

Sygn. akt: KIO 3295/23

WYROK

z dnia 20 listopada 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Danuta Dziubińska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 listopada 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 listopada 2023 r. przez wykonawcę **W.M.** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „**WM**” **W.M.**, 33-318 Gródek nad Dunajcem 107 w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Zieleni Miejskiej** w Krakowie, ul. Reymonta 20, 30-059 Kraków

orzeka:

1. **Uwzględnić odwołanie** i nakazuje Zamawiającemu dokonanie: unieważnienia czynności unieważnienia postępowania, unieważnienia czynności odrzucenia oferty wykonawcy **W.M.** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „**WM**” **W.M.**, powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;
2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Zarządu Zieleni Miejskiej w Krakowie na rzecz Odwołującego – **W.M.** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „**WM**” **W.M.** kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kwoty uiszczzonego wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy).

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 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 3295/23

Uzasadnienie

Zarząd Zieleni Miejskiej w Krakowie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej: „Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Utrzymanie zieleni wysokiej na terenie Gminy Miejskiej Kraków w latach: 2022 - 2025”, z podziałem na zadania odpowiednio w odniesieniu od jednej do siedmiu części zamówienia, dla Zarządu Zieleni Miejskiej w Krakowie, numer referencyjny: NP.26.2.20.22.BT. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2022/S 109-308305.

W dniu 24 października 2023 r. Zamawiający poinformował o unieważnieniu postępowania w zakresie zadania nr 2 oraz o odrzuceniu m.in. oferty wykonawcy **W.M.** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „**WM**” **W.M.** (dalej: „Odwołujący”), który wniósł odwołanie wobec ww. czynności zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) Pzp poprzez nieuprawnione odrzucenie oferty Odwołującego pomimo, iż Odwołujący potwierdził i wykazał (przy pomocy dopuszczalnych przepisami podmiotowych środków dowodowych), że spełnia wszystkie postawione w Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”) warunki udziału w postępowaniu, a w konsekwencji naruszenie
- 2) art. 255 pkt 3 Pzp poprzez błędne unieważnienie postępowania, wskutek ww. uchybienia, w sytuacji, gdy w postępowaniu złożona została oferta, która spełnia warunki udziału w postępowaniu i jest ofertą najkorzystniejszą oraz jej cena mieści się w granicach jakie Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia.

Z uwagi na powyższe, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu dokonania:

- 1) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania;
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
- 3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

W uzasadnieniu Odwołujący podał w szczególności, że Zamawiający w SWZ w pkt 8 ppkt 2.4.1.1 i 2.4.1.3 wskazał: O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące: zdolności technicznej lub zawodowej, tj.: dysponują osobami zdolnymi do realizacji zamówienia, czyli: 2.4.1.1 w częściach 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.), oraz 2.4.1.3 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. Na stronie 11 SWZ w pkt 2.4.1 SWZ in fine Zamawiający wskazał, iż w zakresie warunków dotyczących dysponowania osobami zdolnymi do realizacji zamówienia Ocena spełnienia warunku będzie dokonywana metodą 0-1, tj. nie spełnia/spełnia, w oparciu o oświadczenia Wykonawcy wyrażone w oświadczeniu JEDZ oraz dokumenty i oświadczenia złożone przez Wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego odpowiednio do treści wzoru stanowiącego Załącznik 6 do SWZ. W pkt 9 ppkt 1.5 SWZ zostało określone: Wykaz podmiotowych środków dowodowych, odpowiednio w odniesieniu od jednej do siedmiu części zamówienia. 1. Zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wzywa Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych, tj.: 1.5 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. Przez porównanie wzoru wykazu osób oraz wykazu usług należy stwierdzić, iż do wykazu osób Zamawiający nie wymagał załączenia żadnych dokumentów.

Odwołujący podkreślił, że zgodnie z § 9 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia w celu potwierdzenia spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, zamawiający może, w zależności od charakteru, znaczenia, przeznaczenia lub zakresu robót budowlanych, dostaw lub usług, żądać następujących podmiotowych środków dowodowych: wykazu osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, 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. Z powyższego przepisu wynika, że w zakresie potencjału kadrowego można żądać następujących podmiotowych środków dowodowych, tj. wykazu osób wraz z informacjami (informacjami a nie jakimiś dodatkowymi dowodami, czy też certyfikatami itd.) na temat: kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia, wykształcenia, zakresu wykonywanych czynności, podstawy dysponowania. Wśród katalogu dokumentów dotyczących osób nie znajdują się dokumenty/referencje potwierdzające kwalifikacje, uprawnienia, czy też certyfikaty odnoszące się do cech wykazywanych osób. Wykaz osób jest oświadczeniem, na potwierdzenie którego nie można żądać np. referencji potwierdzających doświadczenie w stosunku do tych osób, inaczej aniżeli w przypadku wykazu usług/dostaw, gdzie możliwość żądania np. referencji wskazana jest wprost w rozporządzeniu. Mając na uwadze powyższe, tj. wymogi określone w SWZ oraz przepisy Pzp należy stwierdzić, iż w oparciu o przepisy zamawiający nie wymagał złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie wymagań dla

dedykowanych osób, tj. potwierdzenia tych faktów przez Wykonawcę dokumentami określającymi zakres obowiązków oraz ich należyte wykonanie (np. świadectwo pracy, referencja, oświadczenie o zatrudnieniu, umowa itp.).

Następnie Odwołujący stwierdził, że na wezwanie z art. 126 ust. 1 Pzp, które co do zasady zostało prawidłowo skonstruowane (bowiem posługiwano się tam nomenklaturą z przepisów, tj. wymagano złożenia podmiotowych środków dowodowych, bez żadnych innych dokumentów potwierdzających doświadczenie tych osób) – Odwołujący złożył wykaz osób, w którym przedstawiono wszystkie wymagane informacje, tym samym wykonawca wykazał się spełnianiem warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej dysponowania osobami zdolnymi do realizacji zamówienia. Ponadto Odwołujący dostarczył dodatkowe dokumenty potwierdzające informacje zawarte w wykazie. Pomimo to 18 stycznia 2023 r. Zamawiający skierował wezwanie w trybie art. 128 ust. 1 i ust. 4 Pzp, w którym wskazał: *że „W przypadku wskazanej osoby nadzorującej lub kierującej pracami, którą będzie Pan W.M. – nie wykazali Państwo dla tej osoby czy posiada doświadczenie (np. świadectwo pracy, referencja, oświadczenie o zatrudnieniu, umowa itp.) 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 – brak podanych co najmniej dwóch usług potwierdzających niezbędne kwalifikacje. Dlatego też, 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 na czyje zlecenie, potwierdzone dokumentami określającymi zakres obowiązków oraz ich należyte wykonanie (np. świadectwo pracy, referencja, oświadczenie o zatrudnieniu, umowa itp.). W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że wezwanie nie ma oparcia w przepisach prawa oraz w SWZ, bowiem Zamawiający nadmiarowo żądał potwierdzenia doświadczenia takimi dokumentami jak świadectwo pracy, referencja, oświadczenie o zatrudnieniu, umowa. Zaś ani przepisy Pzp, ani rozporządzenie nie przewidują takich podmiotowych środków dowodowych których można żądać. Po drugie, treść wezwania jest także nadmiarowa, jeżeli wziąć pod uwagę treść SWZ i wzoru wykazu osób, bowiem w dokumentach zamówienia Zamawiający nie wymagał „wskazania jakie to były prace i na czyje zlecenie, potwierdzone dokumentami określającymi zakres obowiązków oraz ich należyte wykonanie” – takie żądanie/wymaganie wyartykułowane zostało dopiero w wezwaniu do uzupełnień, nie znajduje natomiast oparcia w Dokumentacji Zamówienia. Po trzecie pomimo tego, iż Odwołujący w wykazie osób wskazał, że dedykowana osoba posiada „Ponad 10 lat doświadczenia w nadzorowaniu i kierowaniu pracami dotyczącymi usług utrzymania i pielęgnacji zieleni w tym w zakresie utrzymania i pielęgnacji zieleni wysokiej przy co najmniej dwóch zrealizowanych zamówieniach. Doświadczenie w prowadzeniu co najmniej dwóch nadzorów przyrodniczych tj. ornitologicznych, chiropterologicznych i entomologicznych (...) Kierowanie pracami polegającymi na utrzymaniu zieleni wysokiej na terenie Gminy Miejskiej Kraków oraz nadzorowanie prac (...)” Zamawiający nadal żąda wykazania tego doświadczenia, mimo braku takiego zobowiązania w Dokumentacji Zamówienia i podstaw prawnych do takiego żądania. Przy tak skonstruowanym warunku oraz przygotowanym wzorze wykazu osób, wskazane przez Odwołującego informacje winny być uznane za wystarczające. Analogicznie do tej samej dedykowanej osoby skonstruowane było wezwanie odnośnie osoby przeznaczonej do nadzoru ornitologicznego, chiropterologicznego i entomologicznego. Pan M. został dedykowany do dwóch obszarów (co SWZ dopuszczała). Pomimo tego, iż wezwanie było nieuzasadnione to Odwołujący, aby nie wchodzić w spór na tym etapie, czego Zamawiający może żądać a czego nie, starał się uczynić zadość wezwaniu i 19 stycznia 2023 r. przedłożył jako załącznik do wyjaśnień dokumenty na potwierdzenie posiadanego przez Pana W.M. doświadczenia w nadzorowaniu i kierowaniu pracami w zakresie utrzymania i pielęgnacji zieleni wysokiej oraz prowadzeniu nadzorów ornitologicznych, chiropterologicznych i entomologicznych wraz z potwierdzeniem, że ww. prace zostały wykonane należyście oraz uzupełniony wykaz osób. Ze złożonych dokumentów wynika, że dedykowana osoba posiada doświadczenie w zakresie kierowania pracami oraz prowadzenia nadzoru. Oświadczenie MatPark Sp. z o.o. z dnia 20.01.2023 r. potwierdza należyte wykonywanie usług przez Pana M. przy realizacji konkretnych umów o zakresach wymaganych w warunku. Załączone umowy potwierdzają zaś tożsamy zakres zamówienia (gdzie osobą kierującą pracami i prowadzącą nadzór ornitologiczny był Pan M.) jak w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający jednak nie uznał tych wyjaśnień i uzupełnień, co skutkowało odrzuceniem oferty Odwołującego. Treść podanego w tym zakresie uzasadnienia zarówno co do stanu faktycznego jak i prawnego jest wybiórcza i bardzo subiektywna. Zamawiający odnośnie umowy 7/ET/2020 i 8/ET/2020 podniósł, iż w tej umowie jako kierownik robót i osoby do nadzoru przyrodniczego wskazano Pana M.L., pomimo tego, iż posiadał dowód od Grodzkiej Spółdzielni Mieszkaniowej, w postaci oświadczenia, iż „(...) zarząd (...) potwierdza, że wskazane przez Państwa umowy były realizowane prawidłowo. Nadzór w ramach umów prowadzili panowie W.M. i M.L.”. W dalszej części uzasadnienia Zamawiający sam sobie wyjaśnia, iż Pan M. jednak pełnił nadzór, na który to fakt Zamawiający otrzymał potwierdzenie z Grodzkiej Spółdzielni Mieszkaniowej w Nowym Sączu. Nie zważając na powyższe Zamawiający nadal nie dostrzega wystarczającego doświadczenia osoby dedykowanej i wysnuwa wnioski niemające oparcia w dokumentach, że co prawda Pan M. sprawował nadzór, ale bez rozdziału na nadzór nad umową i nadzór przyrodniczy. Wywody Zamawiającego zawarte w uzasadnieniu odrzucenia, w postaci tego, że „Grodzka Spółdzielnia Mieszkaniowa w Nowym*

Sączu potwierdza, że Pan W.M. sprawował nadzór, bez rozdziału na nadzór nad realizacją umowy i nadzór przyrodniczy, natomiast nie potwierdzono i nie udokumentowano faktu sprawowania nadzoru przyrodniczego. Nie uczynił tego również sam Wykonawca w odpowiedzi na skierowane wezwanie do poprawienia lub uzupełnienia, a tym samym nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu" - osoba dedykowana do nadzoru całą umową - sprawuje zarówno nadzór nad umową jak i nadzór przyrodniczy, który jest nieodzownym elementem takiej usługi. Inaczej – nadzór przyrodniczy (jako węższy) zawiera się w nadzorze nad umową (jako szerszy) rozumianym jako kierowanie realizacji całej umowy o takim przedmiocie zamówienia. Tytułem przykładu Odwołujący wskazał na przedmiot ww. umów np. § 3 ust. umowy nr 7/ET/2020, cyt. „W trakcie wykonywania prac, Wykonawca realizujący przedsięwzięcie, jest obowiązany uwzględnić przepisy prawa, dotyczące ochrony środowiska na obszarze prowadzenia prac, a w szczególności ochronę gatunkową zwierząt, ochronę gleby, zieleni oraz ochronę (...) itd. Z powyższego oraz treści umów jasno wynika, że Pan M. posiada stosowane i wymagane w niniejszym postępowaniu doświadczenie. Z kolei w zakresie umowy nr ZZM/U/1/12/ZZ/88/2020 Zamawiający wskazuje, że w wykazie osób widniał Pan L., pomijając dowód złożony przez Odwołującego wraz z wyjaśnieniami wskazujący, że umowie nastąpiła zmiana osoby dedykowanej. W oświadczeniu tym firma MatPark wskazuje: „W.M. oświadcza, że będzie pełnił funkcję kierownika przy realizacji w/w umowy odnośnie prac prowadzonych na obiektach wpisanych do rejestru zabytków lub zlokalizowanych w układach urbanistycznych wpisanych do rejestru zabytków lub ochroną przyrody”. Dowód: dedykowanie Pana M. do realizacji zamówienia zastępujące Pana L. z dnia 06.03.2020 r. Zamawiający pominął w trakcie badania i oceny doświadczenia Pana W.M. Umowę nr WOŚ/14/2020 z dnia 10.03.2020 r. wskazaną w odpowiedzi na wyjaśnienia, w oświadczeniu firmy MatPark z dnia 20.01.2023 r. Podczas realizacji Umowy nr WOŚ/14/2020 z dnia 10 marca 2020 r. Pan M. realizował stosowny nadzór nad umową i nadzór przyrodniczy, co potwierdza treść umowy oraz referencje i zaświadczenie z UM Zakopane przedłożone wraz z wyjaśnieniami z dnia 20 stycznia 2023 r. Pominięte zostało także oświadczenie Pana M., w zakresie zakresu jego doświadczenia z dnia 15 grudnia 2022 r., które również potwierdza spełnianie warunku oraz stanowi informacje w wymaganym zakresie co do wykazu osób. Dowód: oświadczenie firmy MatPark z dnia 20.01.2023 r. zaświadczenie UM Zakopane z dnia 20.01.2023 r. referencje UM Zakopane z dnia 04.05.2022 r. oświadczenie własne Pana M. z dnia 15.12.2022 r.

