

WYROK
z dnia 29 października 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **27 października 2021 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **4 października 2021 roku** przez **wykonawcę BKW Usługi Komunalne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Brzeznej** (Odwołujący)

w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Zieleni Miejskiej w Krakowie z siedzibą w Krakowie**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum: (1) W. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „WM” W. M. (Lider Konsorcjum) oraz (2) MATPARK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (Partner Konsorcjum), z siedzibą dla Lidera w Gródku nad Dunajcem, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego**

orzeka:

1. Oddala odwołanie w całości;
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego – **BKW Usługi Komunalne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Brzeznej** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego – BKW Usługi Komunalne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Brzeznej** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2021 r., poz. 1129 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający: Zarząd Zieleni Miejskiej w Krakowie z siedzibą w Krakowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Utrzymanie zieleni niskiej wraz z elementami małej architektury w parkach, pasach drogowych, zieleńcach, terenach osiedlowych, placach zabaw na terenie Gminy Miejskiej Kraków w latach 2021-2024”, z podziałem na zadania – część 13. Nr ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej : 2021/S 132-351849

Dnia 4 października 2021 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 505 w zw. z art. 513 pkt 1 i 2 i art. 515 ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej jako „ustawa Pzp”), odwołanie w prowadzonym postępowaniu złożył wykonawca - BKW Usługi Komunalne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Brzeznej, dalej jako „Odwołujący”.

Odwołanie złożono od zaniechań i czynności Zamawiającego, to jest

- prowadzenia postępowania z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, w tym podstawowych zasad czyli równego traktowania Wykonawców, zachowania uczciwej konkurencji, proporcjonalności i legalizmu,
- wyboru, w zakresie zadania 13, oferty Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie Zamówienia – „WM” W. M., Gródek nad Dunajcem (Lider Konsorcjum) oraz MATPARK Sp. z o.o. Gródek nad Dunajcem (Partner Konsorcjum), zwanych dalej jako „Konsorcjum”,
- zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum - z uwagi - na niespełnienie przez Wykonawców warunków w zakresie pkt 2.4.1.1 oraz 2.4.1.3 SWZ postępowania,
- zaniechania wykluczenia Konsorcjum z części 13 postępowania - z uwagi na - przedstawianie oświadczeń (na potwierdzenie spełniania warunków), które zawierały informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego;

Alternatywnie

- zaniechanie wezwania Konsorcjum do wyjaśnienia rozbieżności występujących w „Wykazie usług” i referencji, wystawionej przez UM Zakopane w zakresie wartości wykonanych usług,
- zaniechanie wezwania Konsorcjum do wyjaśnienia niejasności występujących w „Wykazie osób”, złożonym na ponowne wezwanie Zamawiającego (z dnia 8 września 2021 r.),

- zaniechania wezwania Konsorcjum do złożenia wyjaśnień w zakresie dotyczącym możliwości wykonywania przez pracowników wykazanych w „Wykazie osób” realizacji – w tym samym czasie w różnych lokalizacjach,

- zaniechania wyjaśnienia przez Zamawiającego okoliczności czy deklarowani pracownicy Konsorcjum zamówienia „zrealizowali”, czy nadal „realizują” usługi.

Odwołujący zarzucał naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1) Art. 239 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp polegające na wyborze oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej, pomimo iż dokumenty i oświadczenia złożone przez Konsorcjum w trybie art. 126 ust 1 i 128 ust 1 ustawy Pzp - nie potwierdzały spełniania warunków, w szczególności w zakresie „Wykazu osób” oraz zawierały oczywiste wątpliwości, które należało wyjaśnić, a co nie nastąpiło, skutkując, iż Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem normy przywołanej, zasady równego traktowania Wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji w przedmiotowym postępowaniu.

2) Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b w zw. z art. 112 ust 1 i 2 pkt 4 ustawy Pzp polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty Wykonawcy, który nie wykazał – pomimo dwukrotnego wezwania go do przedłożenia „Wykazu osób”, iż spełnia warunki postępowania określone w pkt 2.4.1.1 oraz 2.4.1.3 SWZ, albowiem znacząca część osób wskazanych przez Konsorcjum usługi „realizuje nadal” (dla ZZM Kraków, UM Zakopane i ZDW Kraków), a nie „zrealizowała” je jak wymagał Zamawiający

3) Art. 109 ust 1 pkt 10 ustawy Pzp, polegające na zaniechaniu wykluczenia Wykonawcy, który przy przedstawianiu oświadczeń na potwierdzenie spełniania warunków w zakresie dotyczącym 2.4.1.1 oraz 2.4.1.3 SWZ postępowania („Wykaz osób”) - w wyniku co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa - przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, co miało istotny wpływ na podejmowane decyzje

4) Z ostrożności, gdyby Izba uznała zarzuty powyższe jako niezasadne, art. 128 ust 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyjaśnienia niejasności występujących w dokumentach podmiotowych złożonych przez Konsorcjum na wezwanie w trybie art. 126 ust 1 i art. 128 ust 1 ustawy Pzp, w szczególności – możliwości wykonywania prac w różnych lokalizacjach w tym samym czasie, dla różnych Zamawiających, przez te same osoby, kwestii „zrealizowania” deklarowanych prac i ich zakresu, co przyczyniło się w sposób bezpośredni do okoliczności wyboru oferty Konsorcjum, pomimo iż oświadczenia złożone w postępowaniu zawierały oczywiste niejasności, budząc wątpliwości, które wymagały wyjaśnienia przed wyborem najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący wnosił o:

1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Wykonawcy w zakresie części 13,

2) odrzucenia oferty Konsorcjum z uwagi na nie spełnianie warunków postępowania w zakresie pkt 2.4.1.1 oraz 2.4.1.3 SWZ postępowania – „zdolności technicznej lub zawodowej”, („Wykaz osób”),

alternatywnie

3) wykluczenie Konsorcjum z uwagi na wprowadzenie Zamawiającego w błąd (wyniku przynajmniej lekkomyślności lub niedbalstwa) w zakresie dotyczącym potwierdzania spełniania warunków określonych w pkt 2.4.1.1 oraz 2.4.1.3 SWZ postępowania – „zdolności technicznej lub zawodowej”, („Wykaz osób”),

4) w konsekwencji dalszego badania i oceny kolejnych ofert - w tym oferty Odwołującego się,

gdyby zaś Izba nie uznała zarzutów i wniosków powyższych za zasadne :

5) przeprowadzenia ponownego badania i oceny złożonych ofert w tym oferty Konsorcjum - w szczególności z nakazaniem Zamawiającemu wyjaśnienia wszelkich wątpliwości i rozbieżności pojawiających się w związku ze złożonym przez Konsorcjum - na wezwanie z dnia 8 września 2021 r. – oświadczeniem, dotyczącym warunku pkt 2.4.1.1 oraz 2.4.1.3 SWZ.

