



Kraków, dnia 24 października 2023r.

Adresaci:

1. Gardenwork Artur Szczudło, os. Wandy 32/33c, 31-907 Kraków
2. Konsorcjum Firm: „VIRIDI HORTOS” Agata Kutyba, ul. Stolarza 7, 30-898 Kraków - Lider Konsorcjum, F.U.H.P „AQUA-EKO” Stanisław Brzęk 32-862 Wojakowa 248 Partner Konsorcjum
3. F.H.U. „Jacek” Jacek Kutyba, ul. Stolarza 7, 30-898 Kraków
4. Konsorcjum Firm: Zakład Konserwacji Zieleni „Ogród-System II” mgr. inż. Anna Szczubiał, ul. Zawiała 19, 30-442 Kraków - Lider Konsorcjum oraz Zakład Konserwacji Zieleni „Ogród-System” Andrzej Marek Szczubiał, ul. Zawiała 19, 30-442 Kraków – Członek Konsorcjum
5. F.H.P.U. „LILAK” Tomasz Brzęk, Porąbka Iwkowska 36, 32-862 Porąbka Iwkowska
6. Zakład Urządzania i Utrzymania Zieleni A. Popek, M. Popek Spółka Jawna, ul. Miedziana 3, 31-567 Kraków
7. MatPark Sp. z o. o., 33-318 Gródek nad Dunajcem 107
8. „WM” Wiesław Matusik, 33-318 Gródek nad Dunajcem 107
9. Konsorcjum Firm: Usługi Ogrodnicze ELITELAS Sp. z o.o., Durdy 141, 39-450 Baranów Sandomierski – Lider Konsorcjum, Usługi Leśne i Ogrodnicze ELITELAS Sp. z o.o. Sp. k., Durdy 141, 39-450 Baranów Sandomierski – Partner Konsorcjum, Usługi Leśne i Ogrodnicze ELITELAS Sp. z o.o., Durdy 141, 39-450 Baranów Sandomierski – Partner Konsorcjum
10. Bio-Energia Sp. z o.o., Różanka, ul. Parkowa 17, 22-200 Włodawa
11. Flora Sp. z o.o. sp. komandytowa, ul. Isep 11, 31-588 Kraków

Dotyczy: postępowania nr NP.26.2.9.22.BT, którego przedmiotem jest wyłonienie Wykonawcy w zakresie świadczenia sukcesywnych usług dotyczących realizacji zadania pn.: „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.

**ZAWIADOMIENIE O WYNIKU –
UNIEWAŻNIENIU POSTĘPOWANIA
ODPOWIEDNIO W ODNIESIENIU
DO 2 CZĘŚCI ZAMÓWIENIA**

Szanowni Państwo,

Zamawiający zawiadamia, 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 Artur Szczudło, 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.

Stanowisko Zamawiającego potwierdza liczne orzecznictwo, w tymi między innymi aktualny również przez analogię w obowiązującym obecnie stanie prawnym, przykładowo wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24.03.2009r., sygn. akt KIO/UZO 281/09, w którym czytamy, że: „(...) Reasumując Izba postanowiła oddalić odwołanie, ponieważ w przedmiotowej sprawie uznała, że wystąpiły przesłanki z art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy nakazujące Zamawiającemu unieważnienie postępowania, ponieważ cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. W praktyce zamówień publicznych, na podstawie różnic w sformułowaniach odnoszących się do kwot finansowania zamówienia, w wyżej zacytowanych przepisach artykułów 86 ust. 3 i art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy, dopuszcza się możliwość zwiększania kwot na zamówienia przez zamawiających po otwarciu ofert. W ocenie Izby przepis art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy nie nakłada na zamawiających takiego obowiązku, a jedynie daje im takie prawo, w zależności od oceny przez nich swojej sytuacji finansowej (...).”