Zdaniem Odwołującego przedłożone przez niego wykazy wraz dowodami oraz późniejsze wyjaśnienia i dowody zawierają informacje potwierdzające, że wskazana osoba, tj. Pan W.M. spełnia wszystkie warunki postawione przez Zamawiającego. Z przedłożonych informacji można wyczytać, iż Pan M. posiada wymagane doświadczenie (nie tylko w dwóch zrealizowanych usługach), ale z uwagi na ilość tych usług, długoletnie doświadczenie, stosowne wykształcenie i odbyte kursy daje rękojmię należytego wykonania zamówienia w zakresie, w którym został dedykowany do realizacji zamówienia. Wątpliwości Zamawiającego sprowadzają się do okoliczności, iż skoro Pan W.M. nabył doświadczenie w nadzorze nad całą umową, gdzie do charakteru i przedmiotu takiej umowy należą także usługi obejmujące nadzory przyrodnicze, ornitologiczne itd. to ma doświadczenie tylko w nadzorze nad całą umową, zaś w nadzorze elementem przyrodniczym lub ornitologicznym doświadczenia już nie nabył. Tymczasem, jeżeli w ramach umowy nie wskazano odrębnych osób do sprawowania nadzoru przyrodniczego lub ornitologicznego to nadzór nad całą umową obejmuje również te obszary. Skoro Pan M. samodzielnie nadzorował całe umowy wymagające nadzoru ornitologicznego lub przyrodniczego, to nadzorował je także pod względem ornitologicznym lub przyrodniczym, ponieważ jest to nieodzowny element takiej usługi. W szczególności w przedstawionych w ramach doświadczenia Pana M. umowach nr: 7/ET/2020 i 8/ET/2020 nadzór przyrodniczy zawiera się w nadzorze ogólnym. Zamawiający otrzymał stosowne potwierdzenia i oświadczenia, potwierdzające, że Pan W.M. posiada doświadczenie nie tylko wystarczające, ale nawet przekraczające wymagania postawione przez Zamawiającego w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Zdaniem Odwołującego posiadane przez Zamawiającego dokumenty oraz złożone przez Odwołującego dokumenty i oświadczenia (oświadczenie firmy MatPark z dnia 20.01.2023 r., zaświadczenie UM Zakopane z dnia 20.01.2023 r., referencje UM Zakopane z dnia 04.05.2022 r., oświadczenie własne Pana M. z dnia 15.12.2022 r., dyplom ukończenia studiów magisterskich na kierunku leśnictwo z dnia 04.07.1997 r., świadectwo ukończenia kursu inspektorskiego z dnia 17.03.2000 r., zaświadczenie o ukończeniu kursu konserwatora przyrody z dnia 15.02.1996 r., zaświadczenie o ukończeniu kursu instruktorów drwali i operatorów pilarek z dnia 5.02.1997 r., uprawnienia inspektora nadzoru robót arborystycznych z dnia 12.04.2014 r.) należy poczytywać jako informacje na temat kwalifikacji zawodowych Pana M., jego uprawnień, doświadczenia i wykształcenia, a także zakresu wykonywanych przez niego czynności.

W zakresie dysponowanie pracownikami pielęgnacji i utrzymania zieleni Odwołujący podał, że Zamawiający w SWZ w ppkt 2.4.1.4 wskazał, iż: O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące: zdolności technicznej lub zawodowej, tj.: dysponują osobami zdolnymi do realizacji zamówienia, czyli: 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). Odwołujący w wykazie osób wskazał stosowne osoby (8 osób). I to nawet więcej niż 2 spełniające ww. warunek. Dodatkowo (nadmiarowo) już na tamtym etapie przedłożył szereg dokumentów, certyfikatów itd., z których treści wynika, iż Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu także w tym zakresie. Pomimo tego także i w tym zakresie otrzymał wezwanie do uzupełnień i wyjaśnień, w którym Zamawiający wskazał, iż „W przypadku dwóch pracowników pomocniczych, nie wykazali i nie wskazali Państwo, które to konkretnie osoby oraz czy posiadają 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) - brak potwierdzenia dokumentami określającymi zakres obowiązków oraz ich należyte wykonanie (np. świadectwo pracy, referencja, oświadczenie o zatrudnieniu, umowa itp.), Dlatego też, prosimy o uzupełnienie lub poprawienie i udokumentowanie faktu, iż wykazana konkretne dwie osoby posiadają doświadczenie przy co najmniej dwóch zrealizowanych zamówieniach poprzez wskazanie jakie to były prace i na czyje zlecenie, potwierdzone dokumentami określającymi zakres obowiązków oraz ich należyte wykonanie (np. świadectwo pracy, referencja, oświadczenie o zatrudnieniu, umowa itp.)”.

Odwołujący stwierdził, że do powyższego uzasadnienia zarzutu w części pkt 2.1 i nast. pozostają aktualne twierdzenia dotyczące nieuprawnionego żądania podmiotowych środków dowodowych, których Zamawiający nie przewidział w Dokumentacji Zamówienia, a żądanie takich środków dowodowych nie znajduje oparcia w przepisach Pzp oraz aktów wykonawczych do Pzp. Odwołujący w wyjaśnieniach poinformował, że wszystkie osoby wykazane w wykazie osób posiadają wymagane doświadczenie. Natomiast osobami 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 lub kurs pilarza są: M.S., T.M., A.Ś., K.G., K.W.. W dalszej części wyjaśnień Odwołujący wskazał, że dla pozostałych osób jako załączniki przedkłada: uprawnienia A.Ś. i K.G., oświadczenia firmy LASTECH J.Z. odnośnie M.S. oraz T.M. potwierdzające posiadane doświadczenie przy co najmniej dwóch zrealizowanych zamówieniach, oświadczenie firmy MatPark Sp. z o.o. na potwierdzenie doświadczenia dla w/w osób, oświadczenia K.G. i A.Ś. wraz z referencjami potwierdzającymi należyte wykonanie przez nich prac i nabyte doświadczenie, z których treści wynika, że powołane osoby spełniają warunki udziału w postępowaniu zarówno co do doświadczenia jak i posiadanych uprawnień. W tych wyjaśnieniach Odwołujący dodał, że dla pozostałych osób wskazanych pierwotnie w wykazie wszystkie informacje wpisujące się w warunek zostały już przekazane w pierwotnej odpowiedzi na wezwanie oferenta najwyższej ocenionego. Jednak Zamawiający nie przyjął tych wyjaśnień i wskazał, iż analizując treść złożonych przez Wykonawcę oświadczeń i dokumentów podmiotowych w odniesieniu do wskazanych dwóch pracowników pomocniczych uznał, iż nie potwierdziły one spełnienia wyżej wymienionego warunku. W przedłożonym oświadczeniu z dnia 20.01.2023 r. Wykonawca stwierdził, że pracownicy Pan M.S. i Pan T.P. świadczą pracę na rzecz firmy J.Z. LASTECH. Z dokumentów posiadanych przez Zamawiającego, tj. uzyskanych odpowiedzi od podmiotów i jednostek samorządowych, w których firma J.Z. LASTECH realizowała usługi jako Podwykonawca dla Wykonawcy MatPark Sp. z o.o., wynika, że pracownicy Pan M.S. i Pan T.M. zatrudnieni w firmie J.Z. LASTECH nie świadczyli usługi przy realizacji wskazanych usług dla firmy MatPark Sp. z o.o. Zgodnie z informacją uzyskaną od Grodzkiej Spółdzielni Mieszkaniowej w Nowym Sączu, oświadczyła ona, że nie może w sposób dowodny potwierdzić czy firma J.Z. LASTECH realizowała prace jako Podwykonawca dla Wykonawcy MatPark Sp. z o.o. ponieważ umowy nie określały obowiązku zgłaszania Podwykonawcy, natomiast sam Wykonawca pomimo wezwania do poprawienia lub uzupełnienia nie złożył w tym zakresie dowodu potwierdzającego treść złożonego oświadczenia. Z kolei zgodnie z informacją uzyskaną od Urzędu Miasta Zakopane, który oświadczył, że w realizowanych umowach firma J.Z. LASTECH, Moszczenica Niżna 274, 33-34(Stary Sącz nie figurowała jako podwykonawca firmy MatPark Sp. z o. o., 33-318 Gródek nad Dunajcem 107, również nie wynika wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Gmina poinformowała też, że pracownicy Pan M.S. oraz Pan T.M. nie figurowali w wykazie osób jako podwykonawcy w ramach realizowanej umowy nr WOŚ/14/2020 z dnia 10.03.2020 r. zawartej z Wykonawcą MatPark Sp. z o. o., 33- 318 Gródek nad Dunajcem 107. Dowód: pismo z Grodzkiej Spółdzielni Mieszkaniowej w Nowym Sączu z dnia 03.08.2023 r. pismo z Urzędu Miasta Zakopane z dnia 07.07.2023 r. Z

powyższego wynika, że Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia w ogóle nie odniósł się do pozostałych dedykowanych osób, tj. A.Ś., K.G., K.W., tym samym nie kwestionując spełniania warunków udziału w postępowaniu przez te osoby, tymczasem wystarczyło wskazać 2 osoby, które posiadają zarówno doświadczenie jak i uprawnienia. Zaś z całą mocą należy podkreślić, iż wykaz, oświadczenia i inne dokumenty złożone wobec tych osób potwierdzają spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Odnosząc się do treści uzasadnienia odrzucenia i wskazanych tam osób Pana S. i M., Odwołujący wskazał, że uzasadnienie jest także w tym zakresie tendencyjne. Mianowicie z pozyskanych oświadczeń od innych Zamawiających wcale nie wynika, że ww. osoby nie posiadają doświadczenia lub nie świadczyli wskazanych usług. Z przedmiotowych pism wynika tylko tyle, że według wiedzy tych Zamawiających:

-, „zgodnie z zapisami umownymi Wykonawca mógł część prac powierzyć podwykonawcy bez obowiązku zgłaszania tego faktu Zleceniodawcy. Dlatego nie możemy w sposób dowodny potwierdzić udziału w realizacji zadania firmy J.Z. LASTECH (...)”.

Co oznacza, że ww. firma mogła być podwykonawcą, którego nie było konieczności zgłaszać. A tym samym Zamawiający z Nowego Sącza nie miał wiedzy jacy dokładnie podwykonawcy i osoby brały udział w realizacji i tym samym nie mógł tego potwierdzić. Co nie oznacza jednak, że tacy podwykonawcy i osoby brały udział. Nic takiego z treści tego pisma nie wynika. Jest to nadinterpretacja Z. na niekorzyść O., zaś jak wiemy wszelkie wątpliwości winny być rozstrzygane na korzyść, a nie odwrotnie.

-, „w ramach realizacji w/w umowy firma Jarosław Zychowicz LASTECH, Moszczenica Niżna 274, 33-340 Stary Sącz nie figurowała jako podwykonawca firmy MatPark Sp. z o. o., 33-318 Gródek nad Dunajcem 107. Ponadto informuję, że pracownicy M.S. i T.M. nie figurowali w wykazie osób jako podwykonawcy w ramach realizacji w/w umowy WOŚ/14/2020”.

Co oznacza, że ww. firma i osoby nie figurowały w dokumentach jakie Zamawiający z Zakopanego wymagał, nie oznacza to jednak, że ta firma i te osoby nie realizowały faktycznie tego zamówienia.

Tym samym nie polega na prawdzie stwierdzenie Zamawiającego, że ww. osoby nie wykonywały przedmiotowych usług w ramach świadczonych umów i u tych konkretnych zamawiających. Pozyskane przez Zamawiającego oświadczenia od zamawiających z Nowego Sącza i z Zakopanego nie obalają oświadczenia i innych dokumentów złożonych przez Odwołującego, że ww. osoby posiadają stosowne doświadczenie i uprawnienia.

W zakresie dysponowanie wiedzą i doświadczeniem przez wykonawcę, Odwołujący podał, że Zamawiający w SWZ w pkt 2.4.2. wskazał, iż: O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej, tj.: posiada niezbędną wiedzę i doświadczenie, tj.:

2.4.2.1 w zakresie części 1, 2, 6 posiada wiedzę i doświadczenie w zakresie objętym zamówieniem, które musi 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:

2.4.2.1.1 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),

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

W pkt 9 ppkt 1.5-1.6 SWZ Zamawiający wymagał złożenia w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu wykazu wykonanych usług, w którym żądał podania: *Przedmiot zamówienia (rodzaj i zakres czynności), Całkowita wartość brutto, Data/ły realizacji i miejsce wykonania, Nazwa, adres Zleceniodawcy.* Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie przedłożył stosowny wykaz usług wraz z referencjami potwierdzającymi należyte wykonanie. Jednak Zamawiający wystosował wezwanie o wyjaśnienia i uzupełnienie. W wezwaniu Zamawiający wskazał, iż: „(...) w ocenie Zamawiającego złożone przez Wykonawcę oświadczenia i dokumenty nie potwierdzają tego w sposób niebudzący wątpliwości, gdyż:

1) z analizy złożonych dokumentów, tj. wykazu usług oraz referencji wystawionych przez Urząd Miasta Nowego Sącza dla podwykonawcy udostępniającego zasoby Wykonawcy, czyli EKO-DUO S.C. w ramach zadania: „Zrealizowanie

usługi, która obejmowała utrzymanie i pielęgnację zieleni wysokiej, w zakresie obejmującym cięcia pielęgnacyjne (sanitarne lub prześwietlające) oraz wycinki drzew”, podano łącznie wartość prac na kwotę powyżej 700.000 zł brutto. Należy zaznaczyć, że w postępowaniu ZPP.271.659.2018: Przedmiotem zamówienia jest usługa bieżącego utrzymania terenów zieleni miejskiej Nowego Sącza, które Zamawiający dzieli zamówienie na 2 części, zwane dalej „Zadaniami” tj.:

a) Zadanie I - Utrzymanie terenów zieleni miejskiej: parków, zieleńców, zieleni przydrożnej.

b) Zadanie II - Utrzymanie terenów zieleni miejskich sąsiadujących z nieruchomościami zabudowanymi. Szczegółowy zakres został określony w załączniku nr 1 dla Zadania 1 i w załączniku nr 2 dla Zadania 2. Zgodnie z wyżej wskazanym postępowaniem zamówienie będzie wykonane zgodnie z wzorami umów, stanowiącymi:

- Załącznik nr 3 do specyfikacji dla Zadania I

- Załącznik nr 4 do specyfikacji dla Zadania II.

