

**WYROK
z dnia 12 sierpnia 2019 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 sierpnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 lipca 2019 r. przez wykonawcę Spes City sp. z o.o. sp.k. ul. Graniczna 22, 54-530 Wrocław w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Gminę Wrocław Zarząd Zieleni Miejskiej, ul. Trzebnicka 33, 50-231 Wrocław

przy udziale wykonawcy PHU VENA Sp. j. B. i S-ka, ul. Paprotna 5, 51-117 Wrocław zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1469/19 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Spes City sp. z o.o. sp.k. ul. Graniczna 22, 54-530 Wrocław i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Spes City sp. z o.o. sp.k. ul. Graniczna 22, 54-530 Wrocław tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy Spes City sp. z o.o. sp.k. ul. Graniczna 22, 54-530 Wrocław na rzecz Zamawiającego Gminy Wrocław Zarządu Zieleni Miejskiej, ul. Trzebnicka 33, 50-231 Wrocław kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 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

Zamawiający: Gmina Wrocław Zarząd Zieleni Miejskiej, ul. Trzebnicka 33, 50-231 Wrocław wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Kompleksowa konserwacja parków i zieleńców na terenie Gminy Wrocław.”, (znak postępowania: ZP/PN/33/2019/DZZ).

W dniu dnia 18 lipca 2019 r. Odwołujący: Spes City sp. z o.o. sp.k. ul. Graniczna 22, 54-530 Wrocław powziął wiadomość o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy PHU VENA Sp. j. B. i S-ka, ul. Paprotna 5, 51-117 Wrocław.

Nie zgadzając się z powyższym rozstrzygnięciem przetargu Odwołujący w dniu 29 lipca 2019 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od czynności podjętych przez Zamawiającego w tym postępowaniu, w zakresie Części 5: „Zadanie 6 - Rejon Krzyki I - pow. 86,60 ha - zieleń zabytkowa i niezabytkowa”; polegających na:

- 1) nieprawidłowym badaniu i ocenie oferty najkorzystniejszej złożonej przez Wykonawcę PHU VENA Sp. j. B. i S-ka ul. Paprotna 5, 51-117 Wrocław i w konsekwencji niezasadnym wyborze oferty tego Wykonawcy, jako najkorzystniejszej,
- 2) zaniechaniu wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty Odwołującego.

Zamawiającemu zarzucił naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 i art. 22d ust. 2 ustawy Pzp poprzez niewykluczenie z udziału w postępowaniu Wybranego Wykonawcy pomimo nie spełnienia przez niego warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej tj. niespełnienie wymogu realności zasobu osobowego z uwagi na zaangażowanie zasobów Wybranego Wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze mogące mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia w zakresie: funkcji ogrodnika (1) i pracownika z ukończonym szkoleniem w zakresie stosowania środków ochrony roślin przy użyciu sprzętu naziemnego do stosowania tych środków, w wyłączeniu sprzętu montowanego na pojazdach szynowych (2);

- 2) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości, oraz z ostrożności procesowej:

- 3) art. 24 ust. 1 pkt 16) i pkt 17) ustawy Pzp poprzez niewykluczenie z udziału w

postępowaniu Wybranego Wykonawcy pomimo, iż w wyniku rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu, i że jest w stanie przedstawić wymagane dokumenty dla spełniania warunku oraz przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, które mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, wnosił o rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności badania i oceny ofert skutkujących wyborem oferty najkorzystniejszej;
- 2) powtórzenie czynności badania i oceny ofert i, w konsekwencji, dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej złożonej w postępowaniu na część 5 Zadanie 6 Rejon Krzyki I;
- 3) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Odwołujący zwrócił uwagę, że wybrany Wykonawca uczestniczył w bieżącym roku również kilku w innych postępowaniach dotyczących usług pielęgnacji zieleni przeprowadzonych przez tego samego Zamawiającego tj. Gminę Wrocław - Zarząd Zieleni Miejskiej.