Takie samo stanowisko można znaleźć w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17.06.2011r. (KIO 1206/11), w którym orzeczono, że „Podstawą wniesienia odwołania była czynność Zamawiającego polegająca na unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy p.z.p. Wszczęcie postępowania o zamówienie publiczne, należy traktować w kategoriach swego rodzaju przyrzeczenia publicznego, w którym Zamawiający zobowiązuje się udzielić zamówienia publicznego konkretnemu, wybranemu w postępowaniu podmiotowi, przy wypełnieniu przez niego określonych wymogów i przesłanek. Przyrzeczenie to ma jednak charakter warunkowy uzależniony od tego czy wielkość kwoty wynikająca z oferty najkorzystniejszej lub oferty z najniższą ceną jest niższa lub co najwyżej równa kwocie którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Jeżeli cena najkorzystniejszej oferty mieści się w kwocie podanej przed otwarciem ofert, Zamawiający nie może unieważnić postępowania z powodu braku środków. Obowiązek podania tej kwoty ma zapobiegać sytuacjom, w których zamawiający mógłby unieważniać z przyczyn tylko jemu wiadomych, pod pretekstem braku środków finansowych (...) Odnosnie podnoszonego przez odwołującego zarzutu odwołania dotyczącego nie wykazania przez Zamawiającego, że może on przeznaczyć na realizację zamówienia jedynie kwoty podane przed otwarciem ofert. To Izba stwierdza, że jest to główny zarzut odwołania i zdaniem Izby brak jest podstaw na jego uwzględnienie. Zarzut odwołania opierał się na błędnej przesłance, że Zamawiający miał możliwość zwiększenia kwoty przeznaczony na realizację zamówienia, a co najmniej, że

nie udowodnił iż takiej możliwości nie posiadał. Na wstępie Izba zaznacza, że z przepisów ustawy p.z.p. nie wynika, że Zamawiający przed unieważnieniem postępowania w sytuacji zaistnienia przesłanki z art. 93 ust. 1 pkt 4 p.z.p. jest zobowiązany do podjęcia starań celem uzyskania dla realizacji zamówienia, większych środków niż te które wskazał kwotowo bezpośrednio przed Otwarcie ofert. Za wyrokiem KIO/UZP 281/09 Izba potwierdza, że Odwołujący nie ma skutecznego prawa domagania się zwiększenia środków finansowych na przedmiotowe zamówienie, a tym samym brak jest podstaw do przeprowadzania w tym zakresie postępowania dowodowego, na okoliczność czy Zamawiający posiada wolne środki finansowe, które powinien przeznaczyć na objęte przedmiotem sporu zamówienie. Tylko od decyzji Zamawiającego zależy czy może przeznaczyć większe środki finansowe niż podane na otwarciu ofert. Możliwość zwiększenia środków finansowych na realizację zamówienia jest zawsze suwerennym prawem Zamawiającego, a jego decyzja w tym zakresie jest poza kognicją Izby. Jeżeli cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia to zgodnie z przepisem art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Zamawiający winien unieważnić postępowanie, (wyrok KIO/UZP/107/08). Ochrona wykonawców w tym zakresie działa tylko w jedną stronę, co oznacza że nie można unieważnić postępowania, gdy cena najkorzystniejszej oferty jest niższa lub równa kwocie podanej na otwarciu ofert zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy. Poza kompetencją Izby jest również możliwość badania sytuacji finansowej Zamawiającego w zakresie możliwości zwiększenia kwoty podanej przez Zamawiającego na otwarciu ofert.”.

