

Sygn. akt KIO 3041/22

WYROK

z dnia 5 grudnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 grudnia 2022 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 listopada 2022 r. przez wykonawcę **W. M., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą WM W. M. w Gródku nad Dunajcem** w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Zieleni Miejskiej w Krakowie**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **A. K., prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą "VIRIDI HORTOS" A. K. w Krakowie i S. B., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Usługowo-Handlowo-Produkcyjna "AQUAEKO" S. B. w Wojakowej**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zarządowi Zieleni Miejskiej w Krakowie unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia A. K., prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą "VIRIDI HORTOS" A. K. w Krakowie i S. B., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Usługowo-Handlowo-Produkcyjna "AQUAEKO" S. B. w Wojakowej na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit c Prawa zamówień publicznych.

2. kosztami postępowania obciąża Zarząd Zieleni Miejskiej w Krakowie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego **kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy)** uiszczoną przez wykonawcę **W. M., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą WM W. M. w Gródku nad Dunajcem** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Zarządu Zieleni Miejskiej w Krakowie** na rzecz wykonawcy **W. M., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą WM W. M. w Gródku nad Dunajcem, kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy)**, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) 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:

Sygn. akt KIO 3041/22

Uzasadnienie

I. Zarząd Zieleni Miejskiej w Krakowie (dalej: Zamawiający), prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych albo pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Utrzymanie zieleni wysokiej na terenie Gminy Miejskiej Kraków w latach: 2022 - 2025”, nr NP.26.2.20.22.BT, z podziałem na siedem części.

W dniu 17 listopada 2022 r. w tymże postępowaniu, przez wykonawcę W. M., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą "WM" W. M. w Gródku nad Dunajcem (dalej: Odwołujący) zostało wniesione odwołanie w odniesieniu do drugiej części zamówienia.

Do postępowania odwoławczego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – A. K., prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą "VIRIDI HORTOS" A. K. w Krakowie i S. B., prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Firma Usługowo-Handlowo-Produkcyjna "AQUAEKO" S. B. w Wojakowej (dalej: Przystępujący albo Konsorcjum) zostało skutecznie zgłoszone przystąpienie po stronie Zamawiającego.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum z uwagi na fakt, iż Konsorcjum nie spełnia warunków udziału w Postępowaniu, a przynajmniej z uwagi na niezłożenie przez Konsorcjum odpowiednich, wymaganych przez Zamawiającego oświadczeń i brak potwierdzenia ich dokumentami żądanymi przez Zamawiającego, a dotyczącymi

a. wykazu usług, w tym w szczególności poprzez brak i niewykazanie doświadczenia polegającego na wykonaniu dwóch podobnych usług o wartości przynajmniej 700.000 zł;

b. potencjału osobowego w odniesieniu do kierowników oraz pilarzy, którzy mieli posiadać szczególne doświadczenie lub kompetencje, mimo ponownego wezwania;

2. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) pzp w związku z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, mimo, iż Konsorcjum świadomie lub przynajmniej lekkomyślnie wprowadziło i wprowadza Zamawiającego w błąd, co do:

a. podstawy dysponowania Panem J. S., G. J. oraz Z. K.;

b. doświadczenia pana J. S.;

c. doświadczenia Wykonawcy F.U.H.P „AQUA-EKO” S. B. działającego jako Partner Konsorcjum;

3. art.18 ust. 3 pzp poprzez zaniechanie odtajnienia dokumentów potwierdzających zatrudnienie Panów: J. S., P. W., G. J. oraz Z. K. .

W konsekwencji tak podniesionych zarzutów, Odwołujący wnosił o:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert bez uwzględnienia oferty Konsorcjum;
- 3) nakazanie Zamawiającemu odtajnienia dokumentów w żądanym zakresie najpóźniej w terminie 3 dni od uwzględnienia odwołania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie wnosił o oddalenie odwołania.

Odnosząc się do zarzutu nr 1, dotyczącego naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) ustawy Pzp, wnosił o jego oddalenie w całości, gdyż Konsorcjum złożyło wymagane oświadczenia i dokumenty zgodnie z treścią skierowanego wezwania, czego dowodzi dokumentacja postępowania, a w szczególności treść skierowanego wezwania oraz złożenie w odpowiedzi na nie wyjaśnienia, oświadczenia i dokumenty.