Zauważył, że Wykonawca ten uczestniczył w:

- 1) postępowaniu pn. „Kompleksowa konserwacja zieleni przyulicznej we Wrocławiu” (znak postępowania ZP/PN/10/2019/DZZ) (w ramach Konsorcjum z J. K. Zakład Wielobranżowy z siedzibą we Wrocławiu, z terminem realizacji od 01.07.2019 r. do 23.06.2022 r., dla Zadania 3 - rejon Krzyki zachód, pow. 87,85 ha; oraz
- 2) postępowaniu pn. „Kompleksowa konserwacja parków i zieleńców na terenie Gminy Wrocław” (znak postępowania ZP/PN/11/2019/DZZ) z terminem realizacji od 01.07.2019 r. do 23.06.2022 r. dla Zadania 8 - Rejon Krzyki III - pow. 55,11 ha - zieleń zabytkowa i niezabytkowa;
- 3) postępowaniu pn. „Kompleksowa konserwacja parków i zieleńców na terenie Gminy Wrocław” (znak postępowania ZP/PN/33/2019/DZZ) z terminem realizacji od 01.09.2019 r. na 3 części tj. zadanie nr 2 (cz. 2), zadanie 5 (cz. 4), zadanie 6 (cz. 5).

Wyjaśnił, że w każdym z tych postępowań organizowanych jako postępowania z opcją ofert częściowych, oferta Wykonawcy była wybrana jako najkorzystniejsza w postępowaniu ZP/PN/10/2019/DZZ na część Zadanie nr. 3 rejon Krzyki zachód, w

postępowaniu ZP/PN/11/2019/DZZ na część Zadanie 8 - Rejon Krzyki III, w przedmiotowym Postępowaniu ZP/PN/33/2019/DZZ na 3 części tj. zadanie nr 2 (cz. 2), zadanie 5 (cz. 4), zadanie 6 (cz. 5), co wynika z protokoły ZP-PN dla ww. postępowań.

Zauważył, że Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu ustanowił szczegółowe warunki udziału w zakresie zdolności technicznej i wymagał wykazania się określoną kadrami ze wskazaniem na szczególne uprawnienia i odpowiednie doświadczeniem do realizacji przyszłych zadań.

Zaznaczył, że w pkt VII 2.3.3 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ Zamawiający wskazał, iż oczekuje przedstawienia następującej kadry:

1) kierownika prac - dla Zadań 3 i 6 (położonymi na obszarze wpisanym do rejestru zabytków - dla Zadań 1, 2, 5), który będzie kierował pracami konserwatorskimi oraz restauratorskimi prowadzonymi przy zabytkach będących parkami wpisanymi do rejestru zabytków;

2) pracownika - dla Zadań 3 i 6 tereny wpisane do rejestru zabytków (położonymi na obszarze wpisanym do rejestru zabytków - dla Zadań 1,2, 5), który będzie samodzielnie wykonywał prace konserwatorskie oraz restauratorskie prowadzone przy zabytkach będących parkami wpisanymi do rejestru zabytków;

3) dwóch pilarzy, z których każdy posiada co najmniej roczne doświadczenie w zakresie pielęgnacji koron drzew, odpowiednie kwalifikacje z zakresu pracy na drzewach ozdobnych z użyciem pilarki łańcuchowej;

4) ogrodnika (dla Zadań: 1,2,3,5,6),

5) pracownika z ukończonym szkoleniem w zakresie stosowania środków ochrony roślin przy użyciu sprzętu naziemnego do stosowania tych środków, z wyłączeniem sprzętu montowanego na pojazdach szynowych;

dodatkowo:

- dla Zadania 3: pracownika z ukończonym kursem w zakresie obsługi automatycznych systemów nawadniających, który odbył co najmniej 12 - miesięczną praktykę zawodową w tym zakresie,

- dla Zadania 3: dwóch pracowników, którzy posiadają kwalifikacje przy bieżącej pielęgnacji i konserwacji szaty roślinnej zgodnie z Japońską Sztuką Ogrodniczą.