Natomiast w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22.05.2015r. (KIO 961/15), Izba wyraziła pogląd, że „Art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p. stanowi, że Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli cena 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 najkorzystniejszej oferty. Spór pomiędzy stronami dotyczył interpretacji powyższej regulacji. Izba podziela w całości stanowisko zaprezentowane przez Zamawiającego. Wskazać należy po pierwsze, że w niniejszej sprawie ceny zaoferowane przez wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty na realizację zamówienia przewyższają kwotę, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Okoliczności ta była bezsporna pomiędzy stronami. Odwołujący podnosił natomiast, że Zamawiający dysponuje dodatkowymi środkami na sfinansowanie zamówienia, a w konsekwencji unieważnienie postępowania było niedopuszczalne. Wskazał ponadto, że kwota, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia rażąco odbiegała od wartości rynkowej zamówienia. Oba twierdzenia uznać należy za nietrafne, a co więcej nieudowodnione, zaś zaprezentowana przez Odwołującego interpretacja art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p. nie zasługuje na uwzględnienie. Art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p. statuuje obowiązek unieważnienia postępowania przez Zamawiającego, jeżeli nie może on zwiększyć środków finansowych na realizację zamówienia. Obowiązek ten odpada jedynie wówczas, gdy zamawiający może w ramach swoich możliwości finansowych zwiększyć kwotę, którą uprzednio zagwarantował na to konkretne zamówienie, a ocenę tych możliwości należy przypisać zamawiającemu. Jedynie bowiem zamawiający jest w stanie (będąc za to odpowiedzialnym), znając całość zaplanowanych przez siebie zadań i stan ich realizacji, zweryfikować możliwy do udźwignięcia poziom środków finansowych (zwiększenie środków finansowych) pozwalających na realizację konkretnego zamówienia, zaś ingerencja Odwołującego ponad kwotę zagwarantowaną (podaną jako

kwota, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia) w skrajnym przypadku doprowadziłaby do bezprawnego zastępowania Zamawiającego w realizacji jego ustawowych zadań bez przejęcia przez podmiot ingerujący odpowiedzialności za zadania i budżet Zamawiającego. Konstrukcja i treść art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p. - według oceny Izby - nie nakłada na Zamawiającego bezwzględnego obowiązku zwiększenia brakującej kwoty dofinansowania, lecz daje Zamawiającemu uprawnienie do poszukiwania dodatkowych środków finansowych. W konsekwencji bezpodstawnym jest oczekiwanie, że Zamawiający będzie udowadniał, że jego możliwości finansowe nie pozwalają na zwiększenie środków finansowych. Nie znajduje bowiem oparcia w przepisach badanie budżetu zamawiającego, nakazywanie dokonania mu jakichkolwiek przesunięć w budżecie, dokonania jednych zakupów kosztem drugich albo nakazywania wydania na dane zamówienie kwoty, którą zamierzał wydać na inne zamówienie. Tym samym żądanie Odwołującego, aby Zamawiający wykazał podczas postępowania odwoławczego, iż nie ma dodatkowych środków na realizację zamówienia nie ma żadnego oparcia w przepisach ustawy P.z.p. W ocenie Izby z treści art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p. nie sposób wywieść jakichkolwiek podstaw prawnych, które pozwalałyby na zobowiązanie Zamawiającego, do zwiększenia środków na sfinansowanie zamówienia. To Zamawiający, nie wykonawca, ponosi wyłączną odpowiedzialność za gospodarowanie środkami publicznymi w sposób celowy i oszczędny i skoro według jego oceny nie ma obecnie możliwości zwiększenia środków na realizację zamówienia, to nie można mu robić z tego powodu zarzut. Stanowisko Izby potwierdza także opinia Urzędu Zamówień Publicznych, na którą powołuje się sam Odwołujący. W opinii tej wskazano, że zwiększenie przez Zamawiającego kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia możliwe jest w przypadku, gdy Zamawiający uzna, że zwiększenie tej kwoty jest uzasadnione i celowe. Z opinii tej jednoznacznie wynika więc, że ocena, czy zwiększenie kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia jest celowe i uzasadnione, w całości należy do Zamawiającego. Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, że Zamawiający ma obowiązek zwiększenia środków na sfinansowanie zamówienia, jeśli są one w jego dyspozycji. Takie zwiększenie środków musi być celowe i zasadne, zaś ocena tych elementów należy do Zamawiającego.”.

