

WYROK

Warszawa, dnia 9 kwietnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Aleksandra Kot

Protokolantka: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 marca 2024 r. przez wykonawcę Jacka Wieczorka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J.W. z siedzibą w Bytomiu (dalej: „Odwołujący”) w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Tarnowskie Góry z siedzibą w Tarnowskich Górach (dalej: „Zamawiający”)

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutu oznaczonego lit. b) w petitum odwołania oraz nakazuje Zamawiającemu:
 - 1.1. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 15 marca 2024 r.;
 - 1.2. powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy K.K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Ogrodnictwo Niewiara K.K. z siedzibą w Będzinie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp.
2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.
3. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego w części 1/3 oraz Odwołującego w części 2/3 i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500,00 zł (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00/100) poniesioną przez Odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;
 - 3.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 3 700,00 zł (słownie: trzy tysiące siedemset złotych 00/100).

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:.....

KIO 921/24

Uzasadnienie

Gmina Tarnowskie Góry z siedzibą w Tarnowskich Górach (dalej: „Zamawiający” lub „Gmina”) prowadzi na podstawie art. 275 pkt 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm., dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym z możliwością prowadzenia negocjacji pn. „Bieżące utrzymanie i pielęgnacja zieleni niskiej wraz z konserwacją infrastruktury w Parku Miejskim przy ul. Kardynała Wyszyńskiego w Tarnowskich Górach” (Nr referencyjny: BZP.271.2.2024 , dalej: „Postępowanie”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych dnia 20 lutego 2024 r. pod numerem: 2024/BZP 00211200/01.

20 marca 2024 r. wykonawca J.W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J.W. z siedzibą w Bytomiu (dalej: „Odwołujący” lub „J.W.”) wniósł odwołanie od niezgodnych z ustawą Pzp czynności i zaniechań Zamawiającego podjętych w Postępowaniu, polegających na:

- 1) niezgodnym z przepisami ustawy Pzp nieprzydzieleniu 10 punktów ofercie Odwołującego w kryterium nr 3 pn. „Zwiększenie jakości realizacji zamówienia poprzez podniesienie kwalifikacji Kierownika prac (K3)”;
- 2) niezgodnym z przepisami ustawy Pzp wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy K.K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Ogrodnictwo Niewiara K.K. z siedzibą w Będzinie (dalej: „Ogrodnictwo Niewiara” lub „K.K.”), mimo że wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu;

3)w konsekwencji - zaniechaniu wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 16 pkt 1 i art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez prowadzenie Postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem niżej wymienionych przepisów):

- 1)art. 239 ust. 1 ustawy Pzp – poprzez niezasadne nieprzydzielenie Odwołującemu 10 punktów w kryterium „Zwiększenie jakości realizacji zamówienia poprzez podniesienie kwalifikacji Kierownika prac (K3)”, mimo że J.W. wykazał, że dysponuje osobą (Pan W.H.) spełniającą przedmiotowe kryterium tj. posiadającą odpowiednie wykształcenie, doświadczenie oraz kompetencje równoważne a nawet wyższe do kursów opisanych w treści kryterium przez Zamawiającego;
- 2)art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp – poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Ogrodnictwo Niewiara, mimo że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale 20 pkt 3.4.1 Specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ”) w zakresie części warunku dotyczącej sadzenia i pielęgnacji roślin sezonowych i bylin – min. 100 m²;
- 3)art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp – poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Ogrodnictwo Niewiara, mimo że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale 20 pkt 3.4.2 SWZ w zakresie dysponowania min. 1 osobą (kierownikiem prac) oraz 2 osobami (ogrodnikami).

Odwołujący wskazał również, że naruszenie wyżej wymienionych przepisów ustawy Pzp niewątpliwie miało wpływ na wynik postępowania, a zatem biorąc pod uwagę art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza winna uwzględnić niniejsze odwołanie.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:

- 1)unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, a następnie powtórzenie czynności badania i oceny ofert – i w ramach tej czynności:
 - a) przydzielenie ofercie Odwołującego 10 punktów w kryterium „Zwiększenie jakości realizacji zamówienia poprzez podniesienie kwalifikacji Kierownika prac (K3)”,
 - b) odrzucenie oferty wykonawcy Ogrodnictwo Niewiara z Postępowania;
- 2)zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji według przedstawionej na rozprawie faktury.

W uzasadnieniu zarzutu odwołania odnoszącego się do nieprawidłowego przydzielenia punktów ofercie Odwołującego, J.W. podniósł, że Zamawiający niezasadnie nie przydzielił mu 10 punktów w kryterium nr 3. Odwołujący wskazał, że patrząc na treść kryterium Gmina postawiła 3 odrębne wymagania, aby kierownik:

1. posiadał wykształcenie min. średnie ogrodnicze lub kształtowania terenów zielonych (architektura krajobrazu) – pan W.H. posiada wykształcenie średnie ogrodnicze (na potwierdzenie czego Zamawiający dysponuje świadectwem ukończenia zasadniczej szkoły zawodowej), a zatem spełnienie tej części wymagań jest bezsporne;
2. posiadał min. 3 letnie doświadczenie zawodowe na stanowisku kierownika prac – pan W.H. posiada wymagane doświadczenie w latach pełnienia funkcji kierownika nawet w ramach tożsamesgo kontraktu, a zatem spełnienie tej części wymagań jest bezsporne;
3. posiadał kurs inspektorów nadzoru w terenach zieleni lub kurs gospodarzy terenów zieleni zorganizowanych przez SITO NOT, Ogólnopolskie Stowarzyszenie Twórców Ogrodów lub równoważne – pan W.H. posiada uprawnienia równoważne wymaganym kursom, bowiem zamiast opisanych kursów odbył 5-letnie studia magisterskie, zakończone tytułem magistra inżyniera na kierunku ogrodnictwo.

J.W. podkreślił, że wyłącznie ostatnia z przesłanek jest sporna pomiędzy stronami, tj. to czy posiadane przez pana Wojciecha Hoszka uprawnienia magistra inżyniera są uprawnieniami równoważnymi do uprawnień zdobytych na kursie inspektora nadzoru w terenach zieleni lub kursie gospodarzy terenów zieleni organizowanych przez SITO NOT, Ogólnopolskie Stowarzyszenie Twórców Ogrodów.