Szczegółowo sprecyzowane powyższe wymagania zawierały dodatkowe zastrzeżenia:

1) Zamawiający nie dopuszcza, aby jeden kierownik robót nadzorował pracę na więcej niż jednej części,

2) Dla pozostałych wskazanych osób – można się nimi posługiwać wspólnie

wybranych maksymalnych trzech części.

Tym samym – zdaniem Odwołującego - Zamawiający określił rozumienie dostępności i realności zasobów przy wykonywaniu zakresów zadań opisanych przedmiotem zamówienia.

Wskazał, że wybrany Wykonawca przedłożył wykazy osób kierowanych do realizacji poszczególnych części (zadań), które następnie zgodnie z wezwaniem Zamawiającego na pismo nr DL220.33.2019, Ldz. 2664 z dnia 09.07.2019 r., Wykonawca zastąpił poprawionymi wykazami w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego za pismem z dnia 15.07.2019 r.

Przyczyną przedłożenia zaktualizowanych wykazów było, jak to określił w swoim piśmie wybrany Wykonawca „omyłkowe wpisanie osób podwykonawcy dotyczące innego zadania.

Z analizy treści przedłożonych wykazów osób zaangażowanych do przyszłej realizacji, wynika – według Odwołującego, iż na stanowisku ogrodnika Wybrany Wykonawca wskazał trzykrotnie Pana A. H. dla każdego z poszczególnych zadań (część 2, 4, i 5), a także wskazał trzykrotnie Pana K. P. na stanowisko pracownika z ukończonym szkoleniem w zakresie stosowania środków ochrony roślin.

Odwołujący zaznaczył, że wskazując na powyżej określone osoby, wybrany Wykonawca teoretycznie spełniał warunek udziału w postępowaniu, w tym wymóg, iż wskazanymi w wykazach osobami - zamówienia.

Jednakże, jak Odwołujący podniósł powyżej wybrany Wykonawca wziął udział w innych postępowaniach prowadzonych w niewielkich odstępach czasowych w stosunku do przedmiotowego postępowania, i zostały mu udzielone przez tego samego Zamawiającego dwa zamówienia.

Z wykazów osób przedłożonych przez wybranego Wykonawcę celem spełnienia warunków udziału co do personelu, w postępowaniu o numerze ZP/PN/10/2019/DZZ, jak i w postępowaniu nr ZP/PN/11/2019/DZZ wynika, iż funkcję pracownika z ukończonym szkoleniem w zakresie stosowania środków ochrony roślin będzie pełnił Pan K. P.

Tym samym – w ocenie Odwołującego - wybrany Wykonawca posługuje się tą samą osobą dedykowaną do wykonywania przedmiotu zamówienia w przedmiotowym postępowaniu nie trzeci raz, a piąty (sumując dwa poprzednie zadania).

Z kolei przywoływany również powyżej Pan A. H. mający pełnić trzykrotnie funkcję ogrodnika na 3 zadaniach w przedmiotowym postępowaniu, w postępowaniu o numerze ZP/PN/10/2019/DZZ został wskazany na funkcję kierownika robót, którego zakres prac i odpowiedzialności jest taki istotny, że Zamawiający postawił dodatkowy warunek polegający na zakazie nadzorowania prac przez taką osobę na więcej niż jednej Części.

Odwołujący dodał przy tym, iż zakres zadań kierownika robót obejmuje: bezpośredni/codzienny nadzór nad pracownikami wykonującymi prace ogrodniczo-porządkowe w terenie, organizacja prac w terenie zgodnie z przyjętymi do wykonania zakresami miesięcznymi, opracowywanie i przesyłanie Zamawiającemu raportów dobowych, udział w odbiorze zleconych prac, przygotowywanie: kosztorysów powykonawczych, obmiarów zrealizowanych robót i protokołów odbioru robót, kontrolowanie i ocena jakości wszystkich wykorzystywanych materiałów do wykonywanych prac, w tym materiału roślinnego - niedopuszczenie do wykorzystania materiału wadliwego, bieżące ustalanie harmonogramu prac, bezpośrednia współpraca z Zamawiającym.