Zamawiający w dniu 23 września 2021 r. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie części 1,3,6,7,8,9,12 i 13 postępowania. Odwołujący w tym samym dniu został poinformowany drogą elektroniczną o dokonanym wyborze oferty Konsorcjum w zakresie części 13. Zatem termin na wniesienie odwołania został zachowany. Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu. Odwołujący uiszczył wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

W ocenie Odwołującego się, posiada on interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ zarówno działania Zamawiającego, jak i jego zaniechania doprowadziły do wyboru oferty Konsorcjum, podczas gdy ta winna zostać odrzucona, względnie Wykonawca wykluczony z postępowania. Interes Odwołującego przejawia się w tym, iż w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania, Konsorcjum może zostać z postępowania wykluczone lub też jego oferta może zostać odrzucona, a to z kolei spowoduje, iż druga w kolejności oferta Odwołującego – stosownie do informacji z otwarcia ofert 22 lipca 2021r. - będzie mogła zostać wybrana.

I. Art. 239 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp

Zarzut ma charakter wynikowy i jest on pochodną zaniechań i czynności Zamawiającego opisanych dalej w odwołaniu. W systemie zamówień publicznych - stosownie do orzecznictwa Izby - najkorzystniejszą może zostać uznana wyłącznie oferta niepodlegająca odrzuceniu, złożona przez wykonawcę spełniającego warunki udziału w postępowaniu (tak wyrok KIO z 2.11.2018 r., KIO 2061/18, LEX nr 2584652), którego

oferta stanowi realną odpowiedź na zgłoszone w dokumentach zamówienia zapotrzebowanie zamawiającego, a nie została sporządzona wyłącznie z myślą o uzyskaniu maksymalnej oceny punktowej. W prowadzonym postępowaniu w ocenie Odwołującego wybrane Konsorcjum nie potwierdziło spełniania warunków określonych w SWZ, a także podało informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd.

II i III. Zarzut Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b w zw. z art. 112 ust 1 i 2 pkt 4 ustawy Pzp oraz zarzut Art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp

Odwołujący podkreślił, iż Zamawiający zasadnie zakwestionował przedłożony przez Konsorcjum „Wykaz osób” (załącznik nr 6 do SWZ), złożony w trybie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp, wskazując m.in. :

„Zamawiający podkreśla, iż nie może uznać złożonych w dniu 14.08.2021r. (w odpowiedzi na wezwanie), oświadczeń i dokumentów za w pełni potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu, gdyż w przedłożonym Wykazie osób nie podali Państwo wszystkich informacji potrzebnych do oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami.

W przypadku wskazanej co najmniej jednej osoby nadzorującej lub kierującej, Zamawiający wymagał aby wskazana osoba posiadała doświadczenie w nadzorowaniu lub kierowaniu pracami dotyczącymi w szczególności usług utrzymania terenów zieleni co najmniej przy dwóch zrealizowanych zamówieniach.

Prosimy o uzupełnienie lub poprawienie i udokumentowanie faktu, iż wykazana osoba posiada doświadczenie przy co najmniej dwóch zrealizowanych zamówieniach poprzez wskazanie jakie to były prace i ewentualnie na czyje zlecenie”.

Z kolei w stosunku do „pracowników pomocniczych” wskazano by :

„każda z wykazanych osób posiadała doświadczenie w pracach dotyczących utrzymania lub pielęgnacji zieleni wraz z elementami i urządzeniami małej architektury przy co najmniej dwóch zrealizowanych zamówieniach.

Prosimy o uzupełnienie lub poprawienie i udokumentowanie faktu, iż każda z wykazanych osób posiada doświadczenie przy co najmniej dwóch zrealizowanych zamówieniach poprzez wskazanie jakie to były prace i ewentualnie na czyje zlecenie”.

Zamawiający oczekiwał wykazania się „zrealizowanymi zamówieniami”, co w ocenie Odwołującego wydaje się zasadne, albowiem - w przypadku doświadczenia osób mających potwierdzić spełnianie warunku – doświadczenie nie może być „nadal nabywane” lub „częściowe”.

W odpowiedzi Konsorcjum przedłożyło „uzupełniony” – „Wykaz osób”, który miał potwierdzić warunek wskazany w pkt 2.4.1.1 oraz 2.4.1.3 SWZ.

Zdaniem Odwołującego „uzupełniony” „Wykaz” nadal nie potwierdza spełniania warunków.

Po pierwsze bowiem Konsorcjum nie odpowiedziało wprost na wezwanie Zamawiającego i nie wskazało „jakie prace pracownicy realizowali”, co wyraźnie podkreślono w wezwaniu.

Co więcej, w powtórny wezwaniu, ale i warunku zakreślonym w SWZ - żądano wylistowania w „Wykazie osób” pracowników (zarówno w przypadku „osoby kierującej”, jak i „pracowników pomocniczych”), którzy brali udział w minimum dwóch „zrealizowanych zamówieniach”, co oznacza, iż Zamawiający wnioskował o potwierdzenie doświadczenia kadry z „usługami zakończonymi” (przesądza o tym m.in. użyty wielokrotnie przez Zamawiającego zwrot „zrealizowanych”, użyty w czasie przeszłym, czy prośba wskazania „jakie to były prace”, a nie jakie to „są” prace).

Tymczasem Konsorcjum w „Wykazie osób” (po zestawieniu go m.in. z „Wykazem usług”) odnosi się do usług nadal trwających, realizowanych i nie zakończonych:

- a) Usługi realizowanej nadal dla ZZM Kraków (umowa z dnia 16 listopada 2018 r.),
- b) Usługi świadczonej nadal dla UM Zakopane (wg referencji umowa WOŚ/13/2020 z dnia 10 marca 2020 r.)
- c) usługi świadczone dla ZDW Kraków (umowy - RDW Nowy Sącz umowy 11/2020/RDW – NS, 12/2020/RDW-NS, 14/2020/RDW-NS, 15/2020/RDW-NS).