Odwołujący zaznaczył, że w treści spornego kryterium Zamawiający sam określił, że dopuszcza rozwiązania równoważne – „posiada kurs (...) lub kurs (...) lub równoważne”. W ocenie Jacka Wieczorka Gmina nie może zatem automatycznie uznawać, że skoro osoba wskazana na funkcję kierownika nie posiada jednego z kursów wymienionych przez Zamawiającego to nie spełnia kryterium i nie może otrzymać wymaganych punktów. Gmina musi bowiem ocenić czy posiadane przez wykonawcę uprawnienia są co najmniej równoważne do wymaganych kursów – i tak właśnie jest w niniejszej sprawie. Odwołujący podniósł, że osoba posiadająca wyższe wykształcenie ogrodnicze zapewnia kwalifikacje nie tylko równoważne, ale i nawet wyższe niż osoba, która ukończyła tylko kurs gospodarzy terenów zieleni. Kolejno Odwołujący wskazał, że o równoważności, a nawet wyższości 5-letnich studiów magisterskich na kierunku ogrodnictwo od kursu gospodarzy terenów zieleni świadczy chociażby program takiego szkolenia, w którym jest ok. 60 godzin zajęć i

który to kurs dedykowany jest dla osób z branży ogrodniczej, „a także dla osób zmieniających zawód” z uwagi na co „nie stawiamy przed kandydatami wymagań kwalifikacyjnych, jedynie dobrze by było, aby mieli minimum średnie wykształcenie ogólne, bądź zawodowe z uwagi na poziom kursu”. J.W. podkreślił, że w kontrze do tego mamy 5-letnie studia, na których każda z poruszanych na kursie kwestii omawiana jest znacznie bardziej obszernie, a także istnieje szereg innych zajęć, przedmiotów i egzaminów, które musiał zdać Pan W.H. w toku przedmiotowych studiów. Ponadto Odwołujący podniósł, że gloryfikowany przez Gminę kurs to nic innego jak kurs przygotowujący do zmiany zawodu w charakterze ogrodnika. Kursy tego typu nie są żadnymi kwalifikacjami regulowanymi w ramach obowiązujących przepisów prawa, wszystkie organizowane są przez prywatne instytucje, gdzie każda z nich może sobie ułożyć w sposób dowolny program takiego kursu. Nie jest to w żaden sposób działalność regulowana ani co do uprawnień w zakresie wydawania świadectw ukończenia takiego kursu ani co do zakresu szkolenia. Tak więc bez wątpienia ukończenie kursu przyuczającego do zawodu ogrodnika nie jest posiadaniem wyższych kompetencji od posiadania dyplomu zawodowego ogrodnika. Odwołujący podkreślił, że Pan W.H. jest zawodowym ogrodnikiem, co więcej przez wiele lat pełnił funkcję biegłego sądowego z zakresu ogrodnictwa, nie da się zatem stwierdzić, że brak mu uprawnień do pełnienia funkcji kierowniczych bowiem nie ukończył kursu, który dedykowany jest osobom nie posiadającym nawet wykształcenia ogrodniczego jedynie po to aby uzyskać jakąkolwiek elementarną, podstawową wiedzę na temat ogrodnictwa.

W konsekwencji powyższego – zdaniem Jacka Wieczorka – stwierdzić należy, że Zamawiający niezasadnie odmówił przyznania Odwołującemu 10 punktów w kryterium nr 3, zatytułowanym „Zwiększenie jakości realizacji zamówienia poprzez podniesienie kwalifikacji Kierownika prac”.

Odnosząc się do zarzutów odwołania dotyczących nieprawidłowości w ofercie wykonawcy Ogrodnictwo Niewiara, J.W. wskazał, że K.K. nie wykazał, że spełnia warunki udziału w Postępowaniu postanowione przez Zamawiającego w Rozdziale 20 pkt 3.4.1 SWZ oraz pkt 3.4.2 SWZ.

Odwołujący podniósł, że w treści warunku, o którym mowa w Rozdziale 20 pkt 3.4.1 SWZ Gmina wskazała, iż wymaga „sadzenia i pielęgnacji roślin sezonowych i bylin – min. 100 m²”. J.W. podkreślił, że powyższe oznacza, iż spełnieniem warunku nie będzie tylko realizacja usługi w zakresie której doszło do posadzenia roślin i bylin na powierzchni min. 100 m², ale wykonawca musiał wykazać się, że dokonał pielęgnacji roślin sezonowych – a takiego zakresu usługi K.K. nie wykazał. Odwołujący zauważył, że z wykazu usług wynika, że wykonawca Ogrodnictwo Niewiara realizował usługę w okresie od dnia 11 maja 2023 r. do dnia 7 sierpnia 2023 r., a zatem zaledwie przez niecałe 3 miesiące. W ocenie Jacka Wieczorka ciężko zaś uznać, aby wykonywanie usługi w okresie niecałych 3 miesięcy było pielęgnacją roślin sezonowych, skoro ten referencyjny okres to nie jest nawet jeden sezon. Sezon pielęgnacyjny kwietników ziemnych, bylinowych i nasadzeń w pojemnikach kwiatowych trwa bowiem przez okres 5 miesięcy tj. od maja do października. J.W. podniósł, że tylko w takim okresie pielęgnacja jest pełna i można by uznać, że oferent może wykazać się doświadczeniem w wykonywaniu takich prac. Ponadto Odwołujący podkreślił, że w ramach realizacji zamówienia jakie wskazane zostało jako zamówienie referencyjne pn. „Kwiaty na Alei Kwiatów”, które zostało wykonane w ramach Projektu Budżetu Obywatelskiego, nie było prac polegających na wysadzeniu roślin sezonowych i ich pielęgnacji, czyli roślin ozdobnych typu terofit, jednorocznych lub dwuletnich, które przechodzą cały swój cykl rozwojowy w czasie jednego sezonu, a później giną, co przesądza o ich sezonowości. J.W. zaznaczył, że wysadzone rośliny w ramach przedstawionego w kategorii doświadczenia projektu to rośliny wieloletnie – byliny, a także krzewy i trawy ozdobne. Są to nasadzenia stałe, wieloletnie, a nie rośliny sezonowe. Zamówienie to nie potwierdza więc, że wykonawca Ogrodnictwo Niewiara dysponuje doświadczeniem w zakresie wysadzenia i pielęgnacji roślin sezonowych, gdyż takie rośliny nie występują w zadaniu „Kwiaty na Alei Kwiatów”. Zdaniem Odwołującego wybrany wykonawca nie posiada zatem wymaganego doświadczenia w zakresie sadzenia i pielęgnacji roślin sezonowych, a jedynie w zakresie wysadzenia bylin, krzewów i traw. J.W. podniósł, że zakres wykonanych prac poza dokumentacją z postępowania pn. „Kwiaty na Alei Kwiatów”, potwierdzają nawet artykuły prasowe, w których Gmina prezentowała nowe nasadzenia opisując realizację poprzez wysadzenie krzewów ozdobnych – 160 szt., bylin i traw. Nie wysadzano tam roślin sezonowych, jednorocznych, dwurocznych, które są wysadzane w ramach nasadzeń sezonowych i zmieniane cyklicznie na tego typu rabatach. Nadto Odwołujący podkreślił, że przedmiot zamówienia odnosi się do kwietników i nasadzeń kwiatowych – OPZ, pkt 12, co uzasadnia żądanie doświadczenia w pracach polegających na sadzeniu i pielęgnacji kwietników. W konsekwencji powyższego – w ocenie Jacka Wieczorka – realizacja wskazana przez wykonawcę Ogrodnictwo Niewiara nie spełnia postawionego przez Zamawiającego warunku. Odwołujący wskazał również, że K.K. już raz uzupełniał wykaz na wezwanie Gminy skierowane na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, co powoduje, że Zamawiający obecnie musi odrzucić ofertę tego wykonawcy, bowiem nie ma możliwości kolejnego wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w zakresie warunku z Rozdziału 20 pkt 3.4.1 SWZ.

Ponadto J.W. podniósł, że w Rozdziale 20 w pkt 3.4.2 SWZ Zamawiający wskazał, iż wymaga, aby wykonawca

dysponował osobą na stanowisku kierownika prac oraz dwoma osobami na stanowisku ogrodnika – tj. łącznie zespół 3 osób. Odwołujący zaznaczył, że Gmina w żadnym miejscu SWZ nie wskazała, iż dopuszcza łączenie wyżej wymienionych funkcji, tj. że osoba będąca kierownikiem prac może być jednocześnie ogrodnikiem. Mimo to, wykonawca składając wykaz osób w dniu 12 marca 2024 r. wskazał tylko dwie osoby do realizacji zamówienia, bowiem Pan K.K. został wskazany zarówno na kierownika prac, jak i na ogrodnika, co – w ocenie Odwołującego – jest sprzeczne z wymaganiami Zamawiającego. J.W. wskazał również, że w wykazie wykonawca Ogrodnictwo Niewiara nie zamieścił informacji na temat doświadczenia posiadanego przez Pana K.K., mimo że warunek wprost odnosi się do wymaganego poziomu doświadczenia (min. 3 lata jako kierownik prac oraz min. 2 lata jako ogrodnik). Z uwagi na to, że wyżej wymieniony wykonawca zaniechał podania takiej informacji w odniesieniu do Pana K.K., Gmina pismem z dnia 13 marca 2024 r. wezwwała wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie tego „ile lat doświadczenia zawodowego na stanowisku Ogrrodnika posiada Pan K.K.?”. Odwołujący podkreślił, że wobec tego, iż na wezwanie Gminy K.K. w dniu 15 marca 2024 r. przedłożył nowy wykaz, w którym ponownie wskazał dwie osoby, a nie – jak wymagano w warunku – trzy osoby do realizacji zamówienia – aktualnie wykonawca nie może po raz kolejny zostać wezwany do uzupełnienia dokumentów, bowiem już raz miał taką możliwość i złożył wykaz w nieprawidłowym kształcie.

Z uwagi na powyższe – zdaniem Jacka Wieczorka – stwierdzić należy, że wykonawca Ogrodnictwo Niewiara poprzez skierowanie do realizacji zamówienia dwóch, a nie trzech osób nie wykazał spełniania warunku opisanego w Rozdziale 20 w pkt 3.4.2 SWZ, nie określił również wymaganego doświadczenia jakie posiada Pan K.K. w zakresie kierowania pracami, a nie należy tego utożsamiać z pracą zawodową, która mogła być wykonywana na innych stanowiskach niekoniecznie kierowniczych.

W złożonej pismem z dnia 2 kwietnia 2024 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, a także przedłożone dowody, ustaliła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba ustaliła, że w terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp żaden wykonawca nie zgłosił swojego przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp) z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§ 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą).

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Zgodnie z Rozdziałem 4 ust. 2 SWZ przedmiotem zamówienia jest usługa obejmująca swym zakresem bieżące utrzymanie i pielęgnację zieleni niskiej wraz z konserwacją infrastruktury w Parku Miejskim przy ul. Kardynała Wyszyńskiego w Tarnowskich Górach. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawierają następujące załączniki do SWZ: Kalkulacja cenowa (przedmiar prac) – załącznik nr 1a do SWZ, Opis przedmiotu zamówienia – załącznik nr 8 do SWZ oraz Wzór umowy – załącznik nr 9 do SWZ.

W myśl postanowienia Rozdziału 17 ust. 1 SWZ „Ofertę należy sporządzić na formularzu oferty lub według takiego samego schematu, stanowiącego załącznik nr 1 do SWZ”.

Stosownie do brzmienia postanowień Rozdziału 20 ust. 3 pkt 3.4.1 i pkt 3.4.2 SWZ:

„(…)

3.4.1 Wykonawca musi wykazać, iż w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał lub wykonuje: co najmniej jedną usługę obejmującą swym zakresem:

- sadzenie i pielęgnację roślin sezonowych i bylin – min. 100 m²,
- koszenie nawierzchni trawiastych – min 5 ha,
- pielęgnację krzewów – min. 100 sztuk.

Uwagi:

1) Powyższe zakresy mogą być wykonane (wykonywane) w ramach jednego zamówienia bądź kilku.

2) Wykonawca, który w celu potwierdzenia warunku, o którym mowa powyżej, będzie się legitymował wiedzą i doświadczeniem nabytym w ramach wspólnej realizacji umów z innymi wykonawcami (konsorcjum) zobowiązany jest

wykazać zakres usługi, w wykonaniu którego faktycznie uczestniczył, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych, w których wykonywaniu bezpośrednio uczestniczył lub uczestniczy.

3) Zamawiający nie określa szczególnego sposobu spełniania określonego wyżej warunku przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (brak skorzystania z dyspozycji zawartej w art. 117 ust. 1 ustawy).

3.4.2 Wykonawca musi wykazać dysponowanie (dysponuje lub będzie dysponował) osobą/osobami zdolną/zdolnymi do wykonania zamówienia:

1) 1 osobą (kierownikiem prac) - posiadającym wykształcenie min. średnie ogrodnicze lub kształtowania terenów zielonych (architektura krajobrazu) lub leśne oraz min. 3 lata doświadczenia zawodowego na stanowisku kierownika,

2) 2 osobami (ogrodnikami) – posiadającymi wykształcenie min. średnie ogrodnicze lub kształtowania terenów zielonych (architektura krajobrazu) lub rolnicze lub leśne oraz każdy min. 2 lata doświadczenia zawodowego na stanowisku ogrodnika.

Uwaga: Zamawiający nie określa szczególnego sposobu spełniania określonego wyżej warunku przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (brak skorzystania z dyspozycji zawartej w art. 117 ust. 1 ustawy).

(...).

Zgodnie z Rozdziałem 29 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp:

„Przy wyborze oferty najkorzystniejszej, Zamawiający będzie się kierował następującymi kryteriami:

(...)

3) Zwiększenie jakości realizacji zamówienia poprzez podniesienie kwalifikacji Kierownika prac (K3) – maksymalnie 10,00 pkt (waga kryterium wyrażona w punktach).

W niniejszym kryterium Zamawiający przyzna 10 punktów Wykonawcy, który w celu podniesienia jakości realizacji zamówienia zadeklaruje, że Kierownik prac, o którym mowa w pkt 3.4.2 rozdz. 20 SWZ, posiada kierunkowe wykształcenie tj. min. średnie ogrodnicze lub kształtowania terenów zielonych (architektura krajobrazu) wraz z min. 3-letnim doświadczeniem zawodowym na stanowisku kierownika oraz posiada kurs inspektorów nadzoru w terenach zieleni lub kurs gospodarzy terenów zieleni zorganizowanych przez SITO NOT, Ogólnopolskie Stowarzyszenie Twórców Ogrodów lub równoważne.

Uwaga – Powyższa deklaracja Wykonawcy wobec Kierownika prac musi znaleźć odzwierciedlenie w wykazie osób, o którym mowa w rozdziale 20 ust. 4 pkt 4.2 lit. b SWZ, składanym na potwierdzenie spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu (w przypadku deklaracji wobec Kierownika prac to wówczas ta sama osoba musi być wskazana na formularz oferty i w wykazie osób).

W przypadku braku zadeklarowania przez Wykonawcę podniesienia kwalifikacji dla Kierownika prac według powyższego wskazania Wykonawca otrzyma 0 pkt w niniejszym kryterium”.

Wykonawcy w Formularzu oferty stanowiącym załącznik nr 1 do SWZ mieli podać imię i nazwisko osoby „która(-y) pełnić będzie funkcję Kierownika prac posiada wykształcenie kierunkowe min. średnie ogrodnicze lub kształtowania terenów zielonych (architektura krajobrazu) oraz ma min. 3-letnie doświadczenie zawodowe na stanowisku Kierownika prac, a także posiada kurs inspektorów nadzoru w terenach zieleni lub kurs gospodarzy terenów zieleni zorganizowanych przez SITO NOT, Ogólnopolskie Stowarzyszenie Twórców Ogrodów lub równoważne”.

Odwołujący w ofercie złożył oświadczenie następującej treści: „K3 - Oświadczam/my, że Pan/Pani W.H., K.M. (imię i nazwisko) - która(-y) pełnić będzie funkcję Kierownika prac posiada wykształcenie kierunkowe min. średnie ogrodnicze lub kształtowania terenów zielonych (architektura krajobrazu) oraz ma min. 3-letnie doświadczenie zawodowe na stanowisku Kierownika prac, a także posiada kurs inspektorów nadzoru w terenach zieleni lub kurs gospodarzy terenów zieleni zorganizowanych przez SITO NOT, Ogólnopolskie Stowarzyszenie Twórców Ogrodów lub równoważne”.

Dodatkowo J.W. z własnej inicjatywy wraz z ofertą złożył pismo pn. „Informacja o kierownikach robót”, w którego treści wskazał, co następuje:

„Niniejszym informuję, że do realizacji zamówienia pn. „Bieżące utrzymanie i pielęgnacja zieleni niskiej wraz z konserwacją infrastruktury w Parku Miejskim przy ul. Kardynała Wyszyńskiego w Tarnowskich Górach” (znak sprawy: BZP.271.2.2024) dla zapewnienia Zamawiającemu odpowiedniej jakości i fachowości realizowanych prac zamierzam przeznaczyć dwóch kierowników robót, którzy będą wspólnie uczestniczyć w przedmiotowym postępowaniu. I tak kierownikiem robót będzie:

- Pan W.H. posiadający wykształcenie wyższe ogrodnicze,

- Pan K.M. posiadający wykształcenie średnie, posiadający kurs III-go st. NOT dla inspektorów nadzoru prac w zieleni na terenach zurbanizowanych zorganizowany przez Naczelną Organizację Techniczną (SITO NOT) oraz kurs gospodarzy terenów zieleni, a także posiadający 35-letnie doświadczenie w koordynowaniu prac, w tym m.in. doświadczenie zawodowe na stanowisku kierownika na obiekcie, którego dotyczy postępowanie przetargowe”.

Zamawiający w celu prawidłowego przyznania (lub nie) odpowiednich punktów w ofercie Odwołującego skierował do Jacka Wieczorka pismo z dnia 1 marca 2024 r. pn. „Wezwanie do złożenia wyjaśnień” o następującej treści:

„(...) Wykonawca w ust. 1 Formularza oferty w kryterium K3 oświadczył, że zarówno Pan W.H., jak i Pan K.M., którzy będą pełnić funkcję Kierownika prac posiadają wykształcenie kierunkowe min. średnie ogrodnicze lub kształtowania terenów zielonych (architektura krajobrazu) oraz mają min. 3-letnie doświadczenie zawodowe na stanowisku Kierownika prac, a także posiadają kurs inspektorów nadzoru w terenach zieleni lub kurs gospodarzy terenów zieleni zorganizowanych przez SITO NOT, Ogólnopolskie Stowarzyszenie Twórców Ogrodów lub równoważne.

Natomiast zgodnie z załączonym do oferty dodatkowym dokumentem pn. „Informacja o kierownikach robót” Wykonawca oświadczył, że Pan W.H. posiada wykształcenie wyższe ogrodnicze, natomiast Pan K.M. posiada wykształcenie średnie, kurs III-go st. NOT dla inspektorów nadzoru prac w zieleni na terenach zurbanizowanych zorganizowany przez Naczelną Organizację Techniczną (SITO NOT) oraz kurs gospodarzy terenów zieleni, a także 35-letnie doświadczenie w koordynowaniu prac, w tym m.in. doświadczenie zawodowe na stanowisku kierownika na obiekcie, którego dotyczy postępowanie przetargowe. Tak złożone oświadczenia Wykonawcy są sprzeczne ze sobą pod kątem możliwości przyznania punktów w kryterium K3.

Aby przyznać w kryterium oceny (K3) dodatkowe punkty, Zamawiający musi ustalić, która osoba wskazana powyżej spełnia wymagania określone w ust. 1 pkt 3) Rozdziału 29 SWZ. Oczywiście Wykonawca ma prawo przewidzieć do realizacji tylu kierowników ile chce (tego Zamawiający nie neguje) natomiast tylko jeden z nich, który jednocześnie: ma wykształcenie tj. min. średnie ogrodnicze lub kształtowania terenów zielonych (architektura krajobrazu) i ma 3-letnie doświadczenie i ma odpowiedni kurs będzie dodatkowo punktowany w kryterium K3.

W związku z powyższym Zamawiający wzywa Wykonawcę do złożenia wyjaśnień i odpowiedzi na poniższe pytania:

1. Czy Pan W.H. posiada wymagane min. 3-letnie doświadczenie zawodowe na stanowisku kierownika oraz posiada kurs inspektorów nadzoru w terenach zieleni lub kurs gospodarzy terenów zieleni zorganizowanych przez SITO NOT, Ogólnopolskie Stowarzyszenie Twórców Ogrodów lub równoważne?
2. Czy Pan K.M. posiada wymagane wykształcenie średnie ogrodnicze lub kształtowania terenów zielonych (architektura krajobrazu)?”.

Pismem z dnia 5 marca 2024 r. J.W. udzielił wyjaśnień, w których wskazał m.in.:

„(...) Pan W.H. posiada wykształcenie zawodowe i tytuł wykwalifikowanego ogrodnika, które uzyskał w Zespole Szkół Rolniczych w Pszczynie. Następnie uzupełnił swoje

wykształcenie w Zespole Szkół Rolniczych w Pszczynie, gdzie uzyskał wykształcenie średnie

i tytuł technika ogrodnika o specjalności m.in. kwaciarstwo i szkółkarstwo. W następnych latach podniósł swoje kwalifikacje poprzez wykształcenie wyższe ogrodnicze, co potwierdza dyplom wystawiony przez Akademię Rolniczą im. Hugona Kołłątaja w Krakowie. Posiadane wykształcenie i tytuł magistra inżyniera jest gwarancją kwalifikacji ogrodniczych.

(...) Wykształcenie wyższe prosimy traktować jako „równoważne” do innych oczekiwanych przez Państwa kwalifikacji zdobytych na kursach zawodowych. Na takie rozwiązanie pozwala zapis Rozdziału 29 pkt 1 ppkt 3) SWZ, w którym dopuszczono rozwiązania równoważne do kompetencji zdobytych na kursach zawodowych. (...) W naszej ocenie zapewniamy Państwu pracownika do funkcji kierownika, który posiada kwalifikacje ogrodnika, technika ogrodnika plus wykształcenie inżyniera ogrodnika, wyższego stopnia, co spełnia postawione wymagania biorąc pod uwagę równorzędność tego wykształcenia do 60-godzinnego kursu. (...) Pan K.M., który został wskazany posiada wykształcenie średnie, a także szereg kursów zawodowych i co ważne 35-letnie doświadczenie. Nie posiada on wykształcenia kierunkowego, ale wykształcenie takie nie jest wymagane do nadzoru prac. Wieloletnia praktyka, a także kursy w tym inspektora nadzoru w terenach zieleni uprawnia Pana K.M. do objęcia funkcji kierownika robót (...). (...) Wykształcenie średnie plus kursy zawodowe i 35-letnie doświadczenie w naszej ocenie jest równoważne z wykształceniem zawodowym popartym kursem”.

W odpowiedzi na wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych wykonawca Ogrodnictwo Niewiara przedstawił:

- 1) „Wykaz wykonanych/wykonywanych usług” – załącznik nr 5 do SWZ, w którym wskazał następujące realizacje:

- „Koszenie trawy, cięcie i formowanie żywopłotów” – usługa zrealizowana na rzecz UM Tarnowskie Góry,
- „Pielęgnacja różanek, cięcie krzewów róż” – usługa zrealizowana na rzecz Parku Śląskiego S.A.;

- 2) „Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia” – załącznik nr 6 do SWZ, w którym wskazał: Pana K.K. (właściciela firmy) zarówno na stanowisko kierownika prac jak i ogrodnika oraz Pana Kazimierza Kowala (pełnomocnika firmy) z 50-letnim doświadczeniem – na stanowisko ogrodnika.

Kolejno w dniu 13 marca 2024 r. Zamawiający skierował do wykonawcy Ogrodnictwo Niewiara wezwanie do uzupełnienia i wyjaśnienia dokumentów, w którym wskazał m.in.:

- „(...) Wykonawca w złożonym wykazie usług (zał. 5 do SWZ) nie wykazał doświadczenia w zakresie sadzenia i pielęgnacji roślin sezonowych i bylin – min. 100 m². Powyższy zakres nie wynika również z załączonych referencji do wykazanych usług na rzecz Urzędu Miejskiego w Tarnowskich Górach oraz Parku Śląskiego S.A. W związku z powyższym Zamawiający wzywa Wykonawcę do uzupełnienia wykazu usług (zał. 5 do SWZ)

zawierającego potwierdzenie posiadania doświadczenia Wykonawcy w zakresie usług sadzenia i pielęgnacji roślin sezonowych i bylin – min. 100 m² wraz z dowodem (np. referencją) określającym, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie”.

- „(...) Zamawiający wzywa Wykonawcę do złożenia wyjaśnień ile lat doświadczenia zawodowego na stanowisku Ogrodnika posiada Pan K.K. (...)”.

W odpowiedzi na rzeczzone wezwanie 15 marca 2024 r. wykonawca Ogrodnictwo Niewiara przedłożył ponownie:

- 1) „Wykaz wykonanych/wykonywanych usług” – załącznik nr 5 do SWZ, w którym powołał się na dodatkową (trzecią) realizację pn. „Kwiaty na Alei Kwiatów” wykonaną na rzecz UM Tarnowskie Góry;
- 2) „Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia” – załącznik nr 6 do SWZ, w którym w odniesieniu do Pana K.K. wskazał 25-letnie doświadczenie na stanowisku ogrodnika.

Pismem z dnia 15 marca 2024 r. Zamawiający poinformował wykonawców, którzy złożyli oferty w Postępowaniu o wyborze oferty najkorzystniejszej wykonawcy K.K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Ogrodnictwo Niewiara K.K. z siedzibą w Będzinie.

Biorąc pod uwagę poczynione ustalenia Izba zważyła, co następuje:

Odwwołanie zasługiwało na uwzględnienie odnośnie zarzutu oznaczonego lit. b) w petitum odwołania, natomiast w pozostałym zakresie podlegało oddaleniu.

Zgodnie z art. 16 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty i proporcjonalny.

W myśl art. 17 ust. 2 ustawy Pzp „Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy”.

Stosownie do brzmienia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: 2) została złożona przez wykonawcę: (...) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, lub (...)”.

Art. 239 ustawy Pzp stanowi:

„1. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

2. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem”.

Przechodząc do rozpoznawania zarzutów odwołania w pierwszej kolejności należy wskazać, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie w zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Ogrodnictwo Niewiara z uwagi na to, że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale 20 pkt 3.4.1 SWZ w ramach części warunku dotyczącej sadzenia i pielęgnacji roślin sezonowych – min. 100 m². W tym miejscu należy wskazać, że zgodnie z Rozdziałem 20 pkt 3.4.1 tiret pierwsze SWZ wykonawca miał wykazać, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał lub wykonuje co najmniej jedną usługę obejmującą swym zakresem sadzenie i pielęgnację zarówno roślin sezonowych jak i bylin – min. 100 m², co wynika z literalnego brzmienia przywołanego postanowienia SWZ – zastosowania przez Zamawiającego spójnika współrzędnego łącznego „i”. Zdaniem Izby potwierdziły się twierdzenia Jacka Wieczorka zawarte w odwołaniu, iż w ramach wskazanego przez K.K. w wykazie usług zamówienia pn. „Kwiaty na Alei Kwiatów” wyżej wymieniony wykonawca nie wykazał, iż nabył doświadczenie w zakresie sadzenia i pielęgnacji roślin sezonowych. Izba wskazuje, że przy uwzględnieniu przedmiotowego zarzutu niebagatelne znaczenie miała treść oświadczenia Gminy zawartego w odpowiedzi na odwołanie, zgodnie z którym „w związku z faktem, iż zakres prac, technika sadzenia roślin sezonowych i roślin bylinowych jest taka sama, Zamawiający przyjął, że wymaganie zawarte w SWZ zostało spełnione”. Tym samym Gmina przyznała, że interpretuje warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale 20 pkt 3.4.1 SWZ w taki sposób jakby w jego treści znajdował się spójnik współrzędny rozłączny „lub” a nie spójnik współrzędny łączny „i”, co stanowi niedopuszczalną zmianę warunku udziału w postępowaniu wobec jednoznacznej treści wyżej wymienionego postanowienia SWZ. Na obecnym etapie postępowania jakkolwiek zmiana warunku udziału w postępowaniu jest kategorycznie zabroniona, a za taką zmianę należałoby uznać dokonanie wykładni warunku pozostającej w sprzeczności z literalnym brzmieniem postanowienia SWZ. Podkreślenia wymaga, że w takim przypadku dochodzi do naruszenia podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych tj. zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Dotyczy to nie tylko wykonawców biorących udział w Postępowaniu, ale także tych, którzy nie wzięli udziału w Postępowaniu kierując się jednoznacznymi postanowieniami SWZ w zakresie ustalonych przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 stycznia 2020 r. o sygn. akt KIO 37/20). W ocenie składu orzekającego, treść warunku opisanego w Rozdziale 20 pkt 3.4.1 SWZ, mając na uwadze jego literalne brzmienie, nie pozwalała na dokonanie interpretacji, jakiej dokonała Gmina w toku prowadzonego

Postępowania. Przypomnieć w tym miejscu należy, że Zamawiający dokonując oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu ma obowiązek kierować się wyłącznie brzmieniem SWZ. Izba w pełni podziela wyrażany w orzecznictwie pogląd, iż „(...) postanowienia dotyczące warunku udziału w postępowaniu oraz wymaganych dokumentów potwierdzających spełnienie warunków należy interpretować zgodnie z wykładnią gramatyczną. Tak więc wymagania, które określa Zamawiający wynikają wprost z literalnego brzmienia ogłoszenia i SIWZ (porównaj: wyrok Sadu Okręgowego w Warszawie z dnia 7 października 2008 roku sygn. akt XXIII Ga 446/08). Ocena spełnienia wymagań winna zostać dokonana w oparciu o literalne brzmienie ukształtowanych przez Zamawiającego wymagań co zapobiega jakiegokolwiek uznaniowości na etapie oceny wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Nie jest więc dopuszczona rozszerzająca, niewyartykułowana interpretacja opisu warunku udziału w postępowaniu oraz dokonana w oparciu o nią ocena spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Należy odrzucić interpretacje oparte na intencjach, dorozumianym znaczeniu w obliczu danej sprawy o udzielenie zamówienia publicznego (...)” (tak: Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 28 sierpnia 2018 r. o sygn. akt KIO 1612/18). Zdaniem Izby powyższa teza pozostaje nadal aktualna na gruncie obowiązującej ustawy Pzp. Gmina w odpowiedzi na odwołanie potwierdziła wyłącznie, że wykonawca Ogrodnictwo Niewiara dokonał nasadzeń roślin bylinowych na wymaganej powierzchni 100 m². Zamawiający w żadnym miejscu przedmiotowego pisma nie odniósł się wprost do roślin sezonowych, jak również nie przedstawił żadnego dowodu, z którego wynikałoby w sposób jednoznaczny, że wykonawca Ogrodnictwo Niewiara na inwestycji pn. „Kwiaty na Alei Kwiatów” posadził i pielęgnował również rośliny sezonowe. Gmina skoncentrowała się jedynie na nieudanej próbie wykazania, że pielęgnacja zarówno roślin sezonowych jak i bylinowych po ich posadzeniu jest taka sama. Nie można jednak uznać za Zamawiającym, że sposób pielęgnacji roślin sezonowych i wieloletnich obejmuje wyłącznie tożsame czynności. Powyższe zostało wykazane przez Odwołującego w toku postępowania odwoławczego (dowód w postaci wyciągu z Katalogu Nakładów Rzeczowych Nr 2-21). W tym miejscu koniecznym jest przypomnienie, że zgodnie z art. 534 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie odwoławcze toczące się przed Krajową Izbą Odwoławczą ma charakter kontrydiktoryjny, co oznacza, że strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Z kolei w myśl art. 535 ustawy Pzp dowody na poparcie swoich twierdzeń bądź odparcie twierdzeń strony przeciwnej, strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Ciężar dowodu rozumieć należy jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania Krajowej Izby Odwoławczej za pomocą dowodów o słuszności swoich twierdzeń oraz konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku lub jego nieskuteczności. Postępowanie przed Izbą toczy się kontrydiktoryjnie, a w postępowaniu o charakterze spornym to strony obowiązane są przedstawiać dowody, natomiast organ orzekający nie ma obowiązku zastępowania stron w jego wypełnianiu (tak: Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 25 października 2021 r. o sygn. akt KIO 2857/21; por. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 7 listopada 2007 r. o sygn. akt II CSK 293/07 oraz z dnia 16 grudnia 1997 r. o sygn. akt II UKN 406/97). W niniejszym postępowaniu odwoławczym J.W. przedstawił stosowną argumentację oraz dowody, które nie zostały obalone przez Zamawiającego, w tym w szczególności artykuł prasowy, który złożono na okoliczność wykazania, że na inwestycji pn. „Kwiaty na Alei Kwiatów” były sadzone wyłącznie byliny, a nie rośliny sezonowe zgodnie z wymaganiem Gminy. Z treści rzeczzonego artykułu wynika, że na inwestycji przywołanej przez wykonawcę Ogrodnictwo Niewiara zostało posadzonych 670 sztuk roślin ozdobnych, w tym: krzewy ozdobne, byliny i trawy – wszystkie wskazane w wyżej wymienionym artykule to rośliny wieloletnie. Przedmiotowy dowód potwierdza zatem tezę odwołania, zgodnie z którą wybrany wykonawca nie posiada wymaganego doświadczenia w zakresie sadzenia i pielęgnacji roślin sezonowych, a jedynie w zakresie wysadzenia bylin, krzewów i traw. Biorąc pod uwagę przebieg niniejszego postępowania odwoławczego, w tym m.in. fakt, że Gmina nie stawiała się na wyznaczonym terminie posiedzenia z udziałem stron, a zatem dobrowolnie zrezygnowała z uprawnień do reprezentowania swoich interesów jak również okoliczność przyznania przez Zamawiającego w treści odpowiedzi na odwołanie, że wykonawca K.K. dokonał wyłącznie nasadzeń roślin bylinowych na wymaganej powierzchni 100 m², Izba uznała, że Odwołujący w sposób wystarczający wykazał i uzasadnił okoliczności, które czyni podstawą postawionego zarzutu zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Ogrodnictwo Niewiara na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp z uwagi na to, że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale 20 pkt 3.4.1 SWZ w ramach części warunku dotyczącej sadzenia i pielęgnacji roślin sezonowych – min. 100 m².

Odnosząc się z kolei do zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty K.K. ze względu na to, że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale 20 pkt 3.4.2 SWZ w zakresie dysponowania min. 1 osobą (kierownikiem prac) oraz 2 osobami (ogrodnikami), Izba wskazuje, że podlegał on oddaleniu. Nie sposób bowiem zgodzić się z argumentacją przedstawioną przez Jacka Wieczorka w treści odwołania, zgodnie z którą wykonawca Ogrodnictwo Niewiara poprzez skierowanie do realizacji zamówienia dwóch, a nie trzech osób nie wykazał spełniania warunku opisanego w Rozdziale 20 pkt 3.4.2 SWZ. Skład orzekający w tej sprawie podzielił stanowisko Zamawiającego zawarte w odpowiedzi na odwołanie, iż w

treści SWZ brak jest zakazu łączenia funkcji kierownika prac oraz funkcji ogrodnika, a zatem postanowienie to powinno być interpretowane na korzyść wykonawcy. W ocenie Izby mając na uwadze brzmienie omawianego warunku udziału w postępowaniu nie można bezsprzecznie stwierdzić, że Gmina wymagała od wykonawcy dysponowania zespołem składającym się łącznie z 3 osób i nie dopuściła łączenia wyżej wymienionych funkcji tj. że osoba będąca kierownikiem prac nie może być jednocześnie ogrodnikiem. Tym samym nawet gdyby uznać, że zapisy SWZ w wyżej wymienionym zakresie są niejednoznaczne i dopuszczalna jest interpretacja prezentowana przez Odwołującego to należy pamiętać, że wszelkie niejasności w treści dokumentów zamówienia sporządzonych przez Zamawiającego powinny być tłumaczone na korzyść wykonawców i nie mogą one powodować dla nich negatywnych skutków (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 września 2022 r. o sygn. akt KIO 2249/22, KIO 2250/22). Należy zauważyć, że postulat wykładni niejasnych postanowień SWZ na korzyść wykonawcy wynika z zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, o których mowa w art. 16 pkt 1 ustawy Pzp. Ponadto Izba dostrzega, że faktycznie w „Wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia” złożonym w odpowiedzi na wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych z dnia 5 marca 2024 r. wykonawca Ogrodnictwo Niewiara nie wskazał lat doświadczenia Pana K.K. zarówno na stanowisku kierownika prac jak i ogrodnika, a pomimo to Zamawiający w piśmie z dnia 13 marca 2024 r. poprosił wyżej wymienionego wykonawcę o doprecyzowanie wyłączenie lat doświadczenia na stanowisku ogrodnika z pominięciem doświadczenia na drugim stanowisku. W tym miejscu wymaga podkreślenia, że okoliczność braku podania w „Wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia” wymaganych w treści warunku udziału w postępowaniu informacji w zakresie doświadczenia zawodowego na stanowisku kierownika prac mogłaby stanowić podstawę wezwania do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż Zamawiający dotychczas nie żądał uzupełnienia dokumentu z uwagi na tę nieprawidłowość. Odwołujący nie postawił jednak takiego zarzutu w odwołaniu, natomiast Izba zgodnie z dyspozycją przepisu art. 555 ustawy Pzp może orzekać wyłącznie w zakresie zarzutów zawartych w odwołaniu. To na wykonawcy, będącym profesjonalistą, spoczywa ciężar przedstawienia w treści odwołania jasnych i szczegółowych zarzutów zbudowanych z dwóch warstw, tj. prawnej i faktycznej, które wyznaczają granice rozstrzygnięcia Izby. Skład orzekający uprawniony jest do oceny prawidłowości zachowania Zamawiającego (podjętych lub zaniechanych czynności) jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu dla uzasadnienia jego wniesienia okoliczności faktycznych i prawnych. Mają one decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu (por.: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 sierpnia 2022 r. o sygn. akt: KIO 1889/22, KIO 1891/22, KIO 1904/22 oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 czerwca 2020 r. o sygn. akt: KIO 401/20, KIO 403/20). Niezależnie od powyższego Izba uznała za przekonujące stanowisko Gminy zawarte w odpowiedzi na odwołanie, zgodnie z którym Zamawiający nie skierował do wykonawcy Ogrodnictwo Niewiara wezwania w zakresie ilości lat doświadczenia Pana K.K. na stanowisku kierownika prac, ponieważ informację taką wyżej wymieniony wykonawca złożył w Formularzu oferty w oświadczeniu odnoszącym się do pozacenowego kryterium oceny ofert „Zwiększenie jakości realizacji zamówienia poprzez podniesienie kwalifikacji Kierownika prac (K3)”. Należy zauważyć, że dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale 20 pkt 3.4.2 SWZ konieczne było, aby osoba wskazana do pełnienia funkcji kierownika prac posiadała min. 3-letnie doświadczenie na takim stanowisku. Z kolei w Formularzu oferty w zakresie przywołanego kryterium oceny ofert wykonawca Ogrodnictwo Niewiara oświadczył, że Pan K.K. posiada min. 3-letnie doświadczenie zawodowe na stanowisku kierownika. Co również istotne, zgodnie z postanowieniem Rozdziału 29 ust. 1 pkt 3) SWZ powyższa deklaracja wykonawcy wobec kierownika prac musi znaleźć odzwierciedlenie w wykazie osób, o którym mowa w Rozdziale 20 ust. 4 pkt 4.2. lit. b) SWZ, składanym na potwierdzenie spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. Innymi słowy w przypadku deklaracji wobec kierownika prac, ta sama osoba musi być wskazana w Formularzu oferty w zakresie pozacenowego kryterium oceny ofert oraz w wykazie osób. Mając na uwadze powyższe okoliczności Izba przyznała rację Gminie, że wobec tego, iż dysponowała ona informacją odnośnie wymaganego minimalnego doświadczenia zawodowego Pana K.K. na stanowisku kierownika prac, dalsze wyjaśnianie tej kwestii prowadziłoby jedynie do nadmiernego formalizmu. Niewątpliwym jest bowiem, że na podstawie oświadczenia zawartego w Formularzu oferty można stwierdzić, że wykonawca Ogrodnictwo Niewiara spełnia warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale 20 pkt 3.4.2 SWZ w zakresie wymaganego doświadczenia zawodowego.

Jeśli chodzi natomiast o zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niezasadne nieprzyznanie Odwołującemu 10 pkt w kryterium „Zwiększenie jakości realizacji zamówienia poprzez podniesienie kwalifikacji Kierownika prac (K3)”, pomimo że J.W. wykazał, że dysponuje osobą (Pan W.H.) spełniającą przedmiotowe kryterium, skład orzekający wskazuje, że argumentacja co do tej kwestii przedstawiona przez Odwołującego w treści odwołania nie dała Izbie podstaw do uznania, że zarzut w tym zakresie potwierdził się. W pierwszej kolejności należy zauważyć, że w treści uzasadnienia rozpoznawanego zarzutu odwołania J.W. przedstawił swoje stanowisko wyłącznie w odniesieniu do Pana Wojciecha Hoszka. Po drugie polemika z decyzją Zamawiającego dotyczyła wyłącznie zagadnienia, czy uprawnienia

posiadane przez Pana Wojciecha Hoszka (magister inżynier) są uprawnieniami równoważnymi do uprawnień zdobytych na kursie inspektora nadzoru w terenach zieleni lub kursie gospodarzy terenów zieleni organizowanych przez SITO NOT, Ogólnopolskie Stowarzyszenie Twórców Ogródów, co – w ocenie Odwołującego – jest jedyną kwestią sporną pomiędzy stronami. Tymczasem – jak podniósł Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie – powodem nieprzyznania ofercie Jacka Wieczorka 10 pkt w pozacenowym kryterium oceny ofert „Zwiększenie jakości realizacji zamówienia poprzez podniesienie kwalifikacji Kierownika prac (K3)” był: 1) brak potwierdzenia, że Pan W.H. posiada min. 3-letnie doświadczenie zawodowe na stanowisku kierownika prac oraz, że posiada kurs inspektorów nadzoru w terenach zieleni lub kurs gospodarzy terenów zieleni; 2) brak potwierdzenia, że Pan K.M. posiada wykształcenie średnie ogrodnicze lub kształtowania terenów zielonych (architektury krajobrazu). Należy zauważyć, że w okolicznościach niniejszej sprawy J.W. oświadczył w Formularzu oferty w zakresie wyżej wymienionego kryterium, że zarówno Pan W.H. jak i Pan K.M. będą pełnić funkcję kierownika prac i spełniają wymagania opisane w rzeczonym kryterium. Dodatkowo Odwołujący przedłożył wraz z ofertą pismo pn. „Informacja o kierownikach robót”, z treści którego wynika, że Pan W.H. posiada wykształcenie wyższe ogrodnicze, natomiast Pan K.M. posiada wykształcenie średnie, kurs III-go st. NOT dla inspektorów nadzoru prac w zieleni na terenach zurbanizowanych zorganizowany przez Naczelną Organizację Techniczną (SITO NOT) oraz kurs gospodarzy terenów zieleni, a także 35-letnie doświadczenie w koordynowaniu prac. Wobec powyższego Gmina zasadnie uznała, że aby przyznać punkty w kryterium „Zwiększenie jakości realizacji zamówienia poprzez podniesienie kwalifikacji Kierownika prac (K3)”, musi ustalić, która osoba podana przez Jacka Wieczorka w Formularzu oferty spełnia wymagania określone w Rozdziale 29 ust. 1 pkt 3) SWZ. Zamawiający wskazał, że wykonawca może przewidzieć do realizacji zamówienia tylu kierowników ile chce, natomiast tylko jeden z nich, który jednocześnie spełnia 3 odrębne wymagania w zakresie: wykształcenia, doświadczenia zawodowego oraz stosownych kursów, będzie dodatkowo punktowany w kryterium K3. Gmina w celu prawidłowego przyznania (lub nie) odpowiednich punktów ofercie Odwołującego wezwwała wykonawcę do złożenia wyjaśnień i odpowiedzi na następujące pytania: „1. Czy Pan W.H. posiada wymagane min. 3-letnie doświadczenie zawodowe na stanowisku kierownika oraz posiada kurs inspektorów nadzoru w terenach zieleni lub kurs gospodarzy terenów zieleni zorganizowanych przez SITO NOT, Ogólnopolskie Stowarzyszenie Twórców Ogródów lub równoważne? 2. Czy Pan K.M. posiada wymagane wykształcenie średnie ogrodnicze lub kształtowania terenów zielonych (architektura krajobrazu)?”. Tymczasem – jak słusznie podniósł Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie – w treści wyjaśnień z dnia 5 marca 2024 r. Odwołujący nie potwierdził, że Pan W.H. ma min. 3-letnie doświadczenie zawodowe na stanowisku kierownika prac, natomiast skoncentrował się – podobnie jak w uzasadnieniu odwołania – wyłącznie na próbie wykazania, że posiadane przez Pana Wojciecha Hoszka wykształcenie wyższe należy traktować jako „równoważne” do innych oczekiwanych przez Gminę kwalifikacji zdobytych na kursach zawodowych. Z kolei w stosunku do Pana Krzysztofa Milczka Odwołujący nie potwierdził, że posiada on wymagane wykształcenie min. średnie ogrodnicze lub kształtowania terenów zielonych (architektura krajobrazu). W tym miejscu należy zwrócić uwagę, że z treści odwołania nie wynika, jakoby J.W. miał jakiegokolwiek wątpliwości dotyczące przyczyn otrzymania w kryterium K3 0 pkt zamiast 10 pkt, a zatem powinien odwołać się od decyzji Gminy w pełnym zakresie przynajmniej w odniesieniu do jednej z osób podanych w Formularzu oferty. Tym samym w związku z tym, że argumentacja zawarta w odwołaniu odnosi się wyłącznie do Pana Wojciecha Hoszka, Odwołujący winien był wykazać, że wyżej wymieniona osoba spełnia łącznie następujące wymagania tj. posiada: wykształcenie min. średnie ogrodnicze lub kształtowania terenów zielonych (architektura krajobrazu), min. 3-letnie doświadczenie zawodowe na stanowisku kierownika prac oraz kurs inspektorów nadzoru w terenach zieleni lub kurs gospodarzy terenów zieleni zorganizowanych przez SITO NOT, Ogólnopolskie Stowarzyszenie Twórców Ogródów lub równoważne, jednak – zdaniem Izby – tego nie uczynił. Po raz kolejny wymaga podkreślenia, że pomimo to, iż J.W. został wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie czasookresu wymaganego doświadczenia zawodowego na stanowisku kierownika prac, wykonawca nie udzielił odpowiedzi na zadane pytanie. W odwołaniu natomiast J.W. w sposób ogólnikowy wskazał, że posiadanie min. 3-letniego doświadczenia zawodowego na wyżej wymienionym stanowisku jest kwestią bezsporną, nie przedstawiając przy tym żadnych jednoznacznych dowodów na potwierdzenie tej tezy. Należy jednak przyjąć, że skoro Gmina wezwwała Odwołującego do udzielenia odpowiedzi na pytanie czy Pan W.H. posiada wymagane min. 3-letnie doświadczenie zawodowe na stanowisku kierownika prac tzn. że spełnienie tej części wymagań nie jest kwestią bezsporną i budziła ona wątpliwości Zamawiającego. Tymczasem J.W., jako profesjonalista, powinien zdawać sobie sprawę z charakteru postępowania przetargowego, w którym uczestniczy, w tym w szczególności z tego, jakie skutki może spowodować brak udzielenia wyjaśnień na wezwanie Zamawiającego. Izba zwróciła uwagę, że Odwołujący z niewiadomych powodów unikał odpowiedzi na pytanie w zakresie doświadczenia zawodowego Pana Wojciecha Hoszka, podczas gdy wraz z wyjaśnieniami z dnia 5 marca 2024 r. przedłożył Zamawiającemu m.in. kopię umowy o pracę Pana Krzysztofa Milczka zatrudnionego na stanowisku kierownika robót. Zdaniem składu orzekającego takie działanie Odwołującego dodatkowo potęguje wątpliwości w zakresie spełnienia wymagania min. 3-letniego doświadczenia zawodowego przez Pana Wojciecha Hoszka. W konsekwencji powyższego – w ocenie Izby – Gmina właściwie uznała, że Odwołujący nie

potwierdził, iż przywołany w Formularzu oferty Pan W.H. posiada min. 3-letnie doświadczenie zawodowe na stanowisku kierownika prac. Ponadto Izba wskazuje, że argumentacja dotycząca tego, czy J.W. prawidłowo wykazał równowagę w zakresie odpowiednich kursów, o których mowa w Rozdziale 29 ust. 1 pkt 3) SWZ, a także przedłożone na tę okoliczność dowody, jest irrelevantna dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy. Powyższe nie ma bowiem wpływu na wynik Postępowania, gdyż wykonawca nie zaskarżył decyzji Zamawiającego w pełnym zakresie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b) 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).

Kosztami postępowania Izba obciążyła Zamawiającego w części 1/3 oraz Odwołującego w części 2/3. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Jacka Wieczorka w wysokości 7 500,00 zł oraz koszty poniesione przez Odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600,00 zł.

Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 3 700,00 zł, na którą składają się koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu: 1/3 wysokości wpisu od odwołania w kwocie 2 500,00 zł oraz 1/3 wysokości kosztów poniesionych tytułem wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w kwocie 1 200,00 zł.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....