Mając powyższe na względzie niemożliwym więc praktycznie staje się – w przekonaniu Odwołującego - jednoczesna praca na terenie trzech innych obszarów zielonych w charakterze ogrodnika.

W powyższym zakresie powołał się na Wykazy osób złożone przez Wybranego Wykonawcę w postępowaniach ZP/PIM/10/2019/DZZ i nr ZP/PN/11/2019/DZZ.

Jak wskazał Odwołujący powyżej, zadania na których oferta Wykonawcy okazała się najkorzystniejsza pod względem kryteriów oceny ofert, wymagają praktycznie – w jego opinii - równoległej realizacji (pokrywają się terminy umowne), tym samym pełnego zaangażowania w każde zadanie.

Reasumując powyższy stan faktyczny, stanął na stanowisku, że wybrany Wykonawca posłużył się w przedmiotowym postępowaniu, aż dwiema osobami, które nie zapewniają dostępności i realności w świadczeniu usług objętych przedmiotem zamówienia, a tym samym Wykonawca nie przedstawił zasobów w zakresie i na zasadach przewidzianych przez Zamawiającego, co powinno skutkować jego wykluczeniem z postępowania.

W odniesieniu do zarzutu braku wykluczenia wybranego Wykonawcy z powodu nieprawdziwych informacji, podkreślił, iż obecny stan prawny, w porównaniu z uchylonym art. 24 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp, nie przewiduje konieczności wykazywania winy wykonawcy w działaniu zmierzającym do przekazania nieprawdziwych informacji.

Wystarczające jest jedynie wykazanie, iż działanie wykonawcy było lekkomyślne lub niedbałe.

W kontekście art. 24 ust. 1 pkt 17) obecnie zrezygnowano z dawnej przesłanki „wpływu na wynik postępowania” i zastąpiono ją przesłanką o ogólniejszym charakterze – „wpływu na decyzje podejmowane przez zamawiającego”.

Wyraził również przekonanie, że nowe regulacje korespondują z art. 57 ust. 4 lit i) Dyrektywy 2014/24/UE, który stanowi o wykluczeniu wykonawcy, który przedstawił wprowadzające w błąd informacje, *które mogą* mieć istotny wpływ na decyzje w sprawie wykluczenia, kwalifikacji lub udzielenia zamówienia.

Można zatem przyjąć – w opinii Odwołującego, iż wykluczeniu podlega wykonawca, który przez złożenie nieprawdziwych informacji w sposób istotny wpłynął na decyzje zamawiającego ale niekoniecznie miał przez to wpływ na wynik postępowania.

Zdaniem Odwołującego - sytuacja zaistniała w postępowaniu wypełnia również przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 16) pozwalającego na wykluczenie wykonawcy z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji, w przypadku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa a ponadto, dotyczy także sytuacji, gdy wykonawca w ogóle nie jest w stanie przedstawić dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia. W art. 24 ust. 1 pkt 16) już wprost wskazano, iż nieprawdziwe informacje dotyczyć mogą tego czy wykonawca nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji.

Wywodził, że taka sytuacją w przedmiotowym postępowaniu, gdzie wybrany Wykonawca, świadomie, złożył oświadczenie w JEDZ, że spełnia warunki wymagane w SIWZ, pomimo, iż wiedział, że w wykazie osób wskazał osoby, które nie będą dostępne w czasie realizacji zamówienia w zakresie oczekiwanym przez Zamawiającego.

Podkreślił przy tym, iż wybrany Wykonawca nie kwestionował warunku udziału w postępowaniu, nie powoływał się na niezrozumienie treści SIWZ, które mogłyby stanowić przyczynę ewentualnie wyłączającą jego świadome działanie w kontekście przedłożenia informacji niepotwierdzających oczekiwań Zamawiającego.

Przekonywał, iż wybrany Wykonawca na wezwanie do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp samowolnie zmienił pismem z dnia 15.07.2019 r. wykazy osób pierwotnie przedłożone na wezwanie Zamawiającego z dnia 25.06.2019 r. w trybie art. 26 ust. 1 Pzp.

Dalej, argumentował, że pomijając nawet fakt, że wykładnia przepisów, co do autonomiczności przesłanki wykluczenia wykonawców, z powodu składania nieprawdziwych informacji w postępowaniu, pozostaje aktualna również w obliczu nowych regulacji, czego skutkiem jest niemożliwość wzywania do uzupełnienia dokumentów przez Wykonawcę skażonych „świadomą nieprawdliwością”, nie jest możliwe wezwanie wybranego Wykonawcy do przedłożenia dokumentów spełniających prawidłowo warunki udziału, z racji wykorzystania prawa do jednokrotnego uzupełnienia dokumentów na gruncie art. 26 ust. 3 Pzp.

Zastrzegł również, że gdyby Krajowa Izba Odwoławcza nie podzieliła poglądów Odwołującego co do nieprawdziwych informacji w treści złożonych przez wybranego Wykonawcę dokumentów, wnioskował o rozważenie, iż przedłożone przez tego wykonawcę dokumenty w odpowiedzi na wezwanie z dnia 9 lipca 2019 r. nie potwierdzają spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Wskazał, że Zamawiający wyznaczył wyraźnie rozumienie dostępności i realności zasobów przy wykonywaniu zakresów zadań opisanych przedmiotem zamówienia.

W stosunku personelu w ogólności, a w szczególności do osoby na stanowisku kierownika nadzorującego prace.

Tym samym, zdaniem Odwołującego - Zamawiający winien stosować normę art. 22d ust. 2 Pzp, zgodnie z którą Zamawiający może, na każdym etapie postępowania, uznać, że wykonawca nie posiada wymaganych zdolności, jeżeli zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze wykonawcy może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia.

W przedmiotowym przypadku, ocena zdolności Wykonawcy zgodna z dyspozycją tego przepisu była ułatwiona, gdyż Zamawiający miał pełną wiedzę co do stanu zaangażowania kluczowych zasobów wybranego Wykonawcy, z racji samodzielnego przeprowadzania wszystkich postępowań, w których wykonawca uzyskał zamówienie.

Według zapatrywania Odwołującego - Wykonawca, który dla potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu wykazuje określony potencjał, musi dysponować nim w realny sposób, a zatem jeśli ubiega się o udzielenie więcej niż jednego zamówienia, które będą realizowane w tym samym czasie, nie powinien wskazywać zasobów kadrowych czy technicznych, szczególnie w sytuacji ograniczenia, które wprowadza wprost Zamawiający w warunkach postępowania.

Z kolei weryfikowanie przez Zamawiającego spełniania warunków udziału w postępowaniu nie służy jedynie dopełnieniu formalności, prowadzi bowiem do wyboru wykonawcy, który da rękojmię należytego wykonania zamówienia.

Dodatkowo, podkreślił, iż Zamawiający pomimo wystosowania do wybranego Wykonawcy wezwania do wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, otrzymał w związku z tym wezwaniem nowe dokumenty (wykazy osób) i podjął się ich weryfikacji, czego z kolei nie zabrania mu żaden z przepisów ustawy Pzp i nie daje podstawy do zwrotu złożonego dokumentu w takim trybie.

Przyjmując hipotetycznie wolę Zamawiającego do ewentualnego ponownego wezwania wybranego Wykonawcy do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3, (już pierwotnie przedłożonych pismem z dnia 15 lipca), z pewnością Zamawiający takim działaniem – w ocenie Odwołującego - naruszyłby reguły równego traktowania i uczciwej konkurencji.

Reasumując, stwierdził, że wybrany Wykonawca nie spełnił warunków udziału w zakresie zdolności technicznych i zawodowych, co do których wymogi były szczegółowo opisane w postanowieniach SIWZ, co powinno skutkować jego wykluczeniem z postępowania.

W dniu 2 sierpnia 2019r. zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawca PHU VENA Sp. j. B. i S-ka, ul. Paprotna 5, 51-117 Wrocław, zwany dalej Przystępującym, wnosząc o oddalenie w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

W piśmie z dnia 12 sierpnia 2019r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym treść SIWZ, oferty Przystępującego, pisma Zamawiającego z dnia 25 lipca 2019 r. wzywającego do złożenia dokumentów, złożonych w następstwie wezwania Zamawiającego przez Przystępującego wykazów osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, wezwania Zamawiającego z dnia 9 lipca 2019r., do wyjaśnień Przystępującego z dnia 15 lipca 2019 r. wraz załączonymi wykazami osób, które

będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, pisma Przystępującego z dnia 30 lipca 2019r, odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 12 sierpnia 2019 r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.7 ust.1, art.24 ust.1 pkt 12 w związku z art.22 ust.1b pkt 3 i art.22d ust.2 ustawy Pzp oraz art.24 ust.1 pkt 16 i pkt 17 ustawy Pzp.

Odnosząc się do meritum przedmiotowej sprawy należy wskazać, że podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do wykluczenia Przystępującego z przetargu ze skutkiem odrzucenia jego oferty z powodu niespełniania warunków udziału w postępowaniu.

Izba ustaliła w zakresie niezbędnym do rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy, że w rozdziale VII 2.3.3 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ Zamawiający wymagał, iż wykonawca spełni warunek zdolności zawodowej jeżeli wykaże, że dysponuje osobami skierowanymi do realizacji zamówienia:

a) kierownika prac - dla Zadań 3 i 6 (położonymi na obszarze wpisanym do rejestru zabytków - dla Zadań 1, 2, 5), który będzie kierował pracami konserwatorskimi oraz restauratorskimi prowadzonymi przy zabytkach będących parkami wpisanymi do rejestru zabytków;

d) ogrodnika (dla Zadań: 1,2,3,5,6),

e) pracownika z ukończonym szkoleniem w zakresie stosowania środków ochrony roślin przy użyciu sprzętu naziemnego do stosowania tych środków, z wyłączeniem sprzętu montowanego na pojazdach szynowych.

Izba stwierdziła również, że Zamawiający w SIWZ uczynił uwagę, że nie dopuszcza aby jeden kierownik robót nadzorował pracę na więcej niż jednej części.

Jednocześnie, Zamawiający zastrzegł, że dla pozostałych osób – można się nimi posługiwać, wspólnie dla wybranych maksymalnych trzech części.

Izba ustaliła również, że Przystępujący na trzy części(2, 4, 5) zadeklarował te same osoby na funkcję ogrodnika(A. H.) i pracownika z ukończonym szkoleniem w zakresie

stosowania środków ochrony roślin przy użyciu sprzętu naziemnego do stosowania tych środków (K. P.) w ramach zasobu własnego.

Dodatkowo, poza sporem była okoliczność, że powyższe osoby obecnie realizują dwa inne zamówienia: pn. „Kompleksowa konserwacja zieleni przyulicznej we Wrocławiu” (znak postępowania ZP/PN/10/2019/DZZ) i pn. „Kompleksowa konserwacja parków i zieleńców na terenie Gminy Wrocław” (znak postępowania ZP/PN/11/2019/DZZ).

Na tle powyższego stanu faktycznego, a także przyznania Odwołującego, że „...wybrany wykonawca teoretycznie spełniał warunek udziału w postępowaniu”, Izba doszła do przekonania, że brak jest dostatecznych podstaw do uznania niespełniania przez Przystępującego spornego warunku.

Istota sporu wymagała przede wszystkim przesądzenia, czy Zamawiający miał obowiązek zastosowania przepisu art.22d ust.2 ustawy Pzp, mając wiedzę, że powyższe osoby są zaangażowane w realizację innych zamówień.

Stosownie do brzmienia powyższego przepisu Zamawiający może, na każdym etapie postępowania, uznać, że wykonawca nie posiada wymaganych zdolności, jeżeli zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze wykonawcy może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia.

Według zapatrywania Izby - powyższy przepis ma charakter fakultatywny i jego uruchomienie jest uzależnione od posiadania przez Zamawiającego pewnej i obiektywnej wiedzy, że realizowane zamówienie może być zagrożone przez inne przedsięwzięcie, w którym te same osoby już występują.

Zgromadzony w sprawie materiał dowodowy w postaci referencji dla Przystępującego za lata 2001 – 2019, które zostały załączone do odpowiedzi na odwołanie potwierdzają - według uznania Izby, że Zamawiający miał wiedzę odnośnie wielokrotnych, prawidłowych realizacji podobnych zamówień przez Przystępującego, w warunkach świadczenia przez niego w tym samym czasie różnych części zamówień podobnych.

Natomiast, w ocenie Izby - Odwołujący nie posiada dostatecznej wiedzy, co do organizacji pracy u Przystępującego, co potwierdziły jego wyjaśnienia przedstawione na rozprawie.

Dodatkowo, Izba wzięła pod uwagę, że Zamawiający w SIWZ nie uczynił jakiegokolwiek zastrzeżenia, że niedopuszczalne jest wykonywanie równolegle innych zadań

przez te same osoby na kontraktach nie wymienionych w przetargu, a także nie określił jakiegokolwiek harmonogramu czasowego wykonania przedmiotu zamówienia, z którego wynikałoby zaangażowanie zasobów osobowych w realizację zamówienia w ściśle określonych przedziałach czasowych.

W przekonaniu Izby – Odwołujący nie przeprowadził żadnego dowodu na okoliczność, że wykonywanie innych zadań może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia, poza wskazaniem, że Przystępujący realizuje również inne podobne zadania.

Natomiast, Zamawiający wykazał, że specyfika konserwacji zieleni przyulicznej (vide: ZP/PN/10/2019/DZZ) jest mniej złożona i pracochłonna dla kierownika prac, co może usprawiedliwiać możliwość realizacji różnych zamówień przez tą samą osobę.

Jednocześnie, funkcja pracownika z ukończonym szkoleniem w zakresie stosowania środków ochrony roślin przy użyciu sprzętu naziemnego do stosowania tych środków, z wyłączeniem sprzętu montowanego na pojazdach szynowych nie wymaga – w opinii Izby – większego zaangażowania osobowego z racji niezbyt częstego dokonywania oprysków.

Nie wzbudziły również wątpliwości Izby wyjaśnienia Zamawiającego i Przystępującego, z których wynika, że jest możliwe połączenie funkcji kierownika i ogrodnika, bowiem osoby wykonujące te czynności mają jedynie obowiązki natury organizacyjno-koordynacyjnej, które w zasadzie nie obejmują prac technicznych.

Z powyższych względów – Izba nie mogła podzielić argumentacji Odwołującego przedstawionej w odwołaniu.

Jeżeli, chodzi o zarzut naruszenia art.24 ust.1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp, to wykluczenie Przystępującego z przetargu wymagałoby enumeratywnego spełnienia przesłanek określonych w tych przepisach.

Zgodnie z art.24 ust.1 pkt 16 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się: wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów, zaś w myśl przepisu art.24 ust.1 pkt 17 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd

zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W ocenie Izby Odwołujący istnienia powyższych okoliczności, o których mowa w tym przepisie nie udowodnił, a zatem odwołanie w tym zakresie nie mogło być również uwzględnione.

Nadto, Zamawiający – zdaniem Izby – miał pełny obraz zaproponowanego przez Przystępującego zasobu osobowego dedykowanego do wykonania przedmiotu zamówienia, w tym również w aspekcie realizacji przez ten zespół również innych zadań już prowadzonych u Zamawiającego, a wobec tego nie można przyjąć, że informacje Przystępującego wpisane do wykazu, mogły wprowadzić Zamawiającego w błąd.

Ostatecznie, Izba stanęła na stanowisku, że Przystępujący mógł samodzielnie poprawić złożone dokumenty z wykazem osób, w warunkach ich oceny przez Zamawiającego, a w konsekwencji możliwość zastosowania przepisu art.26 ust.3 ustawy Pzp byłaby bezprzedmiotowa.

Reasumując, Zamawiający nie miał podstawy do skorzystania z przepisu art.24 ust.1 pkt 12 ustawy Pzp, który stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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:.....