W złożonych referencjach podano łącznie kwoty dla obu umów, tj. Zadania nr 1 i zadania nr 2, które stanowiły odrębne części. W referencjach podano numer postępowania przetargowego, tj. ZPP.271.659.2018, lecz nie podano numerów dwóch umów stanowiących dwie oddzielne usługi.

Dlatego też, konieczne jest wykazanie i potwierdzenie dokumentami co wchodziło w zakres poszczególnych zadań, a także jakie Wykonawca zawarł umowy z Urzędem Miasta Nowy Sącz i na jakie kwoty”.

Odwolujący zaznaczył, iż w oparciu o § 9 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Zamawiający może żądać wyłącznie - wykazu dostaw lub usług wykonanych (...), wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot. Oznacza to, iż nie można żądać wykazania i potwierdzenia dokumentami jakie Wykonawca zawarł umowy i na jakie kwoty. Wezwanie w tym miejscu było nadmiarowe i nie miało oparcia w przepisach prawa, a także w treści postawionego warunku w SWZ oraz wzoru wykazu usług. Pomimo powyższego Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień złożył dodatkowe wyjaśnienia, uzupełnienia i inne dowody. Odwołujący wskazał, iż: „Złożone przez Wykonawcę w dniu 16.12.2022 r. dokumenty na wezwanie Zamawiającego zawierały referencje z dnia 14.07.2022 r. wystawione przez Urząd Miasta Nowego Sącza dotyczące realizacji usługi utrzymania terenów zieleni miejskiej Nowego Sącza przez konsorcjum firm : EKO – DUO S.C. K.G., A.Ś z siedzibą 33-323 Lipnica Wielka 145 oraz AVR S.A. z siedzibą ul. Dietla 93/4, 31 – 031 Kraków w których dokładnie podano nr umowy dotyczący realizacji Zadania I oraz Zadania II, których to dotyczą w/w referencje tj. ZPP.272.659.2018. Nie jest prawdą jak twierdzi Zamawiający, że „w referencjach podano numer postępowania przetargowego, tj. ZPP.271.659.2018 lecz nie podano numerów dwóch umów stanowiących dwie oddzielne usługi”. Wykonawca informuje, że w żadnym z dokumentów złożonych na wezwanie Zamawiającego w dniu 16.12.2022 r. nie podawano nr postępowania tj. ZPP. 271.659.2018 r. a referencje z Urzędu Miasta Nowego Sącza jak też oświadczenie członków konsorcjum EKO-DUO S.C. oraz AVR S.A. zawierały nr umowy dotyczącej zadania I oraz zadania II tj ZPP.272.659.2018. Referencje wystawione przez Urząd Miasta Nowego Sącza z dnia 14.07.2022 r. dotyczą wyłącznie usług realizowanych fizycznie przez EKO-DUO S.C. „WM” W. informuje, że zadania nr I oraz nr II miały ten sam n umowy ZPP.272.659.2018, tj. umowa nr ZPP.272.659.2018 – Zadanie I oraz umowa nr ZPP.272.659.2018 – Zadanie II. W załączeniu przesyłam zakres poszczególnych zadań (zał. nr 3 do specyfikacji oraz załącznik nr 4 do specyfikacji) oraz informuję, że wartość zawartych umów wynosi zgodnie z ogłoszeniem o wyborze oferty najkorzystniejszej Zadanie I – 3 046 405,83 zł brutto natomiast Zadania II – 735 419,88 zł brutto. W celu rozwiania wszelkich wątpliwości Zamawiającego dotyczących spełnienia przez „WM” W.M. warunku posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia informuję, że w ramach umowy nr ZPP.272.659.2018 zawartej w dniu 5 października 2018 r. odnośnie Zadania I oraz zadania II usługi realizowane były w okresie od 01.01.2019 roku do 31.12.2021 r. Usługi w zakresie utrzymania zieleni miejskiej zostały zrealizowane w poszczególnych latach na wartość:

1/ 2019 r.

-zadanie I – 1 006 865,08 zł

-zadanie II – 235 262,22 zł 2/2020 r.

-zadanie I – 1 015 091,41 zł - zadanie II - 233 735,37 zł 3/2021 r.

-zadanie I – 1 015 068,55 zł

-zadanie II - 244 967,11 zł

Razem: 3 750 989,74 zł brutto

Natomiast wartość prac wykonanych fizycznie w terenie wyłącznie przez EKO-DUO S.C. obejmujących swym zakresem utrzymanie zieleni wysokiej, w tym wycinki i pielęgnacje drzew, wykonanie skrajni nad drogą, usunięcie wiatrolomów oraz karczowanie pni wyniosła:

-w roku 2019 – 409 903,20 zł (w tym zadanie I – 321 586,20 zł, zadanie II – 88 317,00 zł)

-w tym w okresie od 12.07.2019 r. do 31.12.2019 r. – 271 544,40 zł (w tym zadanie I -217 420,20 zł, zadanie II – 54 124,20 zł),

-w roku 2020 - 391 813,20 zł (w tym zadanie I – powyżej 329 000 zł, zadanie II powyżej 61 000 zł)

-w roku 2021 - 407 808,00 zł (w tym zadanie I – powyżej 322 700 zł, zadanie II powyżej 82 000 zł)

W/w kwoty jednoznacznie potwierdzają, że wartość w/w prac w ciągu ostatnich 3 lat od dnia złożenia oferty wynoszą 1 071 165,60 zł brutto. Ponadto w załączeniu przesyłam oświadczenie EKO-DUO S.C. potwierdzających wartość zrealizowanych przez Spółkę prac”. Dowód: zał. nr 3 do specyfikacji oraz załącznik nr 4 do specyfikacji oświadczenie EKO-DUO S.C. potwierdzających wartość zrealizowanych przez Spółkę prac pismo z Urzędu Miasta Nowego Sącza z dnia 14.07.2023 r.

Pomimo powyższych wyjaśnień i uzupełnień Zamawiający powtórzył swoją argumentację i odrzucił ofertę Odwołującego także z tego tytułu. Zamawiający wskazał m.in., iż: „Odnosząc się do złożonych wyjaśnień dotyczących umowy/umów nr ZPP.272.659.2018 Wykonawca w jednym zdaniu pisma przewodniego z dnia 19.01.2023r. podaje, że oba zadania realizowane były w ramach jednej umowy: „WM” W.M. informuje, że zadania nr I oraz nr II miały ten sam nr umowy ZPP.272.659.2018, tj. umowa nr ZPP.272.659.2018 – Zadanie I oraz umowa nr ZPP.272.659.2018 – Zadanie II.” Po czym w kolejnym zdaniu pisma przewodniego informuje o dwóch umowach: „W załączeniu przesyłam zakres poszczególnych zadań (zał. nr 3 do specyfikacji oraz załącznik nr 4 do specyfikacji) oraz informuję, że wartość zawartych umów wynosi zgodnie z ogłoszeniem o wyborze oferty najkorzystniejszej Zadanie I – 3 046 405,83 zł brutto natomiast Zadania II – 735 419,88 zł brutto”. W oświadczeniu EKO-DUO S.C., tj. podwykonawcy udostępniającego zasoby Wykonawcy wskazano, iż: „Ja K.G. 33-323 Lipnica Wielka 145 oświadczam, że w ramach świadczenia pracy na rzecz Miasta Nowego Sącza nabyłem doświadczenie w pracach dotyczących pielęgnacji i utrzymania zieleni wysokiej w ramach realizacji następujących umów”, a w Referencjach z Urzędu Miasta Nowego Sącza z dnia 14.07.2022r. podano, że zadania realizowane były w ramach dwóch odrębnych umów. Nie zostało potwierdzone dokumentami jakie Wykonawca „WM” W.M. zawarł umowy z Urzędem Miasta Nowy Sącz, o co wnioskował Zamawiający w wezwaniu z dnia 18.01.2023r. Wobec czego nie można potwierdzić jednoznacznie, czy Wykonawca spełnia warunek posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia polegając w całości na doświadczeniu podwykonawcy EKO-DUO S.C., czy też polegając na wiedzy i doświadczeniu udzielonym przez podmiot trzeci i na doświadczeniu stanowiącym zasób własny Wykonawcy. Zgodnie z informacją uzyskaną od Urzędu Miasta Nowego Sącza - Wydziału Komunalnej Obsługi Miasta, Gmina wskazuje, że zawarto dwie umowy z Konsorcjum firm: AVR S.A. ul. Dietla 93/4, 31-031 Kraków i EKO-DUO S.C K.G. i A.Ś., Lipnica Wielka 145, 33-323 Lipnica Wielka o tym samym numerze ZPP.271.659.2018, wobec czego należy wymienione dwie umowy należy traktować jako dwie oddzielne usługi”.

Odwołujący podkreślił, iż dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia - jest to bez znaczenia, czy były to 2 oddzielne umowy, czy też jedna, bowiem jeżeli uznać, że są to 2 odrębne usługi i umowy, to już te odrębne umowy i usługi spełniają w wykazie wskazano także inne usługi (zarówno w pierwotnym jak i uzupełnionym), których Zamawiający nie kwestionował. Nie sposób zgodzić się z Zamawiającym, że Odwołujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, gdyż „nie można potwierdzić jednoznacznie, czy Wykonawca spełnia warunek posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia polegając w całości na doświadczeniu podwykonawcy EKO-DUO S.C., czy też polegając na wiedzy i doświadczeniu udzielonym przez podmiot trzeci i na doświadczeniu stanowiącym zasób własny Wykonawcy”, bowiem fakty, czy polega w całości na podmiocie trzecim, czy też częściowo na swoim doświadczeniu, a częściowo na podmiotu na zasoby którego się powołuje – jest bez znaczenia. Zarówno w jednym jak i w drugim przypadku Odwołujący spełnia warunek udziału w postępowaniu. Przedłożone wyjaśnienia oraz dowody winny przekonać, iż Odwołujący wykazał się doświadczeniem w realizacji przynajmniej dwóch usług o łącznej wartości przekraczającej 700 tys. zł. Jasno to wynika to z treści wykazów i innych oświadczeń, zaś żądanie przedłożenia referencji z potwierdzeniem kwot jest nieuprawnione i nie znajduje oparcia w przepisach.

Następnie Odwołujący podał., że zgodnie z § 9 ust. 3 pkt 2 rozporządzenia - Jeżeli wykonawca powołuje się na doświadczenie w realizacji robót budowlanych, dostaw lub usług, wykonywanych wspólnie z innymi wykonawcami, wykaz: o którym mowa w ust. 1 pkt 2, dotyczy dostaw lub usług, w których wykonaniu wykonawca ten bezpośrednio uczestniczył, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych, w których wykonywaniu bezpośrednio uczestniczył lub uczestniczy. Zaś zgodnie z art. 118 Pzp - Wykonawca może w celu potwierdzenia spełnienia warunków

udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych. Odwołujący polega na zasobach podmiotu trzeciego, który nabył doświadczenie w innych postępowaniach wykonując zamówienie wraz z innym współkonsorcjantem. Odwołujący w wykazie usług oraz wykazie osób wskazał na zasoby podmiotu trzeciego. Z uwagi na wątpliwości Zamawiający wezwał do wyjaśnień i uzupełnień, w których wskazał, iż „(...) zgodnie z oświadczeniem z dnia 05.11.2021 r. oraz Referencjami wystawionymi przez Urząd Miasta Nowy Sącz zadania w ramach postępowania ZZZP.271.659.2018 realizowane były przez konsorcjum firm: AVR S.A. jako lidera oraz EKO-DUO S.C. jako partnera. W tej sytuacji konieczne jest przedstawienie dokumentów (wzajemne rozliczenia) potwierdzających na jakie kwoty zrealizowała usługę firma EKO-DUO S.C. na której wiedzę i doświadczenie powołuje się Wykonawca. Koszty reprezentacji konsorcjum, zarządzania administracyjnego i nadzoru nad realizacją kontraktu, za które odpowiada lider konsorcjum również wchodzi w zakres zamówienia nr ZZZP.271.659.2018. Jest to szczególnie istotne, gdy wartość wskazanych usług przez Wykonawcę jest bliska wartości określonej w zamówieniu przez Zamawiającego jako spełnienie warunku udziału w postępowaniu. W związku z powyższym Zamawiający wzywa do poprawienia lub uzupełnienia oświadczeń i dokumentów dotyczących wykazu usług, celem jednoznacznego wykazania spełnienia przywołanego warunku udziału w postępowaniu. 2) z analizy złożonych dokumentów, tj. wykazu usług oraz referencji wystawionych przez Zarząd Dróg Wojewódzkich w Krakowie w ramach podanej drugiej wskazanej usługi, Zamawiający wskazuje na rozbieżność okresu realizacji podanego w Wykazie usług tj. VIII 2019 do XI 2021 r., a okresu realizacji podanego w referencjach tj. 10.07.2018 do 30.04.2022 r. Prosimy o uzupełnienie lub o właściwie poprawienie rozbieżności”. Odwołujący stwierdził, iż aktualne pozostają twierdzenia dotyczące braku możliwości żądania innych podmiotowych środków dowodowych niż wskazane w rozporządzeniu, tym bardziej, że pierwotny wykaz i oświadczenia nie powinien budzić wątpliwości, bowiem powołano się w nim na podmiot trzeci, wskazano jakie ma doświadczenie i na jakie kwoty zrealizował zamówienia - co za tym idzie brak było podstaw do wezwania o wyjaśnienia i uzupełnienia w takim zakresie jak treść kwestionowanego wezwania. Pomimo powyższego, uznając rolę Zamawiającego jako gospodarza postępowania Odwołujący chciał uczynił zadość wezwaniu Zamawiającego i w wyjaśnieniach wskazał, że „Odnosnie zobowiązań złożonych przez EKO-DUO S.C. oraz LASTECH J.Z. potwierdzam, że oddane do dyspozycji „WM” W.M. przez ww. firmy zasoby będą wykorzystane w zakresie i na zasadach przedstawionych w zobowiązaniach EKO – DUO S.C. oraz LASTECH J.Z.. Wykonawca potwierdza, iż złożone oświadczenia podmiotów trzecich zostały przygotowane prawidłowo i Wykonawca ma prawo dysponować całym potencjałem wskazanym w przekazanych dokumentach”. Z treści tych zobowiązań wynika jakie zasoby i w jakim zakresie oddają podmioty trzecie, i tym samym na jakich zdolnościach może polegać Odwołujący. W wyjaśnieniach Odwołujący wskazał także szczegółowo wyczerpująco w zakresie umów, na które się powołał podmiot trzeci, z wyszczególnieniem jaką wartość prac wykonał fizycznie w terenie wyłącznie współkonsorcjant EKO-DUO S.C. Dowód: zał. nr 3 do specyfikacji oraz załącznik nr 4 do specyfikacji oświadczenie EKO-DUO S.C. potwierdzających wartość zrealizowanych przez Spółkę prac pismo z Urzędu Miasta Nowego Sącza z dnia 14.07.2023 r. Pomimo powyższych wyjaśnień, Zamawiający nie uznał tych wyjaśnień i odrzucił ofertę Odwołującego. Zamawiający wskazał w uzasadnieniu odrzucenia, iż „(...) z informacją uzyskaną od Urzędu Miasta Nowego Sącza - Wydziału Komunalnej Obsługi Miasta, Gmina wskazuje, że zawarto dwie umowy z Konsorcjum firm: AVR S.A. ul. Dietla 93/4, 31-031 Kraków i EKO-DUO S.C. K.G. i A.Ś., Lipnica Wielka 145, 33-323 Lipnica Wielka o tym samym numerze ZZZP.271.659.2018, wobec czego należy wymienione dwie umowy należy traktować jako dwie oddzielne usługi. Należy podkreślić, że ww. dwie umowy realizowane były przez konsorcjum firm: AVR S.A. ul. Dietla 93/4, 31-031 Kraków i EKO-DUO S.C. K.G. i A.Ś., Lipnica Wielka 145, 33-323 Lipnica Wielka. W piśmie z 17.01.2023r. Zamawiający wezwał do poprawienia lub uzupełnienia oświadczeń i dokumentów dotyczących wykazu usług, celem jednoznacznego wykazania spełnienia przywołanego warunku udziału w postępowaniu w zakresie wartości usług jakie zrealizowała firma EKO-DUO S.C. w ramach ww. konsorcjum. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Wykonawca nie przedstawił wzajemnych rozliczeń między konsorcjantami na potwierdzenie wartości usług zrealizowanych przez poszczególnych konsorcjantów w ramach ww. umów. Dodatkowo celem uzyskania informacji w ww. zakresie Zamawiający zwrócił się do Urzędu Miasta Nowego Sącza pismem z dnia 25.07.2023r. w sprawie potwierdzenia na jaką kwotę zrealizowała usługi w ramach konsorcjum z AVR S.A. firma EKO-DUO S.C. K.G. i A.Ś. oraz o przesłanie rozliczeń pomiędzy konsorcjantami z których będzie wynikało na jaką kwotę usługę ww. firma (tj. EKO-DUO S.C. K.G. i A.Ś.), a w przypadku braku posiadania takich rozliczeń o udzielenie informacji odnośnie wartości prac wykonanych przez poszczególnych konsorcjantów. Gmina nie udzieliła jednoznacznej odpowiedzi, a jedynie oświadczyła, iż nie posiada rozliczeń między konsorcjantami. W związku z powyższym Zamawiający uznał, iż wskazane usługi przedstawione w Wykazie usług oraz załączone do nich oświadczenia i dokumenty, pomimo wezwania do ich poprawienia lub uzupełnienia, nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia. W związku z powyższym Zamawiający zmuszony był w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) i c) ustawy Pzp, odrzucić ofertę