W kwestii zarzutów dotyczących dysponowania zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia przez Konsorcjum, Zamawiający wskazywał, iż w złożonym oświadczeniu o podziale zadań, które wypełnia dyspozycję z art. 117 ust. 4 ustawy Pzp (załącznik nr 4 do SWZ) wynika, że wszystkie prace obejmujące utrzymanie i pielęgnację zieleni wysokiej, w zakresie obejmującym cięcia pielęgnacyjne (np. sanitarne lub prześwietlające), jak również pozostałe prace określone w Opisie Przedmiotu Zamówienia niniejszego postępowania, w szczególności prace w koronach drzew, cięcia w koronie drzew, wycinka drzew, frezowanie karp, usuwanie drzew, realizować będzie Firma Usługowo – Handlowo – Produkcyjna „AQUA-EKO” S. B. jako Partnera Konsorcjum, natomiast Lider Konsorcjum „VIRIDI HORTOS” A. K. wykona czynności administracyjne, logistyczne, prace pomocnicze. Określony podział zadań pomiędzy Wykonawcami stanowi zbiorczy i uogólniony podstawowy zakres zamówienia. Złożone przez Konsorcjum oświadczenie zawiera zdaniem Zamawiającego wszystkie informacje pozwalające na ocenę w zakresie podziału zadań między Wykonawcami składającymi wspólnie ofertę. Dlatego też, zdaniem Zamawiającego nie można w żaden sposób zestawiać i porównywać przywołany w treści Odwołania Wykaz osób i Wykaz sprzętu z Oświadczeniem Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, jak czyni to Odwołujący, gdyż podział zadań pomiędzy konsorcjantów nie musi być równoważy posiadany przez nich zasobom, bądź zasobom, które przewidują zagospodarować w ramach realizacji zamówienia.

Zamawiający odnosząc się do zarzutu 1 a) odwołania, tj braku posiadania odpowiedniego doświadczenia, gdyż Wykonawca „Firma Usługowo - Handlowo – Produkcyjna „AQUA-EKO” S. B. nie wykonał dwóch usług o łącznej wartości nie mniejszej niż 700.000 zł brutto, a przynajmniej nie wykazał takiego doświadczenia żądanymi przez Zamawiającego podmiotowymi środkami dowodowymi pomimo wezwania, wskazywał, że on również jest chybiony. Zdaniem Zamawiającego, w treści skierowanego do Przystępującego wezwania nie wyraził żądania udokumentowania wartości robót w ramach wykazanego doświadczenia. Dlatego uznał złożone w odpowiedzi na treść skierowanego wezwania oświadczenia i dokumenty za wystarczające, a przy tym jednoznacznie potwierdzające spełnienie przez Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu.

Zamawiający wskazywał, iż w ramach umowy nr ZZM/II/6/ZZ/68/2020 dla Zarządu Zieleni Miejskiej w Krakowie wszystkie zlecenia zostały wystawione na Konsorcjum firm: Firma Handlowo-Usługowa „JACEK” J. K., F.H.P.U. „LILAK” T. B., F.U.H.P „AQUA-EKO” S. B., natomiast w protokołach odbioru prac realizowanych w ramach niniejszej umowy podana jest Firma Handlowo-Usługowa „JACEK” J. K., będąca Liderem Konsorcjum, co jednak w żadnej mierze nie oznacza, że F.U.H.P „AQUA-EKO” S. B. nie wykonywała prac w ramach ww. umowy, bądź wykonała je w wartości niższej, niż wynika ze złożonego oświadczenia.

Zamawiający uznał za prawdziwe oświadczenie Wykonawcy o zrealizowaniu usług i ich wartości, dlatego też również w tym zakresie Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania.

Ponadto Zamawiający potwierdzał, że całość zrealizowanych prac w ramach umowy nr umowy ZZM/II/6/ZZ/68/2020 z dnia 03.02.2020r., tj. ich stan i ilość wykonanych usług do dnia 30.06.2022r. wyniosła kwotę 1.657.687,37 zł brutto, a także iż umowa nr ZZM/U/19/ZZ/106/2020 z dnia 20.02.2020r. realizowana dla Zarządu Zieleni Miejskiej w Krakowie, która została przedstawiona w Wykazie usług, wskazuje iż stan i ilość zrealizowanych usług do dnia 30.06.2022r. wynosiła faktycznie wartość 1.365.905,30 zł brutto.

Dlatego też, zdaniem Zamawiającego, w Wykazie usług, złożonym w odpowiedzi na wezwanie do jego uzupełnienia, Wykonawca potwierdził i wykazał niezbędną wiedzę i doświadczenie, czyli wymagane wykonanie określonych dwóch usług o łącznej wartości nie mniejszej niż 700.000 zł brutto.