Powyższe nie pozwala na stwierdzenie, iż osoby wykazane przez Konsorcjum w „Wykazie osób” w świetle wezwań potwierdzają spełnienie warunku wyartykułowanego w pkt 2.4.1.1 oraz 2.4.1.3 SWZ.

Jak wynika z treści umowy z dnia 16 listopada 2018 r. zawartej z ZZM Kraków (wykazanej przez Konsorcjum także w „Wykazie usług”), realizowana jest ona nadal (do 30 listopada 2021 r.), a więc nie jest „zrealizowana” (zakończona), a więc każda z osób, przy której w „Wykazie osób” pojawia się ta realizacja nie spełnia w zakresie tej usługi warunku.

Z kolei, wedle SIWZ postępowania „Świadczenie w latach 2020 - 2021 usług ogrodniczych na terenie Miasta Zakopane” (str. 7) /wyciąg z SIWZ i umowy, stanowił załącznik do odwołania/, usługa dla Miasta Zakopane wykonywana jest (nadal) do końca roku 2021 i każda z osób wykazanych w „Wykazie osób” z tą usługą – z uwagi na fakt, iż umowa ta trwa nadal (a więc nie została „zakończona”) nie spełnia warunku opisywanego w SWZ.

Ponieważ Konsorcjum – ponownie wezwane przez Zamawiającego w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia „wykazu osób” – wskazało jako realizacje (przy osobach oznaczonych nr porządkowymi 1,4,5,6,8,9,10,12,13,14,15,16,17,18,20,21,22) kontrakty

nadal „realizuje”, tym samym nie można uznać, iż zgodnie z wymaganiem Zamawiającego wyartykułowanym w SWZ Wykonawca uzupełniając „Wykaz”, potwierdził w wymienionych przypadkach udział swych pracowników przy „dwóch zrealizowanych zamówieniach”, bo te realizacje trwają nadal. Konsorcjum nie potwierdziło spełnienia warunku.

Zdaniem Odwołującego powyższe zagadnienie należy rozpatryć także z uwzględnieniem dwóch jeszcze istotnych elementów.

Po pierwsze Zamawiający w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp wystąpił do Konsorcjum o poprawienie i uzupełnienie „Wykazu osób”, albowiem jak sam stwierdził, „nie może uznać złożonych w dniu 14.08.2021 r. (w odpowiedzi na wezwanie) oświadczeń i dokumentów za w pełni potwierdzające spełnianie warunków”.

Zdaniem Odwołującego – drugi ze złożonych „Wykazów Osób” także nie potwierdza spełniania warunków (pkt 2.4.1.1 oraz 2.4.1.3 SWZ), ponowne wezwanie do uzupełnienia „Wykazu” nie jest możliwe.

Zamawiający nie może skierować wobec wykonawcy kolejnego wezwania w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, albowiem nadal aktualna jest linia orzecznicza Izby, wedle której wezwanie może mieć charakter jednokrotny. Skierowanie w takim wypadku drugiego wezwania spotkałoby się z zarzutem naruszenia art. 128 ust. 1 ze strony konkurentów. Wielokrotne wzywanie do uzupełnienia tego samego dokumentu naruszałoby zasadę równego traktowania wykonawców (tak KIO 1648/16, KIO 1660/16).

Na ponowne wezwanie Zamawiającego otrzymał on od Wykonawcy lakoniczną odpowiedź, ale i co charakterystyczne w „Wykazie” włączono niemal identyczną „formułkę” dla każdej z deklarowanych osób, iż „Pracownik techniczny posiadający doświadczenie przy dwóch zrealizowanych zamówieniach w pracach utrzymaniowych i pielęgnacyjnych zieleni wraz z elementami małej architektury na terenie między innymi: Miasta Zakopane, Nowego Sącza, na terenie działania ZDW Kraków - RDW Nowy Sącz” (np. osoby oznaczone nr 1,4,5,6,8,9,10,12,13,14,15,16,17,18,20,21,22). Zdaniem Odwołującego informacje z Wykazu zawierać powinny daty realizacji, nazwy zamówień czy konkretne wskazanie Zamawiającego. Ponieważ kolejne uzupełnianie dokumentów jest niedopuszczalne, z uwagi na nie spełnianie warunków z pkt 2.4.1.1 oraz 2.4.1.3 SWZ, Zamawiający winien odrzucić ofertę Konsorcjum.

Dodatkowo Odwołujący wskazał, iż wykazywanie przez Wykonawcę jako usług „zakończonych” (w tym tej realizowanej aktualnie dla ZMZ Kraków i UM Zakopane) może zostać potraktowane jako przedstawienie informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego (w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa), celem potwierdzenia spełnienia warunku w zakresie dotyczącym 2.4.1.1 oraz 2.4.1.3 SWZ postępowania („Wykaz osób”).

Informacje z „Wykazu osób” są istotne, nie odzwierciedlają faktycznego stanu (umowy w Krakowie i Zakopanem nadal są realizowane), Wykonawca odwołuje się do nich konsekwentnie - i co kluczowe – spowodowały one, iż Zamawiający zaakceptował ostatecznie drugi „Wykaz osób” i w konsekwencji tego dokonał w zakresie części 13 wyboru najkorzystniejszej oferty Konsorcjum.

IV. Zarzut naruszenia Art. 128 ust. 4 ustawy Pzp

Konsorcjum na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp przedłożyło na potwierdzenie spełniania warunków (2.4.6. SWZ), uzupełniony „Wykaz usług”, stosownie, do treści którego zadeklarowano w pozycji nr 2 wykonanie usługi dla UM Zakopane za kwotę „powyżej 1.700.000”.

Tymczasem jak wynika z treści załączonej referencji wystawionej przez Zamawiającego 30 kwietnia 2021 r., Wykonawca Matpark sp. z o.o. wykonał w ramach przedmiotowego zadania prace o wartości 1.022.185,70 złotych brutto. Tym samym pomiędzy przedłożonym Zamawiającemu „Wykazem usług”, a referencją jest istotna różnica kwotowa (prawie 700.000 złotych), która w ocenie Odwołującego nie może zostać niewyjaśniona.

Dodatkowo w przypadku uznania „uzupełnionego” i złożonego przez Konsorcjum na powtórne wezwanie - „Wykazu osób”, Zamawiający powinien wyjaśnić – a nie uczynił tego – w jaki sposób wszystkie ze wskazanych przez Konsorcjum osób mogły – w tym samym okresie (lata 2019/2020 i 2021), realizować kilka kontraktów w różnych lokalizacjach (zwłaszcza tak odległych jak Zakopane, Kraków i Rejon ZDW Kraków w Nowym Sączu) i jednocześnie nabywać „równocześnie” doświadczenie, którym legitymują się aktualnie.

Po wtóre wyjaśnienia wymagało, czy kontrakty realizowane dla Zarządu Dróg Wojewódzkich (a takie deklaruje Konsorcjum w „Wykazie osób”), obejmowały swym zakresem „utrzymanie lub pielęgnację zieleni wraz z elementami i urządzeniami małej architektury”. Istotne w sprawie tej było nie samo „utrzymywanie zieleni drogowej”, ale także „elementów i urządzeń małej architektury”. Ponieważ charakterystyka utrzymania zieleni drogowej odbiega znacząco od utrzymania zieleni objętej badanym zamówieniem (w parkach, zieleńcach, terenach osiedlowych, placach zabaw) zasadnym wydaje się ustalenie, czy w istocie w ramach umów realizowanych dla ZDW Konsorcjum wykonywało tego typu usługi. Jest to tym istotniejsze, iż np. praktycznie wszystkie osoby wskazane w „Wykazie osób” – na potwierdzenie spełniania warunków - mają jako realizację wskazaną tą dla ZDW Kraków RDW Nowy Sącz, a niektóre z nich np. Pan M. W., P. P., F.L., D. F., R. I., K.J., K. F., O. Ł. legitymują się tylko dwoma (minimalna ilość realizacjami).

Zdaniem Odwołującego usługi te nie zostały „zakończone”, czego w stosunku do osób wskazanych w „Wykazie” wymagał Zamawiający, to dodatkową wątpliwość budzi obecność „małej architektury” na terenie infrastruktury ZDW Kraków.

Gdyby więc Konsorcjum wykazywało występowanie takiej infrastruktury (pomimo faktu, iż nie była objęta ona zamówieniem) w ocenie Odwołującego działanie takie kwalifikowałoby się jako co najmniej to, zakreślone dyspozycją przepisu art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, a nawet pkt 8, a niewątpliwie mogłoby zostać ocenione jako nie potwierdzenie spełniania warunków, którego skutkiem byłoby odrzucenie oferty.

Kontynuując, Odwołujący podkreślił, że osoby wskazane w „Wykazie Osób” nie pełniły wskazanych funkcji nieprzerwanie (a tak nie było m.in. z uwagi na fakt, iż usługi utrzymania zieleni mają charakter prac sezonowych).

Na koniec Odwołujący zauważył, że osobą wymienioną w § 9 ust. 2 Umowy z dnia 16 listopada 2018 r. zawartej z ZZM Kraków („nadzorującą”) jest Pan M. K., co tym samym podaje w wątpliwość możliwość jednoczesnego świadczenia przez tę osobę pracy (od 2020 r.) także w Zakopanem, ale i na drogach podległych ZDW Kraków - tym bardziej, iż w przypadku pierwszej z tych lokalizacji (Zakopane) wskazano jako osobę nadzorującą prace Pana W. M..

Z ostrożności Odwołujący wskazał, iż w sytuacji wątpliwości, pomimo redakcji art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, która odmiennie od dotychczas obowiązującego art. 26 ust. 4 ustawy nie zawiera zwrotu „wzywa” – determinującego obowiązek po stronie Zamawiającego, to zdaniem Odwołującego w sprawie wyjaśnienie opisywanych okoliczności jest konieczne, zwłaszcza, iż może prowadzić do odrzucenia oferty lub wykluczenia Wykonawcy. Sprzeczne z ogólnymi zasadami ustawy Pzp byłoby udzielenie zamówienia Wykonawcy wbrew przepisom ustawy.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba uznała, iż Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów

ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 513 ustawy Pzp. Możliwość dokonania w sposób nieprawidłowy czynności badania i oceny ofert oraz wybór oferty najkorzystniejszej innego Wykonawcy, pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia, co stanowi jego materialną szkodę.

Do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: (1) W. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „WM” W. M. (Lider Konsorcjum) oraz (2) MATPARK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (Partner Konsorcjum), z siedzibą dla Lidera w Gródku nad Dunajcem. Izba potwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia.

Na podstawie dokumentacji postępowania przekazanej w formie elektronicznej przez Zamawiającego Izba ustaliła, że przedmiot zamówienia obejmuje sukcesywne realizowanie usług, czynności i prac w ramach zadania pn.: „Utrzymanie zieleni niskiej wraz z elementami małej architektury w parkach, pasach drogowych, zieleńcach, terenach osiedlowych, placach zabaw na terenie Gminy Miejskiej Kraków w latach 2021-2024”, w odniesieniu od jednej do trzynastu części zamówienia.

Część 13 zamówienia obejmuje sukcesywne realizowanie usług, czynności i prac w obrębie obszaru 13 – zieleńce, tereny osiedlowe, pasy drogowe, place zabaw, psie wybiegi XIV, XVIII.

Wykonawca mógł powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy (podwykonawcom). Zamawiający nie zastrzegł obowiązku osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych części zamówienia. W przypadku powierzenia części zamówienia podwykonawcom do oferty musiał być załączony ich wykaz (nazwy, firmy) z zakresem powierzonych im zadań (części zamówienia), o ile są znane na etapie składania ofert.

O udzielenie zamówienia mogli ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniali warunki dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej, tj.:

- dysponują osobami zdolnymi do realizacji zamówienia, w zakresie części 1-13 zamówienia co najmniej jedną osobą nadzorującą lub kierującą z wykształceniem wyższym kierunkowym w zakresie ogrodnictwa lub leśnictwa lub rolnictwa lub architektury krajobrazu oraz posiadającą co najmniej trzyletnią praktykę zawodową w zakresie odpowiadającym wykształceniu i doświadczenie w nadzorowaniu lub kierowaniu pracami dotyczącymi w szczególności usług utrzymania terenów zieleni co najmniej przy dwóch zrealizowanych zamówieniach;

- w zakresie części 13 co najmniej 20 pracownikami pomocniczymi, posiadającymi każdy z nich doświadczenie w pracach dotyczących utrzymania lub pielęgnacji zieleni wraz z elementami i urządzeniami małej architektury przy co najmniej przy dwóch zrealizowanych zamówieniach dla każdej z wykazanych osób.

- w zakresie części 13 części posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie, w zakresie objętym zamówieniem, czyli wykażą iż w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, zrealizowali lub realizują co najmniej dwie usługi utrzymania terenów zieleni spełniające łącznie wymagania:

a) każda z wykazanych dwóch usług musiała obejmować co najmniej koszenie, utrzymanie czystości na obszarze i pielęgnację krzewów,

b) jedna z wykazanych dwóch usług musiała obejmować utrzymanie elementów małej architektury i utrzymanie ciągów pieszych,

c) w wykazanych dwóch usługach powierzchnia terenów zieleni objętych świadczeniem usług musiała wynosić łącznie co najmniej 40ha,

d) wartość łączna utrzymania terenów zieleni w wykazanych dwóch usługach musiała wynosić co najmniej 3.500.000,00 zł brutto (słownie: trzy miliony pięćset tysięcy złotych),

e) wykonane lub wykonywane należycie, każda przez okres co najmniej 12 miesięcy w ramach jednego kontraktu.

Poprzez „jeden kontrakt” Zamawiający rozumiał jedną pisemną umowę odpłatną, a nie sumę pojedynczych ustnych bądź pisemnych zleceń realizowanych na rzecz tego samego podmiotu. W przypadku usług aktualnie realizowanych Zamawiający uzna wyłącznie usługi, które Wykonawca realizuje już przez okres minimum 12 miesięcy i są spełnione na dzień składania ofert łącznie opisane warunki.

Zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wzywał Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych, tj.:

- wykazu osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami,

- wykazu usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz

załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy.

Wykonawca nie był zobowiązany do złożenia podmiotowych środków dowodowych, które Zamawiający posiada, jeżeli Wykonawca wskazał te środki oraz potwierdził ich prawidłowość i aktualność.

4 sierpnia 2021 roku Zamawiający wezwał wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: „WM” W.M. – Lider Konsorcjum, MATPARK Sp. z o.o. – Partner, z siedzibą dla Lidera w Gródku nad Dunajcem do złożenia podmiotowych środków dowodowych dla części 13 zamówienia.

Konsorcjum przedstawiło:

l) Wykaz usług:

1) Utrzymanie terenów zieleni w tym koszenie, utrzymanie czystości na obszarze i pielęgnacja krzewów, utrzymanie elementów małej architektury i utrzymanie ciągów pieszych, powierzchnia terenów zieleni objętych świadczeniem usług wynosi powyżej 40 ha. Wykonanie realizacji przez okres powyżej 12 miesięcy. Usługa wykonywana na rzecz Gminy Miejskiej Kraków – Zarządu Zieleni Miejskiej w Krakowie, o całkowitej wartości brutto powyżej 5 500 000 zł, w okresie od 16 listopada 2018 r. do 21.07.2021 r. Wskazano, że usługa była realizowana na rzecz Zamawiającego;

2) Utrzymanie terenów zieleni w tym koszenie, utrzymanie czystości na obszarze i pielęgnacja krzewów, powierzchnia terenów zieleni objętych świadczeniem usług wynosi około 29,5 ha. Wykonanie realizacji przez okres powyżej 12 miesięcy, o całkowitej wartości brutto powyżej 1 700 000 zł, w okresie od 10.03.2020 r. do 21.07.2021 r. Usługa była wykonywana na rzecz Gminy Miasta Zakopane. Do pozycji załączono referencje, wystawione przez Gminę Miasta Zakopane, z których wynikało, że firma MatPark Sp. z o.o. realizowała usługi polegające na: zakładaniu i utrzymaniu nasadzeń z roślinnością jednoroczną, obsadzaniu i utrzymaniu kwietników, mis, donic i wież kwiatowych, zakładaniu i utrzymaniu rabat z roślinnością trwałą, pielęgnacji żywopłotów oraz krzewów, nawożeniu zieleńców, rekultywacji zieleńców, utrzymaniu miejsc pamięci narodowej, sadzeniu żywopłotów oraz uzupełnianiu brakujących fragmentów żywopłotów, utrzymaniu nawierzchni

żwirowych, przewożeniu wież kwiatowych, donic betonowych i drewnianych, przechowywaniu kwietników, donic, skrzynek oraz wież kwiatowych zlokalizowanych na terenie miasta Zakopane, zakładaniu i utrzymaniu łąki kwietnej, koszeniu zieleńców miejskich i koszeniu traw w obrębie pasa drogowego dróg publicznych oraz utrzymaniu czystości na terenie zieleńców miejskich. Wartość prac zrealizowanych od dnia podpisania umowy na dzień 31/12/2020 wynosiła 1 022 185,70 zł brutto. Wystawca referencji wskazał, że prace były wykonane zgodnie ze sztuką ogrodniczą, należytą starannością, rzetelnie i terminowo.

II) Wykaz osób, w którym wymieniono:

- 1) M. K., Kierowanie pracami dotyczącymi usług utrzymania i pielęgnacji zieleni; inż. Ogrodnictwa ponad 3 lata doświadczenia w kierowaniu pracami dotyczącymi usług utrzymania i pielęgnacji zieleni;
- 2) 21 innych osób na stanowisko pracownika technicznego, o wykształceniu średnim i zawodowym, z doświadczeniem przy ponad dwóch zrealizowanych zamówieniach w pracach utrzymaniowych i pielęgnacyjnych zieleni wraz z elementami małej architektury.

9 września 2021 roku Zamawiający, na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał konsorcjum do poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych - wykazu osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami. Zamawiający podniósł, że nie może uznać złożonych w odpowiedzi na wezwanie oświadczeń i dokumentów za w pełni potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu, gdyż w założonym Wykazie osób nie podano wszystkich informacji potrzebnych do oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami.

W przypadku wskazanej co najmniej jednej osoby nadzorującej lub kierującej, Zamawiający wymagał, aby wskazana osoba posiadała doświadczenie w nadzorowaniu lub kierowaniu pracami dotyczącymi w szczególności usług utrzymania terenów zieleni co najmniej przy dwóch zrealizowanych zamówieniach.

Zamawiający prosił o uzupełnienie lub poprawienie i udokumentowanie faktu, iż wykazana osoba posiada doświadczenie przy co najmniej dwóch zrealizowanych zamówieniach poprzez wskazanie jakie to były prace i ewentualnie na czyje zlecenie.

Zamawiający wskazał również, iż wymagał podania w Wykazie osób w odniesieniu do co najmniej 20 pracowników pomocniczych, aby każda z wykazanych osób posiadała

doświadczenie w pracach dotyczących utrzymania lub pielęgnacji zieleni wraz z elementami i urządzeniami małej architektury przy co najmniej przy dwóch zrealizowanych zamówieniach.

Zamawiający prosił o uzupełnienie lub poprawienie i udokumentowanie faktu, iż każda z wykazanych osób posiada doświadczenie przy co najmniej dwóch zrealizowanych zamówieniach poprzez wskazanie jakie to były prace i ewentualnie na czyje zlecenie.

Odpowiadając na wezwanie Konsorcjum wskazało, że w przypadku osoby przewidzianej do kierowania pracami posiada ona doświadczenie w kierowaniu pracami dotyczącymi usług utrzymania i pielęgnacji zieleni wraz z elementami małej architektury przy dwóch zrealizowanych zamówieniach na terenie między innymi Miasta Krakowa, Zakopanego, Nowego Sącza, na terenie działania ZDW Kraków - RDW Nowy Sącz. Dodatkowo wskazano do pełnienia funkcji kierownika Pana Mateusza Litwińskiego, mgr inż. Leśnictwa, z ponad 9 latami doświadczenia w kierowaniu pracami dotyczącymi usług utrzymania i pielęgnacji zieleni, który posiada doświadczenie w kierowaniu pracami dotyczącymi usług utrzymania i pielęgnacji zieleni wraz z elementami małej architektury przy ponad dwóch zrealizowanych zamówieniach, w tym między innymi: na terenie Miasta Zakopane, Miasta, Nowy Sącz, Park Miejski w Legnicy, Park w Młochowie, Park przy Pałacu Branickich w Białymstoku, Park w Łądku Zdroju, Park Domu Urodzenia Fryderyka Chopina w Żelazowej Woli, na terenie działania ZDW Kraków - RDW Nowy Sącz. Dla osoby tej dołączono zaświadczenie o jej wykształceniu i praktyce zawodowej.

Dla pozostałych osób w liczbie 22 podano, że są to pracownicy technicznie posiadający doświadczenie przy ponad dwóch zrealizowanych zamówieniach w pracach utrzymaniowych i pielęgnacyjnych zieleni wraz z elementami małej architektury na terenie między innymi: Miasta Zakopane, Nowego Sącza, na terenie działania ZDW Kraków - RDW Nowy Sącz. Dodatkowo Konsorcjum poinformowało, że prace w wymienionych miastach i miejscowościach były realizowane na zlecenia: ZZM Wrocław, ZZM Kraków, UM Kielce, UM Zakopane, MatPark Sp. z o.o., „WM” W. M., ZDW Kraków (RDW Nowy Sącz umowy 11/2020/RDW – NS, 12/2020/RDW-NS, 14/2020/RDW-NS, 15/2020/RDW-NS).

Zamawiający dokonał wyboru oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, Izba doszła do przekonania, że odwołanie podlegało oddaleniu w całości.

Istotne dla rozstrzygnięcia sporu przepisy ustawy Pzp to:

- art. 16, zgodnie z którym zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; przejrzysty; proporcjonalny.
- art. 109 ust. 1, według którego z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę: który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.
- art. 112 ust. 1, gdzie zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć: zdolności technicznej lub zawodowej (ust. 2 pkt 4).
- art. 128 ust. 4, na podstawie którego zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu.
- art. 226 ust. 1 stanowiący, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: 2) została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.
- art. 239 ust. 1 - zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem (ust. 2).

W ocenie składu orzekającego Izby Odwołujący nie wykazał naruszeń opisanych w punkcie II, III oraz IV odwołania. Odwołujący nie udowodnił, że Przystępujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu i tym bardziej nie udowodnił, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wybrany wykonawca przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd, do mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

Pomijając na razie analizę sformułowań warunku udziału w postępowaniu odnoszącą się do wyrażenia „przy zrealizowanych zamówieniach”, dostrzeżenia wymaga, iż nie jest

Izbie wiadomym na jakiej podstawie z informacji przedstawionych w Wykazie osób Odwołujący wnioskuję, że podanie w wykazie, że prace były wykonywane na rzecz ZZM Wrocław, ZZM Kraków, UM Kielce, UM Zakopane, MatPark Sp. z o.o., „WM” W. M. odnosi się do umów wymienionych w odwołaniu. Taka informacja nie znajduje się w Wykazie osób. Jedynymi umowami wskazanymi z numerów postępowania są umowy realizowane na rzecz ZDW Kraków, gdzie wprost podano, że chodzi o umowy realizowane na rzecz RDW Nowy Sącz o numerach 11/2020/RDW – NS, 12/2020/RDW-NS, 14/2020/RDW-NS, 15/2020/RDW-NS. Innych odniesień do konkretnych zamówień Wykaz osób nie zawiera. Izba uważa, że wnioskowanie przez Odwołującego, że w przypadku miasta Kraków i Zakopane Przystępujący miał na myśli te same umowy, co wskazane w Wykazie usług jest dalece nieuprawnione. Odwołujący nie zaprzeczał stanowisku Przystępującego z rozprawy, że w przeszłości osoby z Wykazu również pracowały w tych miastach przy realizacji wcześniejszych umów.

Zamawiający w SWZ w ustalonym warunku udziału w postępowaniu odnoszącym się do potencjału zawodowego, co słusznie podkreślił Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, nie określił przedziału czasowego, który będzie brany pod uwagę przy ocenie doświadczenia pracowników, nie określił również wartości zrealizowanych zamówień, a także charakteru prawnego umów w ramach, których pracownicy świadczyli pracę. Wskazanie konkretnych miast w Wykazie nie oznacza, że musi chodzić o te same umowy, które podano w Wykazie usług. Niczego nie zmieniają w tej kwestii oświadczenia Zamawiającego, że badając spełnianie warunku udziału w postępowaniu nie brał on pod uwagę umów w Krakowie i Zakopanem, ponieważ są one niezakończone i ciągle realizowane. Nawet jeżeli tak było, to również wnioskowanie Zamawiającego, że chodziło o konkretne umowy wskazane w Wykazie usług nie miałyby podstaw ani w zapisach SWZ, ani w przepisach ustawy Pzp. Zamawiający wymagał podania w tabeli Wykazu osób opisu doświadczenia w zakresie przedstawienia realizacji potwierdzających spełnienie warunku oraz opisu wykształcenia i okresu praktyki zawodowej. Regulacje te mają ogólnikowy charakter. Zdaniem Izby nie było obowiązkiem wykonawców wskazywanie konkretnych umów i szczegółowego opisu praktyki zawodowej. Nie można również pominąć faktu, że Przystępujący uzupełniając dokumenty w piśmie przewodnim jasno zaznaczył, że część prac była realizowana u poprzednich pracodawców osób wskazanych do realizacji zamówienia, stąd nie w każdym przypadku możliwe jest wskazać konkretne numery umów. Tym bardziej w ocenie Izby dowodzi to tezy, że nie chodzi o umowy obecnie realizowane, ponieważ okoliczności ich realizacji i uczestnictwa konkretnych pracowników są akurat Przystępującemu doskonale znane, skoro je wykonuje. Odwołujący zdaje się wybiórczo podchodzić do informacji wynikających z Wykazu osób i koncentrować się raczej na okolicznościach w tym Wykazie nie ujętych.

Przyjmując, że nawet jeżeli w Wykazie osób wskazano umowy ciągle realizowane w Krakowie i w Zakopanem, to dostrzeżenia wymaga, iż podano w nim również 4 umowy realizowane na rzecz RDW Nowy Sącz, co do których Odwołujący nie zaprzeczał, że są one zakończone, czyli zgodnie z wymogiem warunku „zrealizowane”. Tym samym już tylko te dane pozwoliły stwierdzić, że Przystępujący wykazał i potwierdził spełnienie warunku udziału dysponowania odpowiednim zespołem osób.

Bez wpływu na wynik postępowania pozostaje więc cały materiał dowodowy złożony przez Odwołującego odnoszący się do umów realizowanych na rzecz Miasta Zakopane i Miasta Kraków.

Izba nie podziela zarzutów odwołania, że informacjami ujętymi w Wykazie osób Przystępujący mógł wprowadzić Zamawiającego w błąd, ponieważ przedstawił informacje nie odpowiadające rzeczywistości. Z żadnego miejsca Wykazu osób nie wynika, że Przystępujący wskazując jako miejsce wykonania prac w Krakowie i Zakopanem miał na myśli umowy obecnie realizowane na rzecz tych Zamawiających.

Końcowo w tej części uzasadnienia wyjaśnienia wymaga jeszcze jedna okoliczność związana z ustalonym warunkiem udziału w postępowaniu dla zespołu osób. Nie bez znaczenia w ocenie składu orzekającego Izby pozostaje argument z wykładni systemowej całej treści SWZ i przepisów ustawy Pzp dla treści warunku. Skoro przepis związany z wykazywaniem doświadczenia Wykonawcy dopuszcza posiłkowanie się umowami o niezakończonym charakterze (w przypadku usług ciągłych, a do takich należy zaliczyć usługę odnoszącą się do przedmiotu zamówienia), to nielogicznym wydaje się uniemożliwienie osobom, które w realizacji takich umów uczestniczą, powoływanie się na doświadczenie zawodowe zdobyte w ramach realizacji takich usług. Takie doświadczenie ma już charakter nabytego, odnosi się do wiedzy i umiejętności danej osoby już zdobytej. Równie dobrze sformułowanie „zrealizowane” można odczytywać w ten sposób, że odnosi się ono do usługi o charakterze ciągłym, w danej jednostce czasowej i przedmiotowej w ramach określonej umowy już zrealizowanej. To usługi są nadal realizowane, natomiast warunek odnosił się do doświadczenia osób. Osoby wskazane w Wykazie nabyły wymagane doświadczenie w zakresie, w jakim usługi zostały zrealizowane. Przyjmując punkt widzenia Odwołującego, a po części samego Zamawiającego, osoby, które wykonywały określone czynności na umowach, w ramach których z różnych przyczyn nie doszło do ich pozytywnego rozwiązania, czyli zostały wypowiedziane, odstąpiono od nich z różnych powodów, nie mogłyby poświadczać, że dana osoba zdobyła w określonym czasookresie odpowiednie umiejętności i doświadczenie. Tymczasem nikt nie zaprzeczy, iż możliwe jest legitymowanie się takim doświadczeniem, czego przykładem mogą być kontrakty budowlane

i doświadczenie kierowników robót. Analizując okresy takiego doświadczenia nie bada się, czy dana umowa została „zrealizowana”. Doprowadzając zaś wykładnię warunku *ad absurdum*, to również w ramach doświadczenia możliwe byłoby wykazanie się uczestnictwem jednodniowym przy pracy na danej umowie, byleby była ona „zrealizowana”. Izba uważa, że nie taki cel przyświecał Zamawiającemu przy konstruowaniu warunku i wykładni jego spełniania dokonywać należy z uwzględnieniem zasad logiki i doświadczenia życiowego, a nie tylko zgodnie z literalnym brzmieniem zapisów SWZ.

Nie ulega wątpliwości w ocenie Izby, że Zamawiający uprawniony był także do zastosowania regulacji art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, ponieważ rzeczywiście pierwotnie złożony przez Przystępującego Wykaz osób nie zawierał zleceniodawców i miejsca realizacji prac przez poszczególnych pracowników. Dane te na wezwanie zostały uzupełnione, a podanie ich na pewnym poziomie ogólności nie stoi, zdaniem składu, w sprzeczności z wymaganiami SWZ i Zamawiającego. To Zamawiający zdeterminował swoimi potrzebami sposób informacji, który ma zostać przedstawiony w Wykazie osób i sformułowane wymagania nie mogą na obecnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego obciążać Przystępującego.

Co do wartości usług dla pozycji nr 2 z Wykazu usług i różnicy między kwotą podaną w Wykazie a wynikającą z referencji, to po pierwsze zauważania wymaga, iż zadaniem referencji jako podmiotowego środka dowodowego jest potwierdzenie należytego wykonania prac, a nie wartość usług. Referencje wystawione były dużo wcześniej (30/04/2021) i zapewne odnosiły się do czasu, zakresu i wartości usług już zrealizowanych w tej dacie. Umowa referencyjna dotyczy jednak usług ciągłych, jest realizowana nadal więc w czasie między wystawieniem referencji a złożeniem oferty wartość usług wykonanych mogła ulec zmianie. Złożenie ofert miało miejsce w dniu 22/07/2021. To Wykaz usług jest dokumentem, który potwierdzać ma wartość usług, w Wykazie wskazano na kwotę ponad 1 700 000,00 zł, a jak wynika z dokumentu złożonego przez Przystępującego na rozprawie wartość usług na dzień 19/10/2021 wynosiła 1 955 442,82 zł. Zatem między danymi podanymi a wynikającym z dokumentów nie zachodziły sprzeczności. Tym samym zarzuty odwołania nie zasługiwały w tym zakresie na uwzględnienie. Innych dowodów, że podana przez Przystępującego kwota z wykazu nie odpowiada rzeczywistości, Izbie nie przedstawiono.

Odnosząc się do zarzutu Odwołującego, że osoby podane w Wykazie osób mogły pracować w tym samym czasie na różnych kontraktach w oddalonych od siebie miejscach, to Zamawiający w SWZ nie wykluczył sytuacji nabywania przez pracowników doświadczenia w ramach różnych usług świadczonych w tym samym czasie. Jak podkreślano na rozprawie

i w pismach procesowych, usługi będące przedmiotem zamówienia są usługami sezonowymi i nie jest wykluczone, iż ich wykonywanie jest możliwe w tym samym czasie u różnych podmiotów choćby ze względu na różnorodność prac związanych z utrzymaniem zieleni, przykładowo różne harmonogramy koszenia. W ocenie Izby możliwe jest takie rozdysponowanie zadań między pracowników, że mogą oni pogodzić wykonywanie obowiązków w miejscowościach odległych terytorialnie.

Zdaniem Izby, sformułowanie o nabyciu doświadczenia „przy zrealizowanych zamówieniach” nie oznaczało, że osoby wskazane w Wykazie osób musiały uczestniczyć w całym okresie realizacji prac wykonywanych w ramach danej umowy. Sformułowanie „przy” można było odczytywać, jako uczestnictwo przy czynnościach realizowanych w ramach danej umowy przez Wykonawcę usług. Innymi słowy, można było wymóg zrozumieć jako uczestnictwo przy realizacji umowy o określonych cechach. Wymóg zrealizowania oznaczał cechę inwestycji, a nie jej fazy, w której dana osoba miała uczestniczyć. Przy przyjęciu stanowiska Odwołującego taka osoba musiałaby uczestniczyć w realizacji inwestycji od pierwszego do ostatniego dnia, bez żadnej przerwy, a w odpowiedziach na pytania sam Zamawiający podkreślał, że prace mają charakter sezonowy. Oznacza to, że natury wykonywania przedmiotu umowy nie jest przewidywana ciągłość prac, względnie prace w każdym sezonie mogą polegać na wykonywaniu innych czynności.

Ustosunkowując się do zarzutu, że kontrakty realizowane na rzecz ZDW nie zawierały usług związanych z elementami i urządzeniami małej architektury, to przeczy temu materiał dowodowy przedstawiony na rozprawie przez Zamawiającego i Przystępującego. Z wyciągów z umów z ZDW wynika wprost, że elementy związane z utrzymaniem małej architektury były w ramach umów wykonywane. Obejmowały one koszenie poboczy, wycinkę, sprzątanie poboczy, czyszczenie urządzeń typu stojaki, wiaty, ławki, czyli elementy małej architektury oraz wykonywanie nasadzeń. Zamawiający nie postawił natomiast w warunku wymogu, że prace miały być wykonywane tylko na tożsamy przedmiotowo terenach zieleni miejskiej. Utrzymywanie elementów małej architektury na ścieżkach rowerowych i przyległych im terenach w ocenie składu orzekającego Izby potwierdza spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Przystępujący nie ukrywał, że przedmiotowe umowy związane były z utrzymaniem ścieżek rowerowych, a tym samym nie przedstawiono jakichkolwiek informacji, które mogły Zamawiającego wprowadzić w błąd.

Dla Izby zupełnie niezrozumiałe są dywagacje odwołania, że osobą nadzorującą wymienioną w § 9 ust. 2 umowy z dnia 16 listopada 2018 r. zawartej z ZZM Kraków jest Pan

M. K., co podaje w wątpliwość możliwość jednoczesnego świadczenia przez tę osobę pracy (od 2020 r.) także w Zakopanem, ale i na drogach podległych ZDW Kraków - tym bardziej, iż w przypadku pierwszej z tych lokalizacji (Zakopane) wskazano jako osobę nadzorującą prace Pana W. M.. Przystępujący w Wykazie osób nigdzie nie wskazywał, że osoba ta pełni funkcje kierownicze na umowie w Zakopanem, pomijając oczywiście wcześniejsze stanowisko Izby, że nie ustalono do której umowy w Zakopanem referuje Wykaz osób.

Izba pominęła stanowisko Odwołującego i złożony materiał dowodowy przedstawione w piśmie procesowym z dnia 25/10/2021 roku, a odnoszące się do doświadczenia zawodowego Pana M. K., z racji braku przedmiotowych zarzutów w odwołaniu. Odwołanie w ramach zarzutu złożenia nieprawdziwych informacji wskazywało na dwie okoliczności, to jest posiłkowania się umowami niezakończonymi i braku zgodności przedmiotowej dla umowy z ZDW Kraków z warunkiem. W żadnym miejscu odwołania nie kwestionowano doświadczenia zawodowego osoby wskazanej w Wykazie do kierowania pracami dotyczącymi usług utrzymania i pielęgnacji zieleni. Jeżeli Odwołujący takie wątpliwości posiadał, winien był wyrazić je w odwołaniu. Wskazywanie tych elementów dopiero w piśmie procesowym jest spóźnione. Zgodnie z art. 555 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Jako zarzut należy traktować wskazanie zarówno podstawy prawnej działania lub zaniechania Zamawiającego oraz uzasadnienie faktyczne. W przedmiotowym odwołaniu uzasadnienie zarzutów odwołania w żadnym miejscu nie odnosiło się do doświadczenia zawodowego, przebiegu zatrudnienia i wykonywania obowiązków w ramach poszczególnych umów do osoby ujętej w pozycji nr 1 Wykazu osób.

Reasumując, z tych powodów zdaniem Izby zarzuty odwołania nie zasługiwały na uwzględnienie. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że Zamawiający naruszył wskazywane przepisy ustawy Pzp, a jego działania miały charakter świadomy i celowy, a samo zaś postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie było prowadzone przy uwzględnieniu zasad przejrzystości, równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp2019, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Odwołującego.

Przewodniczący:

.....