Dodatkowo potwierdzenie można znaleźć w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 04.07.2018r. (KIO 1240/18), w którym stwierdzono, że „Wobec powyższego, za niezasadne Izba uznała zarzuty kierowane przez odwołującego do zamawiającego w zakresie naruszenia przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Odwołujący w treści odwołania podniósł także argumentację, zgodnie z którą zawiadomienie o unieważnieniu postępowania nie zawierało żadnego dodatkowego uzasadnienia. Zdaniem odwołującego, zamawiający powinien wskazać w zawiadomieniu konkretne okoliczności, które uniemożliwiają mu zwiększenie kwoty, jaką zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia. Zdaniem Izby, już samo ustalenie, że oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, stanowi wystarczające uzasadnienie decyzji zamawiającego. Jak wskazano powyżej, nie jest konieczne dodatkowe wykazywanie możliwości finansowych, a także brak jest jakiegokolwiek podstawy prawnej dla uznania twierdzeń odwołującego za uzasadnione. W ocenie Izby, nie jest także uprawnione stanowisko odwołującego, zgodnie z którym jeżeli w innych zadaniach zamawiający zwiększał środki, również w niniejszym zadaniu powinien je zwiększyć.”.

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 zawiadamia również, że zgodnie z treścią przywołanego wyżej orzeczenia odrzucił ofertę nr 2 złożoną przez **Konsorcjum Firm: „VIRIDI HORTOS” Agata Kutyba, ul. Stolarza 7, 30-898 Kraków - Lider Konsorcjum, F.U.H.P „AQUA-EKO” Stanisław Brzęk 32-862 Wojakowa 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” Wiesław Matusik, 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 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.)

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 Wiesław Matusik 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 Mateusza Litwińskiego.

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 Wiesław Matusik 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/I/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 Wiesława Matusika, gdyż w treści umowy oraz w Wykazie osób do niej załączonym, do kierowania pracami i sprawowania nadzoru przyrodniczego wskazany był Pan Mateusz Litwiński. Wykonawca nie wykazał, pomimo skierowanego wezwania do poprawienia lub uzupełnienia oświadczeń i dokumentów, iż Pan Wiesław Matusik 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 Mateusz Szwała i Pan Tadeusz Miechurski świadczyli pracę na rzecz firmy Jarosław Zychowicz LASTECH.

Z dokumentów posiadanych przez Zamawiającego, tj. uzyskanych odpowiedzi od podmiotów i jednostek samorządowych, w których firma Jarosław Zychowicz LASTECH realizowała usługi jako Podwykonawca dla Wykonawcy MatPark Sp. z o.o., wynika, że pracownicy Pan Mateusz Szwała i Pan Tadeusz Miechurski zatrudnieni w firmie Jarosław Zychowicz 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 Jarosław Zychowicz 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 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, również nie wynika wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Gmina poinformowała też, że pracownicy Pan Mateusz Szwała oraz Pan Tadeusz Miechurski 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., 33-318 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.

Odnosząc się do złożonych wyjaśnień dotyczących umowy/umów nr ZZP.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” Wiesław Matusik informuje, że zadania nr I oraz nr II miały ten sam nr umowy ZZP.272.659.2018, tj. umowa nr ZZP.272.659.2018 – Zadanie I oraz umowa nr ZZP.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 Krzysztof Golonka 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” Wiesław Matusik zawarł umowy z Urzędem Miasta Nowy Sącz o co wnioskuje 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 użyczonym 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. Krzysztof Golonka i Andrzej Śliwa, 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.

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. Krzysztof Golonka i Andrzej Śliwa, 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. Krzysztof Golonka i Andrzej Śliwa oraz o przestanie rozliczeń pomiędzy konsorcjantami, z których będzie wynikało na jaką kwotę usługę ww. firma (tj. EKO-DUO S.C. Krzysztof Golonka i Andrzej Śliwa), 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.