Wykonawcy z uwagi na niespełnianie przez niego warunków udziału w postępowaniu”.

Odwolujący stwierdził, że złożone przez niego dodatkowe wyjaśnienia wskazują, iż spełnia on warunki udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia (wykaz usług), tj. daje rękojmię należytego wykonania zamówienia. Abstrahując już od podstawy ww. wezwania i odrzucenia, i ich prawidłowości (żądanie wzajemnych rozliczeń), Odwołujący opisał te rozliczenia wbrew temu co twierdzi Zamawiający. Mianowicie wynika to z szeregu oświadczeń i dokumentów:

- wykaz usług, w których O. podaje jaka jest wartość wykazywanych usług podmiotu trzeciego;
- pismo z Urzędu Miasta Nowego Sącza z dnia 14.07.2023 r., gdzie ten Zamawiający wskazuje, że konsorcjum AVR i EKO-DUO wykonało dwie umowy (dwie odrębne usługi) i w dalszej części tego pisma wskazuje jaka jest wartość tych umów;
- pismo z Urzędu Miasta Nowego Sącza z dnia 07.08.2023 r., gdzie ten Zamawiający wskazuje, iż nie posiada rozliczeń ale jednocześnie oświadcza, że pełen zakres umów wykonał partner konsorcjum – EKO-DUO;
- oświadczenie Lidera konsorcjum AVR z dnia 05.11.2021 r. w którym członek konsorcjum oświadczył, iż „(...) pełen zakres umowy w ramach zamówienia pn. ‘utrzymanie terenów zieleni miejskiej Nowego Sącza’ (umowy nr ZZP.272.659.2018 /zadanie I oraz nr ZZP.272.659.2018 /zadanie II (...) wykonał (...) Partner Konsorcjum – EKO-DUC s.c. K.G., A.Ś., natomiast Lider odpowiadał za reprezentację Konsorcjum, zarządzanie administracyjne kontraktem i nadzór jego należytego wykonywania. W realizacji nie brały udziału inne podmioty - w tym podwykonawcy”.
- Wyjaśnienia O. z dnia 19.01.2023, w którym wskazano przy okazji przedstawianiu szczegółowych wyczerzeń, że „(...) AVR S.A. – Konsorcjant za reprezentację Konsorcjum, zarządzanie administracyjne kontraktem i nadzór jego należytego wykonania otrzymał wynagrodzenie w wysokości do 15 % wartości umów”.
- Referencje wystawione przez Urząd Miasta Nowego Sącza z dnia 03.02.2022 r., gdzie wskazano, iż „(...) firma EKO-DUO s.c. K.G., A.Ś. (...) w ramach konsorcjum (...) zrealizowała usługę utrzymania terenów zieleni Nowego Sącza (...) usługa została zrealizowana z należytą starannością”. W tych referencjach określono także kwoty umów w podziale na zadania i poszczególne lata oraz szczegółowy zakres usług w zadaniu I i II.
- Referencje wystawione przez Urząd Miasta Nowego Sącza z dnia 14.07.2022 r., gdzie wskazano, iż „Firma EKO-DUO s.c. K.G., A.Ś. powierzoną usługę wykonała z należytą starannością”. W tych referencjach w Urząd Miasta Nowego Sącza wskazał jakiej wysokości były wartości usług zrealizowanych wyłącznie przez Firma EKO-DUO, tj.: - w roku 2020 - 391 813,20 zł - w roku 2021 - 407 808,00 zł, czyli ponad 700 tys. tylko w dwóch latach.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający otrzymał dokumenty znacznie przekraczające wymagania ustawowe, które nie budzą, a przynajmniej nie powinny budzić wątpliwości, co do ich prawdziwości lub treści zawartych w nich oświadczeń. Zamawiający nie wskazał, jakiego konkretnie dokumentu żądał, aby uznać, że Odwołujący wykazał dysponowanie odpowiednim doświadczeniem i daje rękojmię należytego wykonania zamówienia, w szczególności co - jaki dokument rozumie pod pojęciem “rozliczeń między konsorcjantami”. Zamawiający nie powołał się na dowody przeczące twierdzeniom Odwołującego składanym w postępowaniu. Jedyne co można wyczytać z uzasadnienia odrzucenia, to, że Zamawiający cały czas posiada wątpliwości i w związku z tym uznał że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Usunięcie wątpliwości Zamawiającego wymagałoby, aby Odwołujący uzyskał i przedstawił niesprecyzowane przez Zamawiającego ani w wezwaniach, ani w zapisach SWZ dokumenty dotyczące “rozliczeń” pomiędzy podmiotami trzecimi. Oczywiście żądanie złożenia takich dokumentów nie zostało przewidziane w przepisach Pzp ani aktów wykonawczych do ustawy. Odwołujący wykazał w Postępowaniu, iż EKO-DUO nabył wiedzę i doświadczenie przy realizacji zamówienia - nr umowy dot. zadania I oraz zadania II tj. ZZP.272.659.2018. na rzecz Urzędu Miasta Nowego Sącza. Wątpliwości Zamawiającego budzi nie tyle zakres, co wynagrodzenie otrzymane przez EKO-DUO za realizację tego zamówienia. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego należy odróżnić sytuację Odwołującego od okoliczności odrzucenia oferty Wykonawcy Konsorcjum Firm: „VIRIDI HORTOS A.K., ul. Stolarza 7, 30-898 Kraków - Lider Konsorcjum, F.U.H.P „AQUA-EKO” S.B. 32-862 Wojakowa 248 Partner Konsorcjum, który to Wykonawca w ogóle nie wykazał w Postępowaniu, iż przedsiębiorca „AQUA-EKO” S.B uczestniczył w realizacji zamówienia, na które się powoływał w ramach swojej wiedzy i doświadczenia. Dokumenty w tym zakresie przedstawiono dopiero na rozprawie (patrz. wyrok KIO 3041/22) przed Krajową Izbą Odwoławczą, co Izba uznała za działanie spóźnione i słuszność takiego podejścia potwierdził Sąd Okręgowy. Ostatecznie rozstrzygając wątpliwości Zamawiającego należałoby wyłożyć, jak należy rozumieć powyższe instytucje prawa zamówień publicznych. „Izba podziela stanowisko prezentowane przez Zamawiającego w toku prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i postępowania odwoławczego, iż do oceny doświadczenia zdobytego w ramach konsorcjum należy każdorazowo podchodzić indywidualnie, biorąc pod uwagę przede wszystkim treść warunku udziału w

postępowaniu, konkretne działania wykonawców podejmowane podczas realizacji wskazanej na potwierdzenie spełnienia tego warunku inwestycji oraz faktyczną możliwość wyodrębnienia i podziału zadań pomiędzy poszczególnych członków konsorcjum. Istotne jest również w jaki sposób Wykonawca powołujący się na doświadczenie i wiedzę zdobyte w ramach zadania wykonywanego przez grupę wykonawców te okoliczności wykazuje, czy to przez złożenie wymaganych wykazów, referencji, dodatkowe wyjaśnienia, umowy konsorcjum, faktury za wykonanie poszczególnych elementów zamówienia, ustalenia wewnętrzne między konsorcjantami, inne ustalenia. Wydaje się zatem, że dla rozstrzygnięcia zagadnienia, czy dany wykonawca jako członek konsorcjum, może powoływać się na doświadczenie zdobyte w ramach takiej grupy najistotniejsze znaczenie będzie miał przedstawiony Zamawiającemu materiał dowodowy potwierdzający rzeczywisty zakres czynności wykonywanych przez dany podmiot i istotność tych czynności dla całego przedmiotu danego zamówienia". (wyrok KIO 565/21). Przepis art. 58 ust. 1 Pzp przewiduje możliwość wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego. Prawo zamówień publicznych jednak w żadnym miejscu nie stanowi o tym jak należy traktować doświadczenie zdobyte przez wykonawców w ramach konsorcjum, wskazując jedynie w art. 455 ust. 1 Pzp, że jego członkowie odpowiadają solidarnie za wykonanie umowy. Odpowiedzialność ta nie implikuje jednak uprawnienia członka konsorcjum do powoływania się na doświadczenie zdobyte przez innego konsorcjanta w trakcie wspólnego wykonywania danego zamówienia. Wykonawca, chcąc powołać się na doświadczenie zdobyte w ramach konsorcjum, powinien wskazać realizację części bądź całości zamówienia, w takim zakresie, w jakim realnie brał udział w danym zamówieniu. W ramach zespołu podmiotów tworzących konsorcjum każdy z nich ma bowiem inny zasób doświadczenia i wiedzy, realizując przypisane mu prace - nabywa więc doświadczenie w tym określonym zakresie. I w taki właśnie sposób zostały wskazane w wykazie usług zakresy i opis usług, te wykonywane tylko przez członka konsorcjum EKO-DUO. Subsumpcja powyższego wynika m.in. z treści § 9 ust. 3 pkt 2 rozporządzenia, zgodnie z którym "jeżeli wykonawca powołuje się na doświadczenie w realizacji robót budowlanych, dostaw lub usług, wykonywanych wspólnie z innymi wykonawcami, wykaz, o którym mowa w ust. 1 pkt 2, dotyczy dostaw lub usług, w których wykonaniu wykonawca ten bezpośrednio uczestniczył, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych, w których wykonywaniu bezpośrednio uczestniczył lub uczestniczył", jak również z orzecznictwa szczebla krajowego i europejskiego. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wydanym w dniu 04.05.2017 r. wyroku w sprawie Esaprojekt (C-387/14, ZOTSiS 2017/5/I-338) przesądził, że przy badaniu doświadczenia zdobytego w konsorcjum, kluczowym elementem nie jest zakres odpowiedzialności, ale faktycznie wykonywane czynności. Badając doświadczenie wykonawcy, zamawiający ma prawo badać jaka była rola konkretnego wykonawcy w danym konsorcjum i co faktycznie ten wykonawca wykonywał. Krajowe orzecznictwo rozwija powyższą kwestię, wskazując, że wykonanie zadania przez konsorcjum nie jest równoznaczne z jego rzeczywistym wykonaniem przez każdego z uczestników. Każdy z wykonawców w ramach konsorcjum realizuje przypisane mu zadania, nabywając doświadczenie tylko w powierzonych mu części, a nie w zakresie zadań realizowanych przez innych wykonawców. Warunek udziału w postępowaniu o wykonanie zamówienia publicznego, dotyczący doświadczenia odnosi się zatem do rzeczywistego zrealizowania przez wykonawcę części lub całości zamówienia, a nie skutków prawnych powiązań wynikających z wcześniej zawartych przez wykonawcę umów (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 24.04.2022 r., sygn. Akt KIO 933/22; wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 1 lutego 2018 r., sygn. akt II GSK 4133/17). Zaś z przedłożonych dokumentów, szczególnie wykazu, oświadczenia członka konsorcjum AVR oraz drugiego członka konsorcjum EKO-DUO, a także z referencji – wynika jaki zakres realizował członek konsorcjum EKO-DUO, co potwierdza w pełni spełnienie postawionego w SWZ warunku udziału w postępowaniu. Zgodnie z art. 128 ust. 4 Pzp zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących zarówno treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp jak i innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 23.11.2021 r. (sygn. akt KIO 3229/21) stwierdziła, że owa procedura dotyczy sytuacji, w której zamawiający nie jest pewien, jak rozumieć treść oświadczeń lub dokumentów złożonych przez wykonawcę, zaś w przedmiotowym stanie faktycznym nie było ku temu przesłanek – złożone wykazy i oświadczenia były jasne, precyzyjne i potwierdzały spełnianie warunków. Przepis art. 128 ust. 4 Pzp, przyznaje zamawiającemu wyłącznie uprawnienie żądania złożenia przez wykonawcę wyjaśnień – a nie przedłożenia przez niego dowodów. Wykonawca zatem posiada dowolność w zakresie przedstawiania dowodów na wezwanie z art. 128 ust. 4 Pzp. Na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia oświadczeń, o których mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu nie zaś dowolnych dowodów, w tym wzajemnego rozliczenia.

W dalszej kolejności Odwołujący stwierdził m.in., że usługi budzące wątpliwości Zamawiającego zostały w całości (poza częścią prac administracyjnych administracyjnej i zarządzania umową) zrealizowane przez firmę EKO-DUO. Ich wartość znacznie przekracza kwotę 700 tys. zł w badanym okresie, a także wypełniają wszystkie wymagania Zamawiającego sformułowane w treści SWZ w ramach przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu, co do zakresu świadczenia. Nawet o ile nie da się "fizycznie" wyodrębnić zakresu zrealizowanego przez poszczególnych

członków konsorcjum, to całkiem uzasadnionym założeniem będzie przyjęcie ich udziału w realizacji tej usługi w proporcjach 85 do 15 %, skoro całość „robót” wykonała firma EKO-DUO, zaś AVR jedynie zarządzał kontraktem (co sam zresztą potwierdził). Skoro przedłożone dokumenty referencji potwierdzają należyłą realizację wcześniejszego zamówienia, należy przyjąć, że konsorcjum nabyło stosowne doświadczenie w takim zakresie. W uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający wskazał na posiadanie wątpliwości, co do spełniania warunków udziału w Postępowaniu, np:

- „Zamawiający analizując treści złożonych przez Wykonawcę oświadczeń i dokumentów podmiotowych w odniesieniu do wskazanej osoby nadzorującej lub kierującej pracami oraz wskazanej osoby przeznaczonej do nadzoru ornitologicznego, chiropterologicznego i entomologicznego, zauważa, że nie potwierdziły tego w sposób niebudzący wątpliwości spełnienia wyżej wymienionych warunków”.
- „Zauważyć również należy, iż analiza treści złożonych przez Wykonawcę oświadczeń i dokumentów podmiotowych dotyczących wykazu usług, również nie potwierdza tego w sposób niebudzący wątpliwości”.

Same wątpliwości nie są wystarczającym powodem do odrzucenia oferty. Zamawiający musi być pewny swej oceny i musi potrafić jednoznacznie wykazać i uzasadnić, że oferta odrzucana nie spełnia wymagań, a nie tylko że są wątpliwości i dlatego nie można uznać że O. spełnia. Zgodnie z art. 126 ust. 1 Pzp - Zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych. W naszym stanie faktycznym kluczowe w powyższym przepisie jest to iż zamawiający może wezwać wykonawcę do złożenia podmiotowych środków dowodowych. Zaś przedmiotowe środki dowodowe jakich można żądać określone jest w rozporządzeniu. Niedopuszczalne jest żądanie jakichkolwiek dokumentów, a tylko takich jakie dopuszcza rozporządzenie.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o uwzględnienie odwołania w części, tj. w zakresie zarzutu nr 4, tj. jak wyjaśnił na posiedzeniu, części zarzutu nr 1 odwołania oraz o oddalenie w całości odwołania w zakresie zarzutów nr 1, 2, 3 i 5.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących dokumentów jakich żądał w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału postępowaniu, Zamawiający stwierdził w szczególności, że Odwołujący nie wykazał za pomocą żadnego dowodu (np. świadectwo pracy, referencja, oświadczenie o zatrudnieniu, umowa itp.), pomimo treści warunku udziału w postępowaniu, jak i treści przywołanego wezwania, iż wskazana osoba nadzorująca lub kierująca pracami, tj. Pan W.M., posiada 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. Nie udokumentowano również, iż wskazana osoba posiada doświadczenie w sprawowaniu co najmniej dwóch nadzorów przyrodniczych w zakresie odpowiadającym posiadanym kwalifikacjom dla pełnienia nadzoru ornitologicznego, chiropterologicznego i entomologicznego. Zamawiający zaznaczył, iż podnoszenie argumentów dotyczących rzekomej rozbieżności w zapisach SWZ i Załącznika nr 6 do SWZ, albo niezgodności opisu warunku udziału w postępowaniu, bądź treści wezwania do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów, z przepisami Pzp, na tym etapie jest spóźnione. Odwołujący nie kwestionował bowiem treści SWZ ani treści wezwania z dnia 18 stycznia, do czego miał prawo. Tym samym należy przyjąć, iż zgadzał się z zapisami SWZ, jak i potwierdzał zasadność skierowanego wezwania oraz jego treść. Dlatego Zamawiający uznaje ten zarzut za niezasadny, gdyż Odwołujący nie złożył żadnych dowodów potwierdzających doświadczenie osoby wskazanej do nadzorowania lub kierowania pracami (warunek 2.4.4.1 str. 9 SWZ), jak i osoby przeznaczonej do nadzoru ornitologicznego, chiropterologicznego i entomologicznego (warunek 2.4.4.2 str. 9 SWZ).

Zamawiający odnosząc się do zarzutu posiadania odpowiedniego doświadczenia Wykonawcy w odniesieniu do wskazanej osoby nadzorującej lub kierującej pracami oraz wskazanej osoby przeznaczonej do nadzoru ornitologicznego, chiropterologicznego i entomologicznego, Zamawiający wskazał, iż Odwołujący nie wykazał i nie udokumentował, że w umowach nr 7/ET/2020 z dnia 16.04.2020r. i nr 8/ET/2020 z dnia 17.04.2020 r. świadczonych przez firmę MatPark Sp. z o.o. osobą nadzorującą w zakresie nadzoru przyrodniczego był Pan W.M., a nie Pan M.L.. Nie można identycznie traktować nadzoru nad umową (między innymi może to być jedynie nadzór nad obiegiem dokumentów, wystawianie faktur itd.) i nadzoru ornitologicznego, chiropterologicznego i entomologicznego, gdyż taki nadzór wymaga specjalistycznej wiedzy w tym zakresie, przygotowywania sprawozdań z wykonywanych nadzorów. Nadzór nad umową i nadzór przyrodniczy nie jest tożsamy i nie stanowi faktu oczywistego. Podobnie sprawowanie nadzoru ornitologicznego, chiropterologicznego i entomologicznego również nie jest tożsame, ponieważ dotyczą innych dziedzin nauki i innego przedmiotu badań. Ponadto Zamawiający zauważył, iż w umowach nr 7/ET/2020 i nr 8/ET/2020 w par. 3 brak jest zapisu dotyczącego ochrony owadów (entomologia), a jedynie zapis dotyczący ptaków (ornitologia) i nietoperzy (chiropterologia).

Wykonawca na potwierdzenie sprawowania nadzoru przyrodniczego winien przedstawić co najmniej dwa nadzory ornitologiczne, chiropterologiczne i entomologiczne, czego nie uczynił Wykonawca w odpowiedzi na skierowane wezwanie do poprawienia lub uzupełnienia, a tym samym nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Odnosząc się do zarzutu posiadania odpowiedniego doświadczenia w odniesieniu do osoby nadzorującej lub kierującej pracami w zakresie wykazanej przez Wykonawcę umowy nr ZZM/U/I/12/ZZ/88/2020 z dnia 13.02.2020r., Zamawiający wskazał, iż złożone oświadczenie z dnia 06.03.2020r. firmy MatPark, dotyczy zgodnie z jego treścią, pełnienia funkcji kierownika przez Pana W.M. przy realizacji ww. umowy „odnośnie prac prowadzonych na obiektach wpisanych do rejestru zabytków lub zlokalizowanych w układach urbanistycznych wpisanych do rejestru zabytków lub ochroną przyrody”, a nie sprawowania nadzoru nad realizacją prac w ramach umowy nr ZZM/U/I/12/ZZ/88/2020 (Dowód nr 1 w załączeniu). W umowie niezmiennie do nadzoru pozostał Pan M.L. jako osoba posiadająca doświadczenie opisane w SIWZ w postępowaniu znak sprawy: 103/2019 - Wyłonienie Wykonawcy w zakresie świadczenia sukcesywnych usług dotyczących realizacji zadania pn.: „Utrzymanie zieleni wysokiej na terenie Gminy Miejskiej Kraków w latach: 2020- 2022”, z podziałem na zadania w odniesieniu od jednej do siedmiu części zamówienia, dla Zarządu Zieleni Miejskiej w Krakowie (Dowód nr 2 w załączeniu). Zamawiający podkreślił, że nie mógł uznać sprawowania nadzoru nad wykonywaniem prac przez Pana W.M., ponieważ osoba ta faktycznie nie była obecna podczas wykonywania usług w terenie, nie nadzorowała prac, nie brała udziału w odbiorach robót. Na potwierdzenie Zamawiający posiada protokoły odbioru prac podpisane przez Pana M.K. (Dowód nr 3 w załączeniu). Przesyłane raporty z wykonywanych prac również nie były podpisywane przez Pana M., a przez Pana M.K. (Dowód nr 4 w załączeniu). Zamawiający wskazał, iż powyższe oświadczenie zostało dostarczone do Zamawiającego z uwagi na konieczność każdorazowego wskazywania służbom konserwatorskim osoby do nadzoru nad pracami na terenach wpisanych do rejestru zabytków. Ponadto Zamawiający podał, iż w zaświadczeniu z UM Zakopane potwierdzono sprawowanie jedynie nadzoru nad realizacją umowy nr WOŚ/14/2020 z dnia 10.03.2020 r. przez Pana W.M., natomiast brak zapisu dotyczącego sprawowania nadzoru przyrodniczego. Podobnie w oświadczeniu z dnia 20.01.2023 r. firma MatPark oświadczyła, że Pan W.M. był kierownikiem prac w ramach wyżej wymienionej umowy, ale nie prowadził nadzoru ornitologicznego, chiropterologicznego i entomologicznego.

Następnie Zamawiający stwierdził, iż po ponownej analizie dokumentacji postępowania, jak i uzasadnienia odwołania wraz z załącznikami, uznał, że wskazane osoby pomocnicze w wykazie osób, tj. Pan A.Ś. i Pan K.G., posiadają wymagane doświadczenie. Faktycznie zebrane w trakcie postępowania oświadczenia i dokumenty wystarczająco i jednoznacznie potwierdzają spełnienie przez te osoby warunku udziału w postępowaniu. Dlatego też, Zamawiający uznaje w tym zakresie zarzut odwołania za zasadny.

Odnosząc się do kolejnego zarzutu dotyczącego posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia przez Odwołującego, Zamawiający wskazał, iż wezwaniem z dnia 18 stycznia 2023 r. wyraźnie zaznaczył konieczność uzupełnienia dokumentów przez Wykonawcę w zakresie wzajemnych rozliczeń w ramach umów zawartych między AVR S.A. a EKO-DUO s.c., co zostało zignorowane przez Wykonawcę i wzajemne rozliczenia nie zostały przesłane. W skierowanym wezwaniu wskazano między innymi: „Ponadto zgodnie z oświadczeniem z dnia 05.11.2021 r. oraz Referencjami wystawionymi przez Urząd Miasta Nowy Sącz zadania w ramach postępowania ZPP.271.659.2018 realizowane były przez konsorcjum firm: AVR S.A. jako lidera oraz EKO-DUO S.C. jako partnera. W tej sytuacji konieczne jest przedstawienie dokumentów (wzajemne rozliczenia) potwierdzających na jakie kwoty zrealizowała usługę firma EKO-DUO S.C. na której wiedzę i doświadczenie powołuje się Wykonawca. Koszty reprezentacji konsorcjum, zarządzania administracyjnego i nadzoru nad realizacją kontraktu, za które odpowiada lider konsorcjum również wchodzi w zakres zamówienia nr ZPP.271.659.2018. Jest to szczególnie istotne, gdy wartość wskazanych usług przez Wykonawcę jest bliska wartości określonej w zamówieniu przez Zamawiającego jako spełnienie warunku udziału w postępowaniu. W związku z powyższym Zamawiający wzywa do poprawienia lub uzupełnienia oświadczeń i dokumentów dotyczących wykazu usług, celem jednoznacznego wykazania spełnienia przywołanego warunku udziału w postępowaniu.” Odpowiadając na wezwanie Odwołujący nie przedstawił żadnych dokumentów związanych z rozliczeniem partnerów konsorcjum i zakresem ich zadań, a w konsekwencji zdobytym w ramach tego kontraktu przez nich doświadczeniem i wartością wykonanych przez nich usług. Odwołujący, powołując się na doświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby zdobyte w ramach konsorcjum, powinien wskazać realizację części bądź całości zamówienia, w takim zakresie, w jakim ten podmiot realnie brał udział w danym zamówieniu, czego pomimo skierowanego wezwania nie wykazał. Tym samym Odwołujący nie udowodnił, że posiada wymaganą w opisie warunku udziału w postępowaniu niezbędną wiedzę i doświadczenie.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania, przekazanej przez Zamawiającego oraz dowody załączone do odwołania i odpowiedzi na odwołanie.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołanie, uwzględniając dokumentację postępowania oraz stanowiska zaprezentowane w sprawie, a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 528 Pzp.

Wykazując swoje uprawnienie do skorzystania ze środka ochrony prawnej Odwołujący wskazał, że jest wykonawcą, który złożył ofertę w postępowaniu, posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, jednocześnie może ponieść szkodę na skutek niezgodnej z ustawą czynności Zamawiającego. Zamawiający poprzez niezgodne z przepisami odrzucenie oferty Odwołującego pozbawia go możliwości uzyskania odpłatnego zamówienia publicznego, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć, tj. w przypadku prawidłowej subsumpcji przepisów prawa zamówień publicznych do zaistniałego stanu faktycznego.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej.

Izba stwierdziła, iż wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia konsorcjum: „VIRIDI HORTOS” A.K. - Lider Konsorcjum, F.U.H.P. „AQUA-EKO” S.B. – Partner, których oferta została odrzucona przez Zamawiającego w wykonaniu wyroku Izby z dnia 5 grudnia 2022 r. sygn. akt KIO 3041/22, stracili status wykonawcy w postępowaniu. W związku z tym zgłoszone przez nich przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego należy uznać za nieskuteczne. Stosownie bowiem do przepisu art. 525 Pzp uprawnienie do zgłoszenia przystąpienia przysługuje jedynie wykonawcy.

Izba ustaliła co następuje:

Pismem z 24 października 2023 r. Zamawiający poinformował, iż z uwagi na zaistnienie okoliczności, które wypełniają dyspozycję wynikającą z art. 255 pkt 3) ustawy Pzp, zobowiązany jest do unieważnienia postępowania w części 2 zamówienia, gdyż oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Zamawiający wskazuje, iż na realizację zamówienia przeznaczył w zakresie części 2 kwotę w wysokości 1.500.003,00 zł brutto, przy czym na zakres podstawowy kwotę 1.043.920,20 zł brutto, a na zakres objęty prawem opcji kwotę 456.082,80 zł brutto.

W postępowaniu w tej części złożono 2 oferty, których ceny mieściły się w kwocie przeznaczony na sfinansowanie zamówienia, niemniej oferty te podlegają odrzuceniu, co szczegółowo wykazano i uzasadniono poniżej.

Natomiast kolejna oferta złożona w tej części zamówienia przez firmę Gardenwork A.S., os. Wandy 32/33c, 31-907 Kraków, oferująca cenę brutto za całość zamówienia 1.583.300,00 zł brutto, przewyższa kwotę, jaką Zamawiający zamierza i może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Dlatego też, Zamawiający zobowiązany był do unieważnienia postępowania w tej części zamówienia. (...)

Ponadto Zamawiający informuje, iż w związku z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 05.12.2022r., w sprawie sygn. akt KIO 3041/22, unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w dniu 06.12.2022r., a następnie dokonał ponownej oceny i porównania ofert w części 2 zamówienia.

Zamawiający zawiadania również, że zgodnie z treścią przywołanego wyżej orzeczenia odrzucił ofertę nr 2 złożoną przez Konsorcjum Firm: „VIRIDI HORTOS” A.K., ul. Stolarza 7, 30-898 Kraków - Lider Konsorcjum, F.U.H.P. „AQUA-EKO” S.B. 32-862 Wójcikowa 248 Partner Konsorcjum, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. c) i b) ustawy Pzp, gdyż Wykonawca nie uzupełnił w odpowiedzi na wezwanie żądanych dokumentów podmiotowych potwierdzających spełniania warunków udziału w postępowaniu, jak i z uwagi na fakt, iż nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Uzasadnienie faktyczne i prawne zawarte jest w sentencji i uzasadnieniu wyroku KIO z dnia 05.12.2022r., dlatego też decyzja Zamawiającego nie wymaga dodatkowej argumentacji.

Dodać należy, iż na przywołane orzeczenie KIO została złożona skarga, którą Sąd Okręgowy w Warszawie, XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych, wyrokiem z dnia 22.06.2023r. w całości oddalił (sygn. akt XXIII Zs 25/23).

Ponadto Zamawiający informuje, że działając na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) i c) ustawy Pzp, odrzucił z postępowania w części 2 zamówienia ofertę Wykonawcy „WM” W.M., 33-318 Gródek nad Dunajcem 107, gdyż Wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, jak i nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Uzasadniając decyzję o odrzuceniu na wstępie należy zaznaczyć, iż oferta tego Wykonawcy została najwyżej oceniona w rankingu kryteriów oceny i porównania ofert, w związku z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 05.12.2022r., w sprawie sygn. akt KIO 3041/22 oraz wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie Sygn. akt XXIII Zs 25/23 z dnia 22.06.2023r. w sprawie skargi KIO 3041/22.

Przypomnieć należy, iż Zamawiający uchylił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w dniu 06.12.2022r. oraz dokonał ponownej oceny i porównania ofert, dlatego też Zamawiający w dniu 06.12.2022r., działając na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał do złożenia, podmiotowych środków dowodowych, tj. aktualnych na dzień ich złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 273 ust. 1 ustawy Pzp, a określonych w treści SWZ i ogłoszenia o zamówieniu w nieprzekraczalnym terminie do końca dnia 19.12.2022r.

Zamawiający wskazuje, iż w odpowiedzi na wezwanie Wykonawca w dniu 16.12.2023r. złożył oświadczenia i dokumenty mające potwierdzić spełnianie warunków udziału w postępowaniu, niemniej dokonana ocena tych oświadczeń i dokumentów nie potwierdziła spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W związku z powyższym w dniu 17.01.2023r. Zamawiający działając na art. 128 ust. 1 i ust. 4 ustawy Pzp zwrócił się do Wykonawcy z wezwaniem o poprawienie lub uzupełnienie złożonych podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W skierowanym piśmie Zamawiający wskazał szczegółowo i precyzyjnie, dlaczego nie może uznać pierwotnie złożonych oświadczeń i dokumentów potwierdzających wymagania określone w dokumentacji postępowania.

Zamawiający wskazał, iż zgodnie z pkt 8) ppkt 2.4.1.1 – 2.4.1.4 SWZ opisał warunek udziału w postępowaniu w sposób precyzyjny poprzez obowiązek wykazania przez Wykonawcę, że dysponują osobami zdolnymi do realizacji zamówienia, tj.:

1)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 Nadzoru 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.)

2)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,

3)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),

Ponadto Zamawiający wskazał, iż zgodnie z pkt 8) ppkt 2.4.2.1–2.4.2.1.2 SWZ opisał warunek udziału w postępowaniu w sposób precyzyjny poprzez obowiązek wykazania przez Wykonawcę, że posiada niezbędną wiedzę i doświadczenie, tzn. 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),

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

złotych).

Zamawiający analizując treści złożonych przez Wykonawcę oświadczeń i dokumentów podmiotowych w odniesieniu do wskazanej osoby nadzorującej lub kierującej pracami oraz wskazanej osoby przeznaczonej do nadzoru ornitologicznego, chiropterologicznego i entomologicznego, zauważa że nie potwierdziły tego w sposób niebudzący wątpliwości spełnienia wyżej wymienionych warunków.

Podnieść należy, iż w uzupełnionym oświadczeniu z dnia 20.01.2023r. Wykonawca wskazała, iż Pan W.M. w ramach świadczenia pracy na rzecz Spółki kierował pracami w zakresie utrzymania i pielęgnacji zieleni wysokiej oraz prowadził nadzory przyrodnicze w ramach realizacji następujących umów:

a) Umowa nr 7/ET/2020 z dnia 16.04.2020r. wraz z aneksem nr 1/2020 z 17.12.2020 r. oraz aneksem nr 2/2022 z 07.02.2022r.,

b) Umowa nr 8/ET/2020 z dnia 17.04.2020r. wraz z aneksem nr 1/2020 z 17.12.2020r. oraz aneksem nr 2/2022,

- na rzecz Grodzkiej Spółdzielni Mieszkaniowej w Nowym Sączu, Zespół Administracji Budynków Nr 1, jako kierownik prac oraz prowadzenie nadzoru ornitologicznego, chiropterologicznego i entomologicznego. W niniejszej umowie jako kierownik robót i osoby do nadzoru przyrodniczego wskazano Pana M.L..

Z dokumentów posiadanych przez Zamawiającego, tj. uzyskanych w odpowiedzi na wniosek Zamawiającego, w piśmie z dnia 03.08.2023r. Grodzka Spółdzielnia Mieszkaniowa w Nowym Sączu potwierdza, że Pan W.M. sprawował nadzór, bez rozdziału na nadzór nad realizacją umowy i nadzór przyrodniczy, natomiast nie potwierdzono i nie udokumentowano faktu sprawowania nadzoru przyrodniczego. Nie uczynił tego również sam Wykonawca w odpowiedzi na skierowane wezwanie do poprawienia lub uzupełnienia, a tym samym nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Z kolei wykazana przez Wykonawcę Umowa nr ZZM/U/1/12/ZZ/88/2020 z dnia 13.02.2020r. „Utrzymanie zieleni wysokiej, na terenie Gminy Miejskiej Kraków w latach: 2020 – 2022”, dla Zarządu Zieleni Miejskiej w Krakowie, w odniesieniu do części 2 zamówienia, która to usługa była realizowana przez Zamawiającego, nie wskazuje i nie potwierdza sprawowania nadzoru przez Pana W.M., gdyż w treści umowy oraz w Wykazie osób do niej załączonym, do kierowania pracami i sprawowania nadzoru przyrodniczego wskazany był Pan M.L.. Wykonawca nie wykazał, pomimo skierowanego wezwania do poprawienia lub uzupełnienia oświadczeń i dokumentów, iż Pan W.M. w ramach tego kontraktu pełnił jakiegokolwiek czynności, czym nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Ponadto Zamawiający analizując treść złożonych przez Wykonawcę oświadczeń i dokumentów podmiotowych w odniesieniu do wskazanych dwóch pracowników pomocniczych, uznał iż nie potwierdziły one spełnienia wyżej wymienionego warunku. W przedłożonym oświadczeniu z dnia 20.01.2023r. Wykonawca stwierdził, że pracownicy Pan M.S. i Pan T.M. świadczyli pracę na rzecz firmy J.Z. LASTECH.

Z dokumentów posiadanych przez Zamawiającego, tj. uzyskanych w odpowiedzi od podmiotów i jednostek samorządowych, w których firma J.Z. LASTECH realizowała usługi jako Podwykonawca dla Wykonawcy MatPark Sp. z o.o., wynika, że pracownicy Pan M.S. i Pan T.M. zatrudnieni w firmie J.Z. LASTECH nie świadczyli usługi przy realizacji wskazanych usług dla firmy MatPark Sp. z o.o.

Zgodnie z informacją uzyskaną od Grodzkiej Spółdzielni Mieszkaniowej w Nowym Sączu, oświadczyła ona, że nie może w sposób dowodny potwierdzić czy firma J.Z. LASTECH realizowała prace jako Podwykonawca dla Wykonawcy MatPark Sp. z o.o., ponieważ umowy nie określały obowiązku zgłaszania Podwykonawcy, natomiast sam Wykonawca pomimo wezwania do poprawienia lub uzupełnienia nie złożył w tym zakresie dowodu potwierdzającego treść złożonego oświadczenia.

Z kolei zgodnie z informacją uzyskaną od Urzędu Miasta Zakopane, który oświadczył że w realizowanych umowach firma J.Z. LASTECH, Moszczenica Niżna 274, 33-340 Stary Sącz nie figurowała jako podwykonawca firmy MatPark Sp. z o.o. o 33-318 Gródek nad Dunajcem 107, również nie wynika wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Gmina poinformowała też, że pracownicy Pan M.S. oraz Pan T.M. nie figurowali w wykazie osób jako podwykonawcy w ramach realizowanej umowy nr WOŚ/14/2020 z dnia 10.03.2020r. zawartej z Wykonawcą MatPark Sp. z o.o., 33318 Gródek nad Dunajcem 107.

W związku z powyższym Zamawiający uznał, iż Wykonawca nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania osób niezbędnych do realizacji zamówienia, które posiadałyby udokumentowaną wiedzę i doświadczenie, jakie opisano w treści SWZ.

Zauważyć również należy, iż analiza treści złożonych przez Wykonawcę oświadczeń i dokumentów podmiotowych dotyczących wykazu usług, również nie potwierdza tego w sposób niebudzący wątpliwości.

Odnośząc się do złożonych wyjaśnień dotyczących umowy/umów nr ZZZP.272.659.2018 Wykonawca w jednym zdaniu pisma przewodniego z dnia 19.01.2023r. podaje, że oba zadania realizowane były w ramach jednej umowy: „WM” W.M. informuje, że zadania nr I oraz nr II miały ten sam nr umowy ZZZP.272.659.2018, tj. umowa nr ZZZP.272.659.2018 – Zadanie I oraz umowa nr ZZZP.272.659.2018 – Zadanie II.” Po czym w kolejnym zdaniu pisma przewodniego informuje o dwóch umowach: „W załączeniu przesyłam zakres poszczególnych zadań (zał. nr 3 do specyfikacji oraz załącznik nr 4 do specyfikacji) oraz informuję, że wartość zawartych umów wynosi zgodnie z ogłoszeniem o wyborze oferty najkorzystniejszej Zadanie I – 3 046 405,83 zł brutto natomiast Zadania II – 735 419,88 zł brutto”.W oświadczeniu EKO-DUO S.C., tj. podwykonawcy udostępniającego zasoby Wykonawcy wskazano, iż: „Ja K.G. 33-323 Lipnica Wielka 145 oświadczam, że w ramach świadczenia pracy na rzecz Miasta Nowego Sącza nabyłem doświadczenie w pracach dotyczących pielęgnacji i utrzymania zieleni wysokiej w ramach realizacji następujących umów”, a w Referencjach z Urzędu Miasta Nowego Sącza z dnia 14.07.2022r. podano, że zadania realizowane były w ramach dwóch odrębnych umów. Nie zostało potwierdzone dokumentami jakie Wykonawca „WM” W.M. zawarł umowy z Urzędem Miasta Nowy Sącz o co wnioskował Zamawiający w wezwaniu z dnia 18.01.2023r.

Wobec czego nie można potwierdzić jednoznacznie, czy Wykonawca spełnia warunek posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia polegając w całości na doświadczeniu podwykonawcy EKO-DUO S.C., czy też polegając na wiedzy i doświadczeniu uzyskanym przez podmiot trzeci i na doświadczeniu stanowiącym zasób własny Wykonawcy.

Zgodnie z informacją uzyskaną od Urzędu Miasta Nowego Sącza - Wydziału Komunalnej Obsługi Miasta, Gmina wskazuje, że zawarto dwie umowy z Konsorcjum firm: AVR S.A. ul. Dietla 93/4, 31-031 Kraków i EKO-DUO S.C. K.G. A.Ś., Lipnica Wielka 145, 33-323 Lipnica Wielka o tym samym numerze ZZZP.271.659.2018, wobec czego należy wymienione dwie umowy należy traktować jako dwie oddzielne usługi.

Należy podkreślić że ww. dwie umowy realizowane były przez konsorcjum firm: AVR S.A. ul. Dietla 93/4, 31-031 Kraków i EKO-DUO S.C. K.G. i A.Ś., Lipnica Wielka 145, 33-323 Lipnica Wielka. W piśmie z 17.01.2023r. Zamawiający wezwał do poprawienia lub uzupełnienia oświadczeń i dokumentów dotyczących wykazu usług, celem jednoznacznego wykazania spełnienia przywołanego warunku udziału w postępowaniu w zakresie wartości usług jakie zrealizowała firma EKO-DUO S.C. w ramach ww. konsorcjum. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Wykonawca nie przedstawił wzajemnych rozliczeń między konsorcjantami na potwierdzenie wartości usług zrealizowanych przez poszczególnych konsorcjantów w ramach ww. umów.

Dodatkowo celem uzyskania informacji w ww. zakresie Zamawiający zwrócił się do Urzędu Miasta Nowego Sącza pismem z dnia 25.07.2023r. w sprawie potwierdzenia na jaką kwotę zrealizowała usługi w ramach konsorcjum z AVR S.A. firma EKO-DUO S.C. K.G. i A.Ś. oraz o przesłanie rozliczeń pomiędzy konsorcjantami, z których będzie wynikało na jaką kwotę usługę ww. firma (tj. EKO-DUO S.C. K.G. i A.Ś.), a w przypadku braku posiadania takich rozliczeń o udzielenie informacji odnośnie wartości prac wykonanych przez poszczególnych konsorcjantów. Gmina nie udzieliła jednoznacznej odpowiedzi, a jedynie oświadczyła, iż nie posiada rozliczeń między konsorcjantami.

W związku z powyższym Zamawiający uznał, iż wskazane usługi przedstawione w Wykazie usług oraz załączone do nich oświadczenia i dokumenty, pomimo wezwania do ich poprawienia lub uzupełnienia, nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia.

W związku z powyższym Zamawiający zmuszony był w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) i c) ustawy Pzp, odrzucić ofertę Wykonawcy z uwagi na niespełnianie przez niego warunków udziału w postępowaniu. (...)

Ponadto Zamawiający podkreśla, iż nieuzupełnienie dokumentów w terminie, podobnie jak i niepełne ich uzupełnienie, albo uzupełnienie niepotwierdzające spełnienia warunków wymaganych w SWZ, jest równoznaczne z niewykazaniem spełnienia warunków udziału w postępowaniu. (...)

Mając na uwadze opisany wyżej stan faktyczny i prawny oraz dokumenty zgromadzone w toku postępowania, stwierdzić należy, iż bezsprzecznie zachodzi konieczność odrzucenia Wykonawcy z postępowania na podstawie powołanego art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) oraz lit. c) ustawy Pzp, gdyż Wykonawca nie spełnił warunków udziału w postępowaniu oraz nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Dlatego też, Zamawiający zobowiązany był do orzeczenia jak na wstępie.

Mając na uwadze powyższe oraz stan faktyczny i prawny w przedmiotowej sprawie, decyzje podjęte przez Zamawiającego są w pełni uzasadnione. Dlatego też, Zamawiający zobowiązany był do odrzucenia ofert wskazanych Wykonawców, a konsekwencji unieważnienia postępowania. (...)

Przedstawione powyżej w odwołaniu cytaty z SWZ oraz złożonych dokumentów w większości nie wymagają powtórzenia w dalszej części uzasadnienia.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Ad zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c Pzp

Wobec uwzględnienia przez Zamawiającego ww. zarzutu w tej części, w której dotyczył on braku spełnienia warunku udziału w postępowaniu, określonego w pkt 8 ppkt 2.4.1.4 SWZ, do rozpatrzenia przez Izbę podlegało czy Zamawiający zasadnie uznał, że Odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu określonych w pkt 8:

- 1) ppkt 2.4.1.1 i 2.4.1.3 SWZ, dotyczących doświadczenia pana W.M. jako osoby wskazanej przez Odwołującego do pełnienia nadzoru, o którym mowa w tych punktach SWZ,
- 2) ppkt 4.4.2.1. SWZ, dotyczącego wiedzy i doświadczenia Odwołującego.

Stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c Pzp. 1. *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: 2) została złożona przez wykonawcę: b) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, lub c) który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń;*

W przypadku odrzucenia oferty, Izba ocenia zasadność podjętej przez zamawiającego czynności z uwzględnieniem treści uzasadnienia przekazanego przez Zamawiającego w informacji o jej dokonaniu. Podkreślić przy tym należy, że odrzucenie oferty wykonawcy z powodu niewykazania warunku udziału w postępowaniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp musi być poprzedzone prawidłowym wezwaniem do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, wystosowanym na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp. Wezwanie to powinno precyzyjnie wskazywać spełnienie jakiego konkretnego warunku udziału w postępowaniu nie zostało wykazane przez wykonawcę i dlatego zamawiający tak uznaje. W sytuacji, gdy wykonawca składa formalnie poprawne podmiotowe środki dowodowe, zamawiający zobowiązany jest precyzyjnie wskazać, dlaczego w jego ocenie te środki dowodowe nie potwierdzają spełnienia postawionego przez niego warunku udziału w postępowaniu. Dopiero bezskuteczny upływ terminu na usunięcie precyzyjnie opisanego uchybienia, może stanowić podstawę do odrzucenia oferty z powodu jego zaistnienia. Nadto zauważenia wymaga, że SWZ nie może być zmieniana po otwarciu ofert, a Zamawiający i wykonawcy są związani jej postanowieniami. Ewentualne, uzasadnione w danych warunkach wątpliwości interpretacyjne postanowień SWZ nie mogą negatywnie skutkować dla wykonawcy.

W ocenie Odwołującego wykazał on spełnienie spornych warunków udziału w postępowaniu już za sprawą dokumentów złożonych na wezwanie wystosowane na podstawie art. 126 ust. 1 Pzp, również dodatkowo złożone na wezwanie w trybie art. 128 ust. 1 i 4 Pzp oświadczenia i dokumenty potwierdzają spełnianie tych warunków. Nie wystąpiła zatem wskazana przez Zamawiającego podstawa do odrzucenia jego oferty.

Zdaniem Zamawiającego natomiast Odwołujący nie złożył oczekiwanych przez niego dokumentów i nie wykazał spełniania ww. warunków udziału w postępowaniu.

Na wstępie należy zauważyć, iż wspólne dla zarzutów wymienionych w ww. pkt 1 i 2, tj. dotyczących spełnienia warunków określonych w pkt 8 ppkt 2.4.1.1 i 2.4.1.3 SWZ, dotyczących doświadczenia W.M. jako osoby wskazanej przez Odwołującego do pełnienia nadzoru, o którym mowa w tych punktach SWZ oraz w pkt 8 ppkt 4.4.2.1. SWZ, dotyczącego wiedzy i doświadczenia Odwołującego są następujące okoliczności:

- 1) istnienie po stronie Zamawiającego wątpliwości co do spełniania warunków udziału w postępowaniu a nie przekonania opartego na rzeczywistych przesłankach, że Odwołujący ich nie spełnia, precyzyjnie wskazanych najpierw w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów, a następnie w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
- 2) zgłoszenie przez Zamawiającego w wezwaniu wystosowanym na podstawie art. 128 ust. 1 i 4 nowych, nie wymienionych w SWZ oczekiwań, tj.:
 - a) co do doświadczenia osób - przedłożenia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług wskazanych dla wykazania jego doświadczenia, postępowaniu dotyczącego doświadczenia osób i w związku z tym podjęcie próby rozszerzenia opisu warunku udziału ppkt 2.4.1.3 o zapis przewidziany w opisie warunku z ppkt 2.4.1.1 o wskazanie na oraz ich należyte wykonanie (np. świadectwo pracy, referencja, oświadczenie o zatrudnieniu, umowa itp.) oraz rozszerzenie oceny spełniania warunku udziału z ppkt 2.4.1.1 i ppkt 2.4.1.3 o kwestie należytego wykonania usług potwierdzonego dodatkowymi dokumentami, nie wskazanymi w SWZ jak podmiotowe środki dowodowe.
 - b) co do doświadczenia wykonawcy - przedłożenia rozliczenia konsorcjantów.

Tymczasem jak wskazano powyżej, SWZ nie może być zmieniana po otwarciu ofert, co oznacza, że zmiana SWZ nie może być wprowadzona także poprzez wezwanie do uzupełnienia dokumentów wystosowane na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp.

W związku z tym, w ocenie Izby z faktu, iż Odwołujący nie zaskarżył wezwania do uzupełnienia dokumentów wykraczającego poza katalog określonych w SWZ podmiotowych środków dowodowych, nie można skutecznie wywodzić, iż zmiana SWZ została skutecznie dokonana przez Zamawiającego.

Przechodząc do poszczególnych zarzutów odwołania należy wskazać:

Ad ww. pkt 1 - zarzuty dotyczące uznania przez Zamawiającego braku spełnienia przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu dotyczących doświadczenia W.M. jako osoby wskazanej do pełnienia nadzoru, o którym mowa w pkt 8 ppkt 2.4.1.1 i 2.4.1.3 SWZ

W odniesieniu m.in. do części 2 zamówienia Zamawiający w pkt 8 ppkt 2.4.1.1 i 2.4.1.3 SWZ w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wymagał dysponowania osobami zdolnymi do realizacji zamówienia, tj.:

- ppkt 2.4.1.1 - *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 Nadzoru 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.),*

- ppkt 2.4.1.3 - *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.*

Jednocześnie Zamawiający w SWZ poinformował, że 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.

W pkt 8 ppkt 2.4.1 SWZ in fine Zamawiający wskazał, że w zakresie warunków dotyczących dysponowania osobami zdolnymi do realizacji zamówienia ocena spełnienia warunku będzie dokonywana metodą 0-1, tj. nie spełnia/spełnia, w oparciu o oświadczenia Wykonawcy wyrażone w oświadczeniu JEDZ oraz dokumenty i oświadczenia złożone przez Wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego odpowiednio do treści wzoru stanowiącego Załącznik 6 do SWZ.

W pkt 9 Zamawiający określił wykaz podmiotowych środków dowodowych, wskazując, iż przed wyborem najkorzystniejszej oferty wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych. W ppkt 1.5 zostało określone, że wymaga 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.

Zgodnie z treścią opracowanego przez Zamawiającego wzoru załącznika nr 6 do SWZ - Wykaz osób w odniesieniu do m.in. części 2 zamówienia Zamawiający wymagał złożenia przez wykonawcę oświadczenia, że dysponuje osobami zdolnymi do realizacji zamówienia o treści odpowiadającej warunkom udziału w postępowaniu, określonym m.in. w ww. pkt 8 ppkt 2.4.1. i ppkt 2.4.1.3 SWZ oraz wypełnienia tabeli, w której winno być podane: imię i nazwisko wskazanej osoby/ osób, zakres wykonywanych czynności - kwalifikacje zawodowe (np. certyfikaty, świadectwa, nr uprawnień o ile dotyczy), wykształcenie i okres praktyki zawodowej – odpowiednio do wymagania opisu warunku, opis doświadczenia w zakresie przedstawienia realizacji prac potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu opisanych w SWZ odpowiednio dla danej osoby o ile dotyczy oraz informacje o podstawie dysponowania i/lub załączone zobowiązania o udostępnieniu. W przypisie do tabeli zostało podane: *wypełnić odpowiednią liczbę wierszy w zależności od liczby*

wskazanych osób dla potrzeb oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w danej części zamówienia.

Powyższe wskazuje, że ani w katalogu podmiotowych środków dowodowych ani w załączniku nr 6 Zamawiający nie wymagał załączenia do wykazu osób jakichkolwiek dokumentów, co oznacza, że opierał się na oświadczeniach wykonawcy złożonych odpowiednio dla poszczególnych warunków udziału w postępowaniu dotyczących doświadczenia osób oraz treści zawartych w tym zakresie w tabeli.

Na wezwanie Zamawiającego wystosowane na podstawie art. 126 ust. 1 Pzp, Odwołujący przekazał wykaz osób, w którym złożył wymagane oświadczenia dotyczące spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz korzystając z możliwości łączenia funkcji osób przeznaczonych do nadzorowania lub kontrolowania prac przy realizacji zamówienia, o których mowa m.in. w pkt 8 ppkt 2.4.1.1 i 2.4.1.3 SWZ, w przypadku posiadania przez jedną osobę stosownych uprawnień, kwalifikacji i doświadczenia wymaganych dla tych funkcji, w odniesieniu do tych warunków udziału w postępowaniu, wskazał siebie, podając w tabeli odpowiednio:

- „Kierownik – Kierowanie pracami polegającymi na utrzymaniu zieleni wysokiej na terenie Gminy Miejskiej Kraków oraz nadzorowanie prac na terenach zabytkowych, posiada uprawnienia do prowadzenia i nadzorowania prac na terenach zabytkowych, posiada uprawnienia SITO NOT inspektora nadzoru prac na terenach zurbanizowanych w tym: w parkach, przy drzewach pomnikowych, ukończony kurs Gospodarz Terenów Zieleni, kurs Konserwator Przyrody, ukończony kurs instruktorów drwali operatorów pilarek mechanicznych, uprawnienia inspektora nadzoru robót arborystycznych. Osoba przeznaczona do nadzoru ornitologicznego, chiropterologicznego i entomologicznego, posiada uprawnienia do nadzoru ornitologicznego, chiropterologicznego i entomologicznego”

- „Wykształcenie wyższe magister inżynier w zakresie leśnictwa, ponad 15 lat doświadczenia zawodowego, posiada ukończone kursy z zakresu prowadzenia prac na terenach zieleni i drzewostanie. Posiada doświadczenie w nadzorowaniu lub kierowaniu pracami w zakresie utrzymania i pielęgnacji zieleni wysokiej, co najmniej przy dwóch zrealizowanych zamówieniach”

- „Ponad 10 lat doświadczenia w nadzorowaniu i kierowaniu pracami dotyczącymi usług utrzymania i pielęgnacji zieleni w tym w zakresie utrzymania i pielęgnacji zieleni wysokiej przy co najmniej dwóch zrealizowanych zamówieniach. Doświadczenie w prowadzeniu co najmniej dwóch nadzorów przyrodniczych tj. ornitologicznych, chiropterologicznych i entomologicznych”.

Nie ma sporu co do tego, że do wykazu Odwołujący załączył wskazane powyżej w odwołaniu dokumenty.

Pismem z 18 stycznia 2023 r. Zamawiający wskazując na art. 128 ust. 1 i 4 Pzp stwierdził, że nie może uznać złożonych w dniu 16 grudnia 2022 r. na jego wezwanie oświadczeń i dokumentów w odniesieniu do wykazu osób w zakresie warunków określonych w pkt 8 ppkt 2.4.1.1 i 2.4.1.3 SWZ, stwierdzając brak wykazania doświadczenia osoby nadzorującej lub kierującej pracami oraz przeznaczonej do nadzoru ornitologicznego, chiropterologicznego i entomologicznego, tj. Pana W.M.

W odniesieniu do warunków określonych w pkt 8 ppkt 2.4.1.1 i warunków określonych w pkt 8 ppkt 2.4.1.3 SWZ Zamawiający stwierdził brak podania co najmniej dwóch usług potwierdzających niezbędne kwalifikacje i w odniesieniu do obydwu ww. warunków udziału w postępowaniu poprosił o uzupełnienie lub poprawienie i udokumentowanie faktu, iż wskazana osoba posiada wymagane doświadczenie poprzez:

ppkt 2.4.1.1 - jakie to były prace i na czyje zlecenie potwierdzającymi zakres obowiązków oraz ich należyte wykonanie (np. świadectwo pracy, referencja, oświadczenie o zatrudnieniu, umowa itp.)

ppkt 2.4.1.3 - jakie to były prace (np. referencje, umowy, zlecenia wraz z potwierdzeniem należytego wykonania prac) i ewentualnie na czyje zlecenie.

Treść wezwania w tym zakresie jest nieprecyzyjna, nie wynika z niego, dlaczego Zamawiający stwierdził, iż wykaz usług nie zawiera dwóch usług potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Nadto wskazany w wezwaniu sposób uzupełnienia lub poprawienia wykazu osób wskazuje na oczekiwanie jego uzupełnienia o dokumenty, które nie były wymagane w SWZ jako załączniki do tego wykazu, a jedynie były wskazane w opisie jednego z ww. warunków udziału w postępowaniu, tj. określonego w pkt 8 ppkt 2.4.1.1. Zamawiający nie wyjaśnił przy tym dlaczego nie uznaje oświadczeń własnych złożonych zgodnie z wymogami SWZ przez Odwołującego, będącego podmiotem jednoosobowo prowadzącym działalność gospodarczą.

W odpowiedzi na ww. wezwanie Odwołujący złożył oświadczenia własne oraz odbiorcy usług, tj. MatPark sp. z o.o. a także Urzędu Miasta Zakopane i umowy z ZMM Wrocław oraz SM Nowy Sącz. Zamawiający stwierdził jednak, że jego zdaniem nie potwierdziły one w sposób niebudzący wątpliwości spełnienia postawionych warunków udziału w postępowaniu i w związku z tym zdecydował o odrzuceniu oferty tego wykonawcy. Jak wynika z uzasadnienia odrzucenia

oferty Odwołującego, Zamawiający wystąpił do Grodzkiej Spółdzielni Mieszkaniowej i uzyskał potwierdzenie, że *Pan W.M. sprawował nadzór, bez rozdziału na nadzór nad realizacją umowy i nadzór przyrodniczy, natomiast nie potwierdzono i nie udokumentowano faktu sprawowania nadzoru przyrodniczego. Nie uczynił tego również sam wykonawca w odpowiedzi na skierowane wezwanie do poprawienia lub uzupełnienia, a tym samym nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu.* Zamawiający nie zakwestionował faktu wykonywania przez Odwołującego wymaganych usług, jak też nie wyjaśnił, dlaczego w przypadku sprawowania nadzoru przez wskazaną osobę brak rozdziału na nadzór nad realizacją umowy i nadzór przyrodniczy, nie potwierdza jego zdaniem spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Na rozprawie Zamawiający wskazywał na brak dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług przez Pana W.M.. Nie zakwestionował przy tym posiadania oświadczenia Grodzkiej Spółdzielni Mieszkaniowej potwierdzającego, że wskazane umowy były realizowane prawidłowo oraz że nadzór w ramach umów prowadzili panowie W.M. i M.L.. Nadto pominął fakt złożenia przez Odwołującego m.in. oświadczenia odbiorcy usług - MatPark sp. z o.o. z 20 stycznia 2023 r., potwierdzającego należyte wykonanie wskazanych prac, z którego wynika, że pan W.M. w ramach świadczenia pracy na rzecz tej spółki kierował pracami w zakresie utrzymania i pielęgnacji zieleni wysokiej oraz prowadził nadzory przyrodnicze w ramach wskazanych umów: nr 7/ET.2020 z 16.04.2020 wraz z aneksami na rzecz Grodzkiej Spółdzielni Mieszkaniowej w Nowym Sączu, Zespół Administracji Budynków nr 1 – kierownik prac oraz prowadzenie nadzoru ornitologicznego, chiropterologicznego i entomologicznego; nr 8/ET/2020 z 17.04. 2020 r. wraz z aneksami na rzecz Grodzkiej Spółdzielni Mieszkaniowej w Nowym Sączu, Zespół Administracji Budynków nr 3 – kierownik prac oraz prowadzenie nadzoru ornitologicznego, chiropterologicznego i entomologicznego; nr WOŚ/14/2020 z 10.03.2020 r. wraz z aneksami na rzecz Gminy Miasta Zakopane – kierownik prac; nr ZZMU/1/12/ZZ/88/2020 z 13.02.2020 r. – kierownik prac.

W związku z tym zarzut dotyczący niezasadnego odrzucenia oferty Odwołującego na wskazanych podstawach należy uznać za potwierdzony. Za niedopuszczalną należy uznać sytuację, w której Zamawiający po pierwsze w sposób nieprecyzyjny formułuje wezwanie, nadto czyni to w sposób wskazujący na zmianę SWZ w zakresie podmiotowych środków dowodowych, a w konsekwencji zmianę opisu spełniania warunku udziału w postępowaniu, a następnie w miejsce przewidzianej w SWZ 0-1 oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w oparciu w wskazane w SWZ podmiotowe środki dowodowe, dokonuje tej oceny ze wskazaniem na wymagane dopiero w wezwaniu wystosowanym w trybie art. 128 ust. 1 i 4 Pzp okoliczności dotyczące należytego wykonania usług wskazanych na potwierdzenie doświadczenia Pana W.M., przy czym czyni to z pominięciem złożonych oświadczeń Odwołującego i odbiorcy usługi w sposób wskazujący na istnienie po jego stronie jedynie wątpliwości.

Ad ww. pkt 2 - zarzut dotyczący stwierdzenia przez Zamawiającego braku spełnienia przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia wykonawcy, o którym mowa w pkt 8 ppkt 4.4.2.1. SWZ

W pkt 8 ppkt 2.4.2.1. SWZ m.in. w zakresie części nr 2 Zamawiający przewidział warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia wykonawcy, wskazując:

2.4.2.1 - posiada wiedzę i doświadczenie w zakresie objętym zamówieniem, które musi 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:

2.4.2.1.1 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),

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

W pkt 9 SWZ zawierającym wykaz podmiotowych środków dowodowych w ppkt 1.6 zostało określone, że Zamawiający w celu potwierdzenia spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu będzie żądał 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 (...).

We wzorze wykazu usług, Zamawiający wymagał podania: Przedmiot zamówienia (rodzaj i zakres czynności), Całkowita wartość brutto, Data/y realizacji i miejsce wykonania, Nazwa, adres Zleceniodawcy.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Odwołujący złożył wykaz usług wraz z referencjami potwierdzającymi należyte wykonanie. W wykazie usług przedstawił trzy usługi, w tym dwie pierwsze zrealizowane na rzecz Urzędu Miasta Nowy Sącz ze wskazaniem na zasób udostępniony przez EKO-DUO s.c. Wartość pierwszej z tych usług określając na powyżej 730 000 zł, zaś drugiej na powyżej 167 000 zł. Trzecia z pozycji dotyczy usług zrealizowanych na rzecz Zarządu Dróg Wojewódzkich w Krakowie o wartości powyżej 50 000 zł ze wskazaniem na zasób własny. Do wykazu usług zostały załączone trzy referencje: z 14 lipca 2022 r., 16.12.2022 r., 03.02.2022 r.

Pismem z 18 stycznia 2023 r. Zamawiający wskazał, że „(...) w ocenie Zamawiającego złożone przez Wykonawcę oświadczenia i dokumenty nie potwierdzają tego w sposób niebudzący wątpliwości, gdyż:

1) z analizy złożonych dokumentów, tj. wykazu usług oraz referencji wystawionych przez Urząd Miasta Nowego Sącza dla podwykonawcy udostępniającego zasoby Wykonawcy, czyli EKO-DUO S.C. w ramach zadania: „Zrealizowanie usługi, która obejmowała utrzymanie i pielęgnację zieleni wysokiej, w zakresie obejmującym cięcia pielęgnacyjne (sanitarne lub prześwietlające) oraz wycinki drzew”, podano łącznie wartość prac na kwotę powyżej 700.000 zł brutto. Należy zaznaczyć, że w postępowaniu ZPP.271.659.2018: Przedmiotem zamówienia jest usługa bieżącego utrzymania terenów zieleni miejskiej Nowego Sącza, które Zamawiający dzieli zamówienie na 2 części, zwane dalej „Zadaniami” tj.:

a) Zadanie I - Utrzymanie terenów zieleni miejskiej: parków, zieleńców, zieleni przydrożnej.

b) Zadanie II - Utrzymanie terenów zieleni miejskich sąsiadujących z nieruchomościami zabudowanymi. Szczegółowy zakres został określony w załączniku nr 1 dla Zadania 1 i w załączniku nr 2 dla Zadania 2. Zgodnie z wyżej wskazanym postępowaniem zamówienie będzie wykonane zgodnie z wzorami umów, stanowiącymi:

– Załącznik nr 3 do specyfikacji dla Zadania I

– Załącznik nr 4 do specyfikacji dla Zadania II.

W złożonych referencjach podano łącznie kwoty dla obu umów, tj. Zadania nr 1 i zadania nr 2, które stanowiły odrębne części. W referencjach podano numer postępowania przetargowego, tj. ZPP.271.659.2018, lecz nie podano numerów dwóch umów stanowiących dwie oddzielne usługi.

Dlatego też, konieczne jest wykazanie i potwierdzenie dokumentami co wchodziło w zakres poszczególnych zadań, a także jakie Wykonawca zawarł umowy z Urzędem Miasta Nowy Sącz i na jakie kwoty”.

Jak wynika z powyższego stanowiska Zamawiającego, z analizy złożonych dokumentów, tj. wykazu usług oraz referencji wystawionych przez Urząd Miasta Nowego Sącza dla podwykonawcy udostępniającego zasoby Wykonawcy, czyli EKO-DUO s.c. w ramach określonego zadania, Odwołujący wykazał, że spełnia postawiony w SWZ warunek udziału w postępowaniu. Jasno określona została wartość dwóch usług, przekraczająca określone w SWZ minimum. Nie występuje sprzeczność pomiędzy wykazem usług a referencjami. Referencje wydane przez podmiot, który ma wiedzę o tym jak i przez kogo zostały wykonane usługi, stwierdził ich należyte wykonanie przez podmiot, na którego zasoby Odwołujący się powołuje, a zatem okoliczność, iż działał on przy realizacji tych zamówień w ramach konsorcjum pozostaje bez wpływu na ocenę spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Zamawiający jest w posiadaniu dokumentów wymaganych stosownie do postanowień SWZ, które potwierdzają spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Zwraca przy tym uwagę, iż Zamawiający nie zaprzeczył twierdzeniom Odwołującego, że jest również w posiadaniu pisma Urzędu Miasta Nowego Sącza z dnia 14.07.2023 r., gdzie ten zamawiający wskazuje, że konsorcjum AVR i EKO-DUO wykonało dwie umowy (dwie odrębne usługi) i w dalszej części tego pisma wskazuje jaka jest wartość tych umów; pisma Urzędu Miasta Nowego Sącza z dnia 07.08.2023 r., gdzie ten zamawiający wskazuje, iż nie posiada rozliczeń ale jednocześnie oświadcza, że pełen zakres umów wykonał partner konsorcjum – EKO-DUO; oświadczenia lidera konsorcjum AVR z dnia 05.11.2021 r.. w którym członek konsorcjum oświadczył, iż „(...) pełen zakres umowy w ramach zamówienia pn. utrzymanie terenów zieleni miejskiej Nowego Sącza’ (umowy nr ZPP.272.659.2018 /zadanie I oraz nr ZPP.272.659.2018 /zadanie II (...) wykonał (...) Partner Konsorcjum – EKO-DUO s.c. K.G., A.Ś., natomiast Lider odpowiadał za reprezentację Konsorcjum, zarządzanie administracyjne kontraktem i nadzór jego należytego wykonywania. W realizacji nie brały udziału inne podmioty - w tym podwykonawcy”; wyjaśnienia Odwołującego z dnia 19.01.2023, w którym wskazano przy okazji przedstawianiu szczegółowych wycień, że „(...) AVR S.A. – Konsorcjant za reprezentację Konsorcjum, zarządzanie administracyjne kontraktem i nadzór jego

należytego wykonania otrzymał wynagrodzenie w wysokości do 15 % wartości umów”; referencji wystawionych przez Urząd Miasta Nowego Sącza z dnia 03.02.2022 r., gdzie wskazano, iż „(...) firma EKO-DUO s.c. K.G., A.Ś. (...) w ramach konsorcjum (...) zrealizowała usługę utrzymania terenów zieleni Nowego Sącza (...) usługa została zrealizowana z należytą starannością”. W tych referencjach określono także kwoty umów w podziale na zadania i poszczególne lata oraz szczegółowy zakres usług w zadaniu I i II; referencji wystawionych przez Urząd Miasta Nowego Sącza z dnia 14.07.2022 r., gdzie wskazano, że „Firma EKO-DUO s.c. K.G., A.Ś. powierzoną usługę wykonała z należytą starannością”. W tych referencjach w Urząd Miasta Nowego Sącza wskazał jakiej wysokości były wartości usług zrealizowanych wyłącznie przez Firma EKO-DUO, tj.: w roku 2020 - 391 813,20 zł, w roku 2021 - 407 808,00 zł, czyli ponad 700 tys. tylko w dwóch latach.

W związku z tym odrzucenie oferty tego wykonawcy z uwagi na bliżej nieokreślone wątpliwości co do wartości usług zrealizowanych przez EKO-DUOs.c. w sytuacji, gdy podział zadań pomiędzy członkami konsorcjum był taki, iż EKO-DUO s.c. zrealizowała całość prac, których wartość odpowiada wymogom SWZ, zaś AVR jedynie zarządzał umową, należy uznać za nieuzasadnione. Wystosowane wezwanie, które wykracza poza katalog dokumentów, jakich Zamawiający żądał w SWZ na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, nie może skutecznie zmienić SWZ i nie eliminuje z postępowania złożonych przez Odwołującego dokumentów w postaci wymaganych w SWZ podmiotowych środków dowodowych.

W ocenie Izby za nieuprawnione należy uznać wyciąganie negatywnych konsekwencji wobec Odwołującego w postaci odrzucenia jego oferty z powodu braku przedłożenia przez Odwołującego oraz przez Urząd Miasta Nowego Sącza wzajemnych rozliczeń członków konsorcjum, których Zamawiający nie wymagał w SWZ.

Ad zarzut naruszenia art. 255 pkt 3 Pzp

Stosownie do art. 255 pkt 3 Pzp *Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli: 3) cena lub koszt najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty;*

Zarzut ten jest konsekwencją ww. zarzutów odwołania, które znalazły potwierdzenie.

W związku z tym, skoro oferta Odwołującego nie podlegała odrzuceniu z uwagi na wskazane przez Zamawiającego okoliczności, to również ten zarzut należy uznać za uzasadniony. Nie wystąpiła bowiem wskazana w ww. przepisie przesłanka unieważnienia postępowania. Jak sam Zamawiający stwierdził w informacji o unieważnieniu postępowania cena oferty Odwołującego mieściła się w budżecie przeznaczonym na realizację zamówienia.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp, *Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.* W analizowanej sprawie stwierdzono naruszenie przepisów Pzp, które mogło mieć wpływ na wynik postępowania, co musiało skutkować uwzględnieniem odwołania.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 553 Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie z art. 557 Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* Izba uwzględniła odwołanie. W związku z tym odpowiedzialność za wynik postępowania ponosi Zamawiający.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 i art. 575 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 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) w wysokości określonej w złożonej przez Odwołującego fakturze.

Przewodniczący: