w pkt. 3 SIWZ, po drugie mówi jedynie o obowiązku wykazania usług „z zakresu utrzymania, kompleksowej konserwacji i renowacji zieleni”, a zatem usług nie wykraczającym poza wskazany jedynie „hasłowo” rodzaj usług.

Niedopuszczalne jest utożsamianie usług wykazywanych jako wykonane lub wykonywane z zamówieniem będącym przedmiotem danego, konkretnego postępowania przetargowego (§ 1 ust. 2 pkt 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane).

Przypomnieć należy, że wystarczającym źródłem podjęcia przez wykonawcę decyzji co do udziału w danym postępowaniu z punktu widzenia oczekiwanych przez zamawiającego cech samego wykonawcy (w tym co do doświadczenia) musi być treść warunku wskazana w ogłoszeniu o zamówieniu, bez konieczności odwoływania się do tego, co stanowi szczegółowy zakres danego zamówienia. Zwrócić bowiem należy uwagę na fakt, że w większości postępowań o udzielenie zamówień publicznych opis przedmiotu zamówienia jest tak obszerny, że jego pełne zamieszczenie w ogłoszeniu nie jest w ogóle możliwe.

Fakt, że w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego opis przedmiotu zamówienia udało się zamawiającemu zamieścić w całości w treści ogłoszenia o zamówienia - ze względu na jego zwięzłość - nie zmienia w żaden sposób samego

założenia, że to treść samego brzmienia warunku, bez powiązania go z innymi częściami SIWZ, może stanowić wyłączną podstawę oceny jego spełnienia przez wykonawców.

Uznając zatem, że odwołujący oparł swój zarzut na błędnie rozumianym warunku udziału w przedmiotowym postępowaniu w zakresie niezbędnego doświadczenia skład orzekający Izby uznał niezasadność zarzutu zaniechania wykluczenia wykonawcy Radosław Ciołek - Poniatowski „Architektura Zieleni Hortus” z udziału w przedmiotowym postępowaniu.

Odnosząc się do kwestii podania przez tego wykonawcę w „Wykazie wykonanych lub wykonywanych usług (...) jedynie roku wykonywanych usług skład orzekający Izby stwierdza, że jest to jedynie uchybienie formalne, ponieważ wskazanie wyłącznie roku 2009, 2008 lub 2007 zawiera się w zakreślonym w warunku okresie, tj. trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania, skoro przedmiotowe postępowanie zostało wszczęte ogłoszeniem o zamówieniu w dniu 01.07.2009 r.

Kwestia podania daty byłaby istotna wyłącznie w przypadku roku 2006. W sytuacji jednak, gdy wskazane przez wykonawcę usługi z innych lat (2007, 2008 i 2009) spełniają postawiony przez zamawiającego warunek udziału w postępowaniu co do niezbędnego doświadczenia, uchybienie to nie może uzasadniać wykluczenia wykonawcy z udziału w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Zarzut zaniechania przez zamawiającego wykluczenia wykonawcy MPO SITA Lublin S.A. w wyniku uznania, że wykonawca ten spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie niezbędnego doświadczenia nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby stwierdza aktualność argumentacji zawartej powyżej, a odnoszącej się do zarzutu zaniechania przez zamawiającego wykluczenia wykonawcy Radosław Ciołek - Poniatowski „Architektura Zieleni Hortus” w wyniku uznania, że wykonawca ten spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie niezbędnego doświadczenia.

Biorąc powyższe pod uwagę skład orzekający Izby nie stwierdził naruszenia przez zamawiającego żadnego z przepisów wskazanych przez odwołującego w proteście oraz odwołaniu i na podstawie przepisu art. 191 ust. 1 ustawy Pzp zdanie pierwsze orzekł jak w sentencji.



O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania.

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 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Lublinie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....