

WYROK
z dnia 13 stycznia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Małgorzata Matecka**
 Agata Mikołajczyk
 Aneta Mlącka

Protokolant: **Wiktoria Ceyrowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 stycznia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 grudnia 2022 r. przez wykonawcę: T. Z. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych Z. T.

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Szczecinek z siedzibą w Szczecinku

przy udziale wykonawcy zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego: S. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych S. W.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego 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, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 1 181 zł 09 gr (słownie: tysiąc sto osiemdziesiąt jeden złotych dziewięć groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem dojazdu na posiedzenie i rozprawę;
 - 2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 4 781 zł 09 gr (słownie: cztery tysiące siedemset osiemdziesiąt jeden złotych dziewięć

groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710, ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Szczecinek z siedzibą w Szczecinku prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Szczecinek w roku 2023” (dalej jako „Postępowanie”). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 19 listopada 2022 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2022/S 202-575348.

I. W dniu 30 grudnia 2022 r. wykonawca T. Z. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych Z.T. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec następujących czynności i zaniechań zamawiającego (w ramach Pakietu V - leśnictwa Dyminek, Gwda Wielka, Jeleni Ruczaj):

- czynności wyboru oferty złożonej przez S. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Zakład Usług Leśnych S. W., mimo że oferta tego wykonawcy nie była najkorzystniejsza;
- zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez S. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Zakład Usług Leśnych S. W., mimo że oferta nie spełniała warunków udziału w postępowaniu oraz została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania;
- odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego, błędnie przyjmując, że jego oferta została zabezpieczona wadium w sposób nieprawidłowy;
- zaniechania wyboru oferty złożonej przez odwołującego, mimo że jego oferta była najkorzystniejsza.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”:

1. art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru wykonawcy niezgodnie z przepisami ustawy Pzp, w szczególności wskutek nieprawidłowego odrzucenia najkorzystniejszej oferty z powodu błędnego przyjęcia, że najkorzystniejsza oferta została zabezpieczona wadium w sposób nieprawidłowy;

2. art. 97 ust. 10 ustawy Pzp poprzez jego błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że opisany w przepisie warunek prawidłowego wniesienia wadium w formie gwarancji lub poręczenia, o których mowa w art. 97 ust. 7 pkt 2-4, jest spełniony wyłącznie w przypadku przedłożenia oryginału gwarancji lub poręczenia w postaci elektronicznej, podczas gdy prawidłowa wykładania wskazanego przepisu prowadzi do wniosku, że wystarczającym warunkiem skutecznego wniesienia wadium w formie gwarancji lub poręczenia jest przedłożenie zamawiającemu elektronicznej postaci udzielonej gwarancji lub poręczenia opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez wykonawcę, jeśli z treści tych dokumentów wynika nieodwołalne i bezwarunkowe zobowiązanie gwaranta lub poręczyciela do zapłaty gwarantowanej lub poręczonej sumy na pierwsze żądanie bez potrzeby okazywania przez zamawiającego oryginału gwarancji lub poręczenia;
3. art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego, podczas gdy wniesione przez niego wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej w okolicznościach niniejszej sprawy uznać należy za wniesione prawidłowo;
4. art. 226 ust. 1 pkt 2 a) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty S. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Zakład Usług Leśnych S. W., mimo że oferta została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania, w szczególności ze względu na:
 - naruszenie przez tego wykonawcę obowiązków dotyczących płatności podatków,
 - wprowadzenie zamawiającego przez tego wykonawcę w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, co spowodowało wybór jego oferty jako najkorzystniejszej;
5. art. 226 ust. 1 pkt 2 b) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty S. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Zakład Usług Leśnych S. W., mimo że oferta została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, w szczególności z powodu braku wymaganej przez zamawiającego zdolności technicznej i zawodowej oraz wykazywania tego samego potencjału technicznego i osobowego w różnych postępowaniach.

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- powtórzenia czynności: badania i oceny ofert, wyboru oferty najkorzystniejszej;

- ewentualnie: unieważnienie umowy zawartej przez zamawiającego ze S. W. prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą: Zakład Usług Leśnych S. W. - w przypadku, gdy doszło już do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Ponadto odwołujący wniósł o:

1. dopuszczenie oraz przeprowadzenie dowodów wskazanych w treści odwołania na fakty szczegółowo opisane w uzasadnieniu;
2. zobowiązanie wykonawcy S. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Zakład Usług Leśnych S. W. o przedłożenie pochodzącego od Naczelnika Urzędu Skarbowego w Szczecinku zaświadczenia (informacji) czy S. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: Zakład Usług Leśnych S. W. posiadał zaległość w płatności podatków na dzień 31 października 2022 r. oraz 2 listopada 2022 r., jeśli tak to z jakiego tytułu, a następnie przeprowadzenie dowodu z przesłanego pisma na fakt posiadania przez S. W. zaległości w podatkach na dzień złożenia oferty jak i upływu terminu do składania ofert;
3. zobowiązanie zamawiającego, aby ten zażądał od wykonawcy S. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Zakład Usług Leśnych S. W. przedłożenia pochodzącego od Naczelnika Urzędu Skarbowego w Szczecinku zaświadczenia (informacji), z którego będzie wynikać czy S. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: Zakład Usług Leśnych S. W. posiadał zaległość w płatności podatków na dzień 31 października 2022 r. oraz 2 listopada 2022 r., a jeśli tak to z jakiego tytułu, a następnie przeprowadzenie dowodu z przesłanego pisma na fakt posiadania przez S. W. zaległości w podatkach na dzień złożenia oferty jak i upływu terminu do składania ofert;

Pismem wniesionym w dniu 9 stycznia 2023 r. odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z następujących dokumentów:

1. Standardowego Formularza Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia sporządzonego przez Zakład Usług Leśnych S. W. w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Skarb Państwa PGL Lasy Państwowe Nadleśnictwo Miastko pn. „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Miastko w roku 2023” - na fakt wykazywania się przez S. W. tymi samymi osobami w dwóch równoległych postępowaniach prowadzonych przez: Nadleśnictwo Miasto oraz Nadleśnictwo Szczecinek, co