W tym miejscu, przywołać należy wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 grudnia 2022r. (KIO 3041/22), dotyczącego analogicznej sytuacji w tym postępowaniu, w którym Izba orzekła, iż: „...podział zadań między konsorcjantów przy realizacji zamówienia musi być paralelny z posiadanymi przez nich zasobami. Na tym

właśnie polega łączenie, w ramach konsorcjum, posiadanych potencjałów: każdy z partnerów konsorcjum wnosi właśnie zasoby, i w tym zakresie, w jakim wnosi zasoby, będzie wykonywał przedmiot zamówienia. Posiadany zasób musi być realny – co oznacza że doświadczenie, nabyte przez jednego z obecnych konsorcjantów w ramach innego, poprzednio realizowanego zamówienia, musi być pierwsze faktycznie nabyte (co należy potwierdzić odpowiednimi dokumentami), a ponadto odpowiadać zakresowi prac, jakie tenże konsorcjant będzie realizował obecnie.”

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

Powyższe stanowisko Zamawiającego potwierdza, aktualne orzecznictwo KIO, między innymi wyrok z dnia 20.03.2023r. (KIO 596/23), w brzmieniu: „Wykonawca powołujący się na zasoby innego podmiotu jest zobowiązany udowodnić, że stosunek łączący go z podmiotem udostępniający swoje zasoby gwarantuje rzeczywisty do nich dostęp. Składane przez wykonawcę zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia, stanowiące podmiotowy środek dowodowy, zawierające oświadczenie woli tego podmiotu, nie może mieć zatem jedynie charakteru formalnego. Musi ono potwierdzać, że wykonawca będzie miał rzeczywisty dostęp do określonych zasobów przez czas niezbędny do realizacji zamówienia. W przypadku robót budowlanych zobowiązanie powinno zawierać oświadczenie co do tego czy i w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby zrealizuje roboty, do realizacji których te zdolności są wymagane.”

Stanowisko Zamawiającego potwierdza orzecznictwo, w tym między innymi aktualny również przez analogię w obowiązującym obecnie stanie prawnym wyrok Krajowej Izby Odwoławczej, która w wyroku z dnia 20 maja 2015r. KIO 982/15 wskazała iż: „To wykonawca ma wykazać - ponad wszelką wątpliwość - poprzez złożenie wskazanych przez zamawiającego oświadczeń i dokumentów, że spełnia warunki udziału w postępowaniu (brak domniemania spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę).”

Podobnie wyrok KIO z dnia 25 czerwca 2015r. KIO 1275/15 dowodzi iż: „(...)1. Jeśli wykonawca nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, nie ma doświadczenia wymaganego, czyli takiego, które się liczy. Wykonawca, który nie będzie dysponował (wymaganym) doświadczeniem nie może zostać dopuszczony do udziału w

postępowaniu, gdyż nie może być traktowany lepiej niż wykonawca, który rzeczywiście posiada wymaganą wiedzę i doświadczenie - naruszałoby to zasadę równego traktowania wykonawców oraz prowadziłoby do obejścia art. 22 ust. 1 p.z.p. 2. Natomiast celem art. 26 ust. 2b p.z.p. nie jest obejście art. 22 p.z.p. - nie może być tak, że zamówienie może wykonywać podmiot, który nie ma wymaganego przez zamawiającego doświadczenia i dopiero będzie je zdobywał podczas wykonywania owego zamówienia (tak się dzieje w przypadku, gdy wykonawca będzie sam wykonywał zamówienie - tylko ewentualnie korzystając z jakichś porad). Gdyby zamawiający taką możliwość dopuszczał, nie stawiałby żadnych warunków udziału w postępowaniu. (...)”.

Podjętą decyzję potwierdza także wyrok KIO z 13 sierpnia 2013r. (sygn. akt KIO 1538/14, 1540/14), w którym rozstrzygano kwestię zasadności wykluczenia Wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp z powodu niezpełnienia dokumentów w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego wskazano, jak następuje: „przyczyną wykluczenia jest nie tyle niezpełnienie dokumentów, ale niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu”.

Jednocześnie Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 22 czerwca 2017r., III CZP 27/17, przez niezłożenie dokumentów (lub oświadczeń) należy rozumieć nie tylko bierność wezwanego Wykonawcy czyli sytuację, w której Wykonawca w ogóle nie składa żadnego dokumentu, ale również sytuację, w której Wykonawca składa dokument (oświadczenie), z którego jednak nie wynika potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub spełnienia przez oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez Zamawiającego.

Także stanowisko Izby wyrażone w wyroku z dnia 9 lutego 2021r. KIO 174/21 potwierdza, iż: „(...) Brak posiadania przez wykonawcę wymaganego doświadczenia do realizacji przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ stanowi o braku możliwości zaoferowania przez wykonawcę realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie z jednoznacznie określonymi wymaganiami (...)”.

Ponadto Zamawiający podkreśla, iż niezpełnienie 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.

Stanowisko Zamawiającego potwierdza wyrok Krajowej Izby Odwoławczej KIO 886/23 z dnia 20 kwietnia 2023r. „(...) zamawiający zobligowany jest precyzyjnie wskazać, dlaczego te środki dowodowe nie potwierdzają spełnienia warunku. Dopiero bezskuteczny upływ terminu na usunięcie precyzyjnie opisanego uchybienia, może stanowić podstawę do odrzucenia oferty(...)”. W orzeczeniu tym Izba orzekła też, iż „(...) odrzucenie oferty wykonawcy z powodu niewykazania warunku udziału w postępowaniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b p.z.p. musi być poprzedzone jednym, lecz prawidłowym wezwaniem do uzupełniania podmiotowych środków dowodowych, kierowanym w trybie art. 128 ust. 1 p.z.p. Wezwanie kierowane do wykonawcy w tym trybie nie może mieć charakteru jedynie formalnej czynności. Powinno być dokładne, precyzyjne, wskazywać konkretnie na element warunku udziału w postępowaniu, który nie został wykazany. Treść wezwania zależy od konkretnego stanu faktycznego.”

Z kolei wyrok Izby, KIO 811/23 z dnia 7 kwietnia 2023r., wyraźnie wskazuje iż, „Przesłanką odrzucenia oferty, wskazana w art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c p.z.p., ma zastosowanie wyłącznie w sytuacji, gdy wykonawca nie złoży wymaganych przez zamawiającego przedmiotowych środków dowodowych, których celem jest potwierdzenie spełnienia wymagań zamawiającego opisanych w SWZ.”

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 spełnianie 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.

Zgodnie z przepisami ustawy Pzp, od powyższych decyzji przysługuje prawo wniesienia pisemnego i umotywowanego odwołania, przy czym z uwagi na fakt, iż wartość zamówienia jest wyższa niż progi unijne, można je wnieść w terminie 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności Zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, gdyż informacja ta została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Odwołanie przysługuje między innymi na niezgodną z przepisami ustawy czynność Zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechanie czynności w postępowaniu, do której Zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy.

Odwołanie wnosi się do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, przy ul. Postępu 17A, 02-676 Warszawa. Pisma w postępowaniu odwoławczym wnosi się w formie pisemnej albo w formie elektronicznej albo w postaci elektronicznej, z tym że odwołanie i przystąpienie do postępowania odwoławczego, wniesione w postaci elektronicznej, wymagają opatrzenia podpisem zaufanym. Pisma w formie pisemnej wnosi się za pośrednictwem operatora pocztowego, w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012r. - Prawo pocztowe, osobiście, za pośrednictwem postańca, a pisma w postaci elektronicznej wnosi się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

Z poważaniem,

Otrzymują:

1. Adresaci;
2. Strona internetowa;
3. a./a.