Odnosząc się do zarzutu 1 b) odwołania, dotyczącego Wykazu osób w zakresie obowiązku dysponowania odpowiednim potencjałem osobowym w odniesieniu do osoby nadzorującej prace na terenach zabytkowych, osoby wykonującej nadzór ornitologiczny, chiropterologiczny i entomologiczny, pilarzy, w tym: jednego pracownika przewidzianego do montażu i przeglądu technicznego wiązań systemowych w koronach drzew posiadającym przeszkolenie w zakresie ich zakładania oraz ukończony kurs bądź szkolenie z montażu

danego typu wiązań (np. GEFA, Cobra, Boa, GeminiS bądź inne równoważne), dwóch pracowników posiadających odpowiednie doświadczenie w pracach dotyczących pielęgnacji i utrzymania zieleni wysokiej przy co najmniej dwóch zrealizowanych usługach w zakresie pielęgnacji i utrzymania zieleni wysokiej oraz kierownika prac, Zamawiający również nie podzielał zasadności przedstawionych zarzutów.

Zamawiający podnosił, że w kwestii wymienionych powyżej osób wykazanych „Wykazie osób”, wezwał Przystępującego do wyjaśnienia lub uzupełnienia niezbędnych oświadczeń i dokumentów. Przystępującego w odpowiedzi dostarczył dokumenty, które potwierdzają spełnienie warunku udziału w postępowaniu, w tym przedwstępne umowy o pracę potwierdzające fakt, że Wykonawca ten dysponuje osobami zdolnymi do realizacji zamówienia.

W związku z tym, odnosząc się do zarzutu braku dysponowania odpowiednimi osobami w chwili składania ofert, Zamawiający wskazuje, iż zgodnie z art. 95 ustawy Pzp wykonawca zobowiązany jest do zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności na etapie realizacji zamówienia, dlatego ten zarzut należy uznać za bezzasadny. Wykonawca bezsprzecznie jego zdaniem wykazał, iż faktycznie dysponuje samodzielnie osobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, a tym samym potwierdził spełnianie również w tym zakresie warunków udziału w postępowaniu.

Odnosząc się do kwestii zastąpienia w Wykazie osób Pana J. S. przez Pana P. W. Zamawiający wskazuje, że zmiana osoby została dokonana przez Wykonawcę po raz pierwszy, co jest zgodne z obowiązującymi przepisami i nie prowadzi do zmiany treści oferty. Wskazana nowa osoba bez wątpliwości spełnia wymagania w zakresie sprawowania nadzoru ornitologicznego, chiropterologicznego i entomologicznego, czego nawet nie kwestionuje Odwołujący. Wykonawca potwierdził również fakt dysponowania tą osobą.

Zamawiający uznał oświadczenie Wykonawcy złożone w „Wykazie osób” za wystarczające i jednoznacznie potwierdzające spełnienie przez niego warunku udziału w postępowaniu. Dlatego też, zarzut jest bezzasadny i należy go oddalić.

Dlatego też, Zamawiający uważał za nietrafne i nieuzasadnione zarzuty naruszenia podstaw prawnych wskazanych w odwołaniu, jak i ewentualnie niedokonania czynności, do których rzekomo był zobowiązany.

Odnosnie zarzuty dotyczącego niezasadnego utajnienia dokumentów, Zamawiający wskazał, że w dniu 29 listopada 2022r. podjął decyzję o odtajnieniu w całości przedłożonych umów. O czynności tej poinformował zarówno Odwołującego, jak i Przystępującego, a ponadto udostępnił Odwołującemu odtajnione dokumenty w całości.

Izba w konsekwencji uznała, że zarzut naruszenia art. art.18 ust. 3 Prawa zamówień publicznych stał się bezprzedmiotowy, i w zw. z art. 568 pkt. 2 Prawa zamówień publicznych postępowanie odwoławcze w tym zakresie podlega umorzeniu (dalsze postępowanie w tym

zakresie stało zbędne, ponieważ sporne dokumenty zostały przez Zamawiającego ujawnione Odwołującemu).

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 Prawa zamówień publicznych, skutkujących odrzuceniem odwołania. W konsekwencji zarzuty odwołania, poza zarzutem naruszenia art.18 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, zostały skierowane do rozpatrzenia na rozprawie.

II. Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Ustaleń okoliczności, stanowiących podstawę rozstrzygnięcia, Izba dokonała na podstawie kopii dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej przez Zamawiającego do akt sprawy, w tym w szczególności informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, wezwania skierowanego do Przystępującego do uzupełnienia dokumentów i odpowiedzi na to wezwanie.

Izba zatem dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy (wszystkie dokumenty przywołane w uzasadnieniu są częścią tej dokumentacji), a także dopuściła jako dowód w sprawie akta postępowania sprawy o sygn. akt: KIO 2396/22.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje.

Zamawiający wymagał w specyfikacji warunków zamówienia (dalej: SWZ) dysponowania osobami zdolnymi do realizacji zamówienia, zgodnie z pkt 2.4.1.1 SWZ, dla części 1, 2, 3, 4, 5, 6 i 7 zamówienia co najmniej jedną osobą nadzorującą lub kierującą pracami, posiadającą tytuł zawodowy magistra lub magistra inżyniera w zakresie ogrodnictwa, leśnictwa, architektury krajobrazu oraz określone uprawnienia, tj. ukończone kursy lub studia podyplomowe z zakresu prowadzenia prac na terenach zieleni i drzewostanie (np. typu Inspektor Nadzoru Prac w Terenach Zieleni, Inspektor Nadzory Prac w Drzewostanie, ETT - European Tree Technician bądź inne równoważne), oraz doświadczenie w nadzorowaniu lub kierowaniu pracami w zakresie utrzymania i pielęgnacji zieleni wysokiej (nie stanowiących prac przy liniach przesyłowych, liniach elektrycznych niskiego i wysokiego napięcia), co najmniej przy dwóch zrealizowanych zamówieniach, potwierdzone dokumentami określającymi zakres obowiązków oraz ich należyte wykonanie (np. świadectwo pracy, referencja, oświadczenie o zatrudnieniu, umowa itp.). W pkt 2.4.1.2 SWZ w częściach 1, 2, 3, 4, 5, 6 i 7 zamówienia Zamawiający wymagał dysponowania co

najmniej jedną osobą nadzorującą prace na terenach zabytkowych spełniającą wymagania wynikające z art. 37b ust. 3 ustawy z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami (tekst jednolity: Dziennik Ustaw z 2022r. poz. 840). W pkt 2.4.1.3 SWZ, Zamawiający wymagał dysponowania w częściach 1, 2, 3, 4, 5, 6 i 7 zamówienia co najmniej jedną osobą lub osobami przeznaczonymi do nadzoru ornitologicznego, chiropterologicznego i entomologicznego posiadającymi niezbędne kwalifikacje gwarantujące należyte wykonanie powierzonych obowiązków, tj. legitymującymi się wykształceniem wyższym o kierunku biologia, ochrona środowiska, leśnictwo lub pokrewne obejmujące programem nauczania przedmiot w zakresie dotyczącej dziedziny ornitologia, chiropterologia i entomologia oraz posiadającymi doświadczenie w sprawowaniu co najmniej dwóch nadzorów przyrodniczych w zakresie odpowiadającym posiadanym kwalifikacjom, Zamawiający informuje, iż dopuszcza możliwość łączenia funkcji osób przeznaczonych do nadzorowania lub kontrolowania prac przy realizacji zamówienia, o których mowa w ppkt 2.4.1.1 i 2.4.1.2 oraz 2.4.1.3, w przypadku posiadania przez jedną osobę stosownych uprawnień, kwalifikacji i doświadczenia wymaganych dla tych funkcji.

Z kolei w pkt 2.4.1.4 SWZ, Zamawiający wymagał dysponowania w zakresie części 1, 2, 6 co najmniej 8 pracownikami w tym 2 pracownikami posiadającymi każdy z nich doświadczenie w pracach dotyczących pielęgnacji i utrzymania zieleni wysokiej przy co najmniej dwóch zrealizowanych usługach w zakresie pielęgnacji i utrzymania zieleni wysokiej (nie stanowiących prac przy liniach przesyłowych, liniach elektrycznych niskiego i wysokiego napięcia), potwierdzone dokumentami określającymi zakres obowiązków oraz ich należyte wykonanie (np. świadectwo pracy, referencja, oświadczenie o zatrudnieniu, umowa itp.), oraz posiadającymi określone uprawnienia, tj. ukończone kursy z zakresu chirurgii i/lub pielęgnacji drzew bądź kurs z zakresu wspinaczki drzewnej i ścinki sekcyjnej z użyciem technik dostępu linowego - Poziom A lub B, ETW - European Tree Worker bądź równoważne zawierające w swych ramach programowych szkolenie z zakresu dostępu liniowego i ścinki sekcyjnej lub kurs pilarza, oraz w tym 1 pracownikiem przewidzianym do montażu i przeglądu technicznego wiązań systemowych w koronach drzew posiadającym przeszkolenie w zakresie ich zakładania oraz ukończony kurs bądź szkolenie z montażu danego typu wiązań (np. GEFA, Cobra, Boa, GeminiS bądź inne równoważne).

Dalej, w pkt 2.4.2.1 SWZ, Zamawiający wymagał w zakresie części 1, 2, 6 posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia, co należało wykazać, w formie załączonego do oferty wykazu usług i oświadczenia, potwierdzonego poświadczeniami, referencjami lub odpowiednimi dokumentami uprzednich odbiorców, albo oświadczeniem Wykonawcy, jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczeń, że w ciągu ostatnich 3 lat, a w przypadku, gdy okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, licząc wstecz od dnia upływu terminu składania ofert, wykonał,

a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonuje usługi, tj. wykaże zrealizowanie lub realizowanie co najmniej dwóch usług przy czym: każda z wykazanych dwóch usług musiała obejmować utrzymanie i pielęgnację zieleni wysokiej, w zakresie obejmującym cięcia pielęgnacyjne (np. sanitarne lub prześwietlające) oraz wycinki drzew (do cięć pielęgnacyjnych nie kwalifikują się cięcia prowadzone wzdłuż linii przesyłowych, linii energetycznych niskiego i wysokiego napięcia a także pielęgnacja młodych nasadzeń drzew),

a wartość wykazanych dwóch usług łącznie nie była mniejsza niż 700.000,00 PLN brutto (słownie: siedemset tysięcy złotych)

W § 1 ust. 9 wzoru umowy (str. 34 SWZ) Zamawiający postanowił, że „Wykonawca zobowiązuje się, że wszystkie osoby wykonujące czynności w zakresie świadczenia usług objętych umową (ewentualnie za wyjątkiem osób nadzorujących prace na terenach zabytkowych, tj. wpisanych do rejestru zabytków lub zlokalizowanych w układach urbanistycznych wpisanych do rejestru zabytków, oraz osób przeznaczonych do nadzoru ornitologicznego, chiropterologicznego i entomologicznego), w tym w szczególności wykonujące prace przy realizacji usług w zakresie utrzymania i pielęgnacji zieleni wysokiej w zakresie objętym przedmiotem zamówienia.”

Ponadto na podstawie akt postępowania sygn. akt: KIO 2396/22 Izba ustaliła, że w dniu 12 września 2022 r. Odwołujący wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie: (1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum z uwagi na niezłożenie odpowiednich, wymaganych przez Zamawiającego oświadczeń i brak potwierdzenia ich dokumentami żądanymi przez Zamawiającego, a dotyczącymi osób które mają pełnić nadzór na terenach zabytkowych, nadzór przyrodniczy, pilarzy oraz w zakresie wykazu usług, a także z uwagi na brak należytej odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów dotyczących doświadczenia Pana J. S. i Pana G. . (2) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) pzp w związku z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 pzp poprzez podanie nieprawdziwych informacji, iż Pan J. S. oraz Z. K. są pracownikami, któregoś z Wykonawców działających w ramach Konsorcjum oraz, co do doświadczenia pana J. S.; (3) ewentualnie art. 128 ust. 1 pzp wezwania do uzupełnienia lub wyjaśnienia następujących dokumentów: wykaz osób w zakresie osoby nadzorującej prace na terenach zabytkowych; wykaz osób w zakresie osoby, która miałaby prowadzić nadzór przyrodniczy; wykazu osób w zakresie oświadczeń, co do podstawy dysponowania osobami; załączników do wykazu osób w zakresie wykazania doświadczenia pracowników zgodnie z wymaganiami Zamawiającego; wykazu usług wraz referencjami w całości.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie Zamawiającemu podjęcia następujących czynności: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert bez uwzględnienia oferty konsorcjum; ewentualnie wezwania do uzupełnienia lub wyjaśnienia następujących dokumentów: wykaz osób w zakresie osoby nadzorującej prace na terenach zabytkowych; wykaz osób w zakresie osoby, która miałaby prowadzić nadzór przyrodniczy; wykazu osób w zakresie oświadczeń, co do podstawy dysponowania osobami; załączników do wykazu osób w zakresie wykazania doświadczenia pracowników zgodnie z wymaganiami Zamawiającego; wykazu usług wraz referencjami w całości.

W dniu 22 września 2022 r. do Prezesa Izby wpłynęło pismo Zamawiającego, w którym Zamawiający wskazał, iż: (i) potwierdza, iż na etapie weryfikacji i analizy ofert powinien był wezwać Konsorcjum do uzupełnienia lub wyjaśnienia złożonych oświadczeń i dokumentów na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp; (ii) uchyla rozstrzygnięcie w zakresie wyboru najkorzystniejszej oferty w części 2 zamówienia. W konsekwencji zawiadamia, że powtórzy czynności związane z badaniem i oceną ofert, w efekcie których dokonana ponownego rozstrzygnięcia postępowania.

W konsekwencji na podstawie art. 568 pkt 2 Prawa zamówień publicznych Izba postanowieniem z dnia 26 września 2022 r. umorzyła postępowanie odwoławcze.

Po wydaniu przywołanego postanowienia, w dniu 13 października 2022 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum do poprawienia lub uzupełnienia bądź wyjaśnienia podmiotowych środków dowodowych w odniesieniu do 2 części zamówienia. Wezwał m.in. do przedłożenia „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.”, przy czym wyraźnie zaznaczył, iż skierowanie niniejszego wezwania do poprawienia lub uzupełnienia, albo wyjaśnienia podmiotowych środków dowodowych, jest wynikiem częściowego uwzględnienia wniesionego odwołania.

W pkt VII. wezwania Zamawiający zauważył, iż “Wykonawca wraz z ofertą złożył oświadczenie Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy Pzp, w którym to wskazano, iż każdy z Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia wykona zamówienie “według potrzeb”. Z oświadczenia nie wynika, jaki faktycznie zakres oraz rodzaj usług wykonają poszczególni Wykonawcy i za co będą odpowiedzialni przy ich realizacji. W związku z powyższym, Zamawiający w oparciu o powołaną podstawę prawną wzywa do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia tego oświadczenia.” Na stronie 4 wezwania Zamawiający wskazał, że „z analizy Wykazu usług i dokumentów, w ramach umowy nr ZZM/U/I/19/ZZ/106/2020 oraz umowy nr ZZM/I/I/6/ZZ/68/2020, nie wynika należyte wykonanie wskazanych zamówień, za które była odpowiedzialna i jakie wykonała firma F.U.H.P „AQUA-EKO” S. B. .”.

W odpowiedzi Konsorcjum złożyło oświadczenie na podstawie załącznika nr 4 do SWZ, w którym wskazano, iż 1. “Firma Usługowo – Handlowo – Produkcyjna „AQUA-EKO” S. B. wykona: wszystkie prace objęte przedmiotem doświadczenia, którym Konsorcjant się legitymuje, tj. prace obejmujące utrzymanie i pielęgnację zieleni wysokiej, w zakresie obejmującym cięcia pielęgnacyjne (np. sanitarne lub prześwietlające), jak również pozostałe prace określone w Opisie Przedmiotu Zamówienia niniejszego postępowania, w szczególności prace w koronach drzew, cięcia w koronie drzew, wycinka drzew, frezowanie karp, usuwanie drzew, itd.” oraz że “Wykonawca (nazwa): „VIRIDI HORTOS” A. K. wykona: czynności administracyjne, logistyczne, prace pomocnicze.”

W odpowiedzi na wezwanie Przystępujący wskazał również, że “Z racji tego, iż Zamawiający nie żądał oddzielnego udokumentowania wypracowanego przez Konsorcjanta firmę F.U.H.P „AQUA-EKO” S. B. doświadczenia, Wykonawca oświadcza, iż w razie takiej potrzeby przedłoży odpowiednie dokumenty na wykazanie tego faktu.”. W ocenie Odwołującego takie stanowisko jest błędne i wezwanie obejmowało konieczność wykazania i potwierdzenia należytego wykonania usług przez Wykonawcę F.U.H.P „AQUA-EKO” S. B. . Wynika to zarówno z celu wezwania, którym było uzyskanie potwierdzenia spełnienia warunków udziału w Postępowaniu, jak z jego treści.

Konsorcjum przedstawiło uzupełniony wykaz usług. W wierszach 1 i 2 w tabeli zawartej na stronie 2 wykazu wskazano odpowiednio:

1. Umowa z dnia 3 lutego 2020 r. nr ZZM/I/I/6/ZZ/68/2020 na utrzymanie i pielęgnację zieleni wysokiej, w zakresie obejmującym cięcia pielęgnacyjne (np. sanitarne lub prześwietlające) oraz wycinki drzew 1.657.697,37 zł brutto 3.02.2020 r.– 30.06.2022 r. Kraków Gmina Miejska Kraków dla Zarządu Zieleni Miejskiej w Krakowie ul. Reymonta 20, 30- 059 Kraków; Zasób własny - Firma Usługowo – Handlowo – Produkcyjna „AQUA- EKO” S. B.
2. Umowa z dnia 20 lutego 2020 r. nr ZZM/U/I/19/ZZ/106/2020 na utrzymanie i pielęgnację zieleni wysokiej, w zakresie obejmującym cięcia pielęgnacyjne (np. sanitarne lub

prześwietlające) oraz wycinki drzew 1.365.905,30 zł brutto 20.02.2020r. – 30.06.2022r. Kraków Gmina Miejska Kraków dla Zarządu Zieleni Miejskiej w Krakowie ul. Reymonta 20, 30- 059 Kraków Zasób własny - Firma Usługowo – Handlowo – Produkcyjna „AQUA- EKO” S. B. .

W ramach wykazu usług, pod tabelą, przedstawiono również wykaz dokumentów potwierdzających, że wykazane wyżej zamówienia zostały wykonane, w którym to wykazie ponownie przywołano oznaczenie numeryczne umów i wyliczono szereg protokołów potwierdzających należyte wykonanie usług w tym zakresie. Z przedstawionych dokumentów nie wynika zakres i wartość wykonanych prac w ramach umowy ZZM/U//19/ZZ/106/2020 - jedyne oświadczenie dotyczące wartości wykonanych przez F.H.U „AQUA-EKO” S. B. usług to to, iż łączna wartość prac wykonanych w dwóch umowach przekracza 700.000 zł.

W przekazanych protokołach wprost wskazano, iż wszystkie prace wykonała firma F.H.U. „Jacek” inż. J. K. ul. Stolarza, 30-898 Kraków, który to podmiot nie jest członkiem Konsorcjum w niniejszym postępowaniu – nie da się więc ustalić na podstawie przedłożonych dokumentów, czy S. B. posiada wymagane przez zamawiającego doświadczenie.

Na tej podstawie Izba zważyła, co następuje.

Stosownie do art. 117 ust. 3 Prawa zamówień publicznych w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach tych z wykonawców, którzy wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie twierdził, że „podział zadań pomiędzy konsorcjantów nie musi być równoważy posiadany przez nich zasobom, bądź zasobom, które przewidują zagospodarować w ramach realizacji zamówienia”

Izba uznała, że Zamawiający nie ma racji, prezentując takie stanowisko. Przeciwnie, podział zadań między konsorcjantów przy realizacji zamówienia musi być paralelny z posiadanyimi przez nich zasobami. Na tym właśnie polega łączenie, w ramach konsorcjum, posiadanych potencjałów: każdy z partnerów konsorcjum wnosi własne zasoby, i w tym zakresie, w jakim wnosi zasoby, będzie wykonywał przedmiot zamówienia. Posiadany zasób musi być realny – co oznacza, że doświadczenie, nabyte przez jednego z obecnych konsorcjantów w ramach innego, poprzednio realizowanego zamówienia, musi być po pierwsze faktycznie nabyte (co należy potwierdzić odpowiednimi dokumentami), a ponadto odpowiadać zakresowi prac, jakie tenże konsorcjant będzie realizował obecnie.

Całość prac wymagających wiedzy i doświadczenia ma zostać wykonana, w ramach obecnego zamówienia, przez wykonawcę S. B., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą "Firma Usługowo – Handlowo – Produkcyjna „AQUA-EKO” S. B. . Wynikało to wprost z oświadczenia Przystępującego, złożonego w odpowiedzi na wezwanie z dnia 13 października 2022 r.

Odwołujący miał rację, twierdząc, że Przystępujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w Postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Zamawiający w dniu 13 października 2022 r. wezwał Konsorcjum, aby przedłożyło dokumenty "w pełni potwierdzające spełnianie warunku udziału w postępowaniu w aspekcie posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia Wykonawcy, tj. złożonego Wykazu usług." m.in. dlatego, iż z przedstawionych dokumentów "nie wynika należyte wykonanie wskazanych zamówień, za które była odpowiedzialna i jakie wykonała firma F.U.H.P „AQUA-EKO" S. B. ."

W odpowiedzi na wezwanie Przystępujący nie wskazał takich dokumentów; co wprost wynika z treści pisma Przystępującego, "Z racji tego, iż Zamawiający nie żądał oddzielnego udokumentowania wypracowanego przez Konsorcjanta firmę F.U.H.P „AQUA-EKO" S. B. doświadczenia, Wykonawca oświadcza, iż w razie takiej potrzeby przedłoży odpowiednie dokumenty na wykazanie tego faktu."

W ocenie Izby z treści wezwania z dnia 13 października 2022 r. jednoznacznie wynikało, że właśnie o przedstawienie takich dokumentów chodziło Zamawiającemu. Dodatkowo, trzeba zauważyć, że Zamawiający przywoływał w treści wezwania poprzednie odwołanie złożone w tym postępowaniu, w którym Odwołujący kwestionował właśnie w tym aspekcie spełnienie warunków przez Konsorcjum. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie zauważał, że „w protokołach odbioru prac realizowanych w ramach niniejszej umowy podana jest Firma Handlowo-Usługowa „JACEK” J. K., będąca Liderem Konsorcjum, co jednak w żadnej mierze nie oznacza, że F.U.H.P „AQUA-EKO” S. B. nie wykonywała prac w ramach ww. umowy". Takie stanowisko Zamawiający potwierdza, że przywołane dokumenty nie potwierdzają, że S. B. wykonał prace w zakresie wymaganym przez SWZ: nie wykluczają, że coś zostało przez tego wykonawcę wykonane, ale nie wiadomo dokładnie, co.

Rację miał Odwołujący na rozprawie twierdząc, że wnioski dowodowe przedkładane dopiero na rozprawie przez Przystępującego (a nie w ramach odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów) są spóźnione i jako takie nie mogą być brane pod uwagę. Przystępujący nie uzupełnił w odpowiedzi na wezwanie żądanych dokumentów, w związku z czym jego oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) Prawa zamówień publicznych, z uwagi na brak przedstawienia odpowiednich dokumentów podmiotowych, jak i z uwagi na brzmienie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Prawa zamówień publicznych z uwagi na fakt, iż Konsorcjum nie spełnia warunków udziału w Postępowaniu.

W konsekwencji Izba uwzględniła odwołanie w zakresie części drugiej postępowania i nakazała, jak w sentencji.

Natomiast w ocenie Izby nie potwierdziły się pozostałe zarzuty odwołania.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum z uwagi na fakt, że Konsorcjum nie spełnia warunków udziału w Postępowaniu, w ocenie składu orzekającego, Odwołujący nie miał racji, twierdząc, że Konsorcjum nie spełniało warunków udziału w Postępowaniu w momencie otwarcia ofert oraz pierwotnego złożenia dokumentów podmiotowych, zarówno w zakresie warunku dotyczącego posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia, jak również w odniesieniu do warunków określonych w punkcie 2.4.1. SWZ, co do dysponowania odpowiednim potencjałem osobowym w odniesieniu do osoby nadzorującej prace na terenach zabytkowych (2.4.1.2 SWZ) oraz osoby do nadzoru ornitologicznego, chiropterologicznego i entomologicznego (2.4.1.3. SWZ), a także pilarzy (2.4.1.4 SWZ.), w tym: pracownika przewidzianego do montażu i przeglądu technicznego wiązań systemowych w koronach drzew posiadającym przeszkolenie w zakresie ich zakładania oraz ukończony kurs bądź szkolenie z montażu danego typu wiązań (np. GEFA, Cobra, Boa, GeminiS bądź inne równoważne); dwóch pracowników posiadających odpowiednie doświadczenie w pracach dotyczących pielęgnacji i utrzymania zieleni wysokiej przy co najmniej dwóch zrealizowanych usługach w zakresie pielęgnacji i utrzymania zieleni wysokiej, a także kierownikiem prac (2.4.1.1. SWZ).

Odwołujący kwestionował dysponowanie w ramach potencjału osobowego Panem Z. K. oraz G. J. oraz z ostrożności z Panem P. W., wskazując, że na dzień składania ofert nie byli oni zatrudnieni na umowę o pracę, tymczasem ze wzoru umowy wynika, że Zamawiający wymaga podczas realizacji umowy zatrudnienia na podstawie umowy o pracę.

Zdaniem Odwołującego wszelkie promesy, listy zobowiązaniowe, listy intencyjne lub umowy przedwstępne lub umowy zawarte z datą przyszłą nie są podstawą dysponowania, a jedynie podstawą do roszczenia o zawarcie właściwej umowy lub ewentualnie stanowią podstawę do dysponowania w przyszłości.

W ocenie Izby oczekiwania Odwołującego w tym zakresie są nadmierne. Okoliczność, że Zamawiający wymaga w trakcie realizacji umowy zatrudnienia określonych osób na podstawie umowy o pracę, nie przesądza, że muszą one być zatrudnione w tej formie już na dzień składania ofert. Jeżeli wykonawca nie uzyskałby zamówienia, zatrudnienie na podstawie umowy o pracę określonych osób może okazać się bezcelowe. Zdaniem składu orzekającego dysponowanie – na dzień składania ofert – w innej formie, niż umowa o pracę, jest wystarczające. Odwołujący nie wykazał, że przystępujący nie dysponuje

danymi osobami, a kwestionował jedynie „formę” dysponowania, co w ocenie Izby nie ma istotnego znaczenia dla ustalenia okoliczności spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Nie potwierdził się również zarzut podania przez Przystępującego nieprawdziwych informacji. Zdaniem Odwołującego, w Postępowaniu Konsorcjum złożyło w nieprawdziwe informacje w zakresie doświadczenia Pana J. S. w odniesieniu do roli osoby do nadzoru ornitologicznego, chiropterologicznego i entomologicznego, co do której wskazano następujące doświadczenie Pana S.: Odwołujący twierdził, że żadne zamówień nie wymagało nadzoru przyrodniczego w tym w szczególności zakresie chiropterologii, czyli w zakresie ochrony i badań nietoperzy. W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, że taki nadzór nie był faktycznie przewidziany umową, na którą powoływał się Przystępujący w wykazie.

Ze względu na powyższe, Izba orzekła, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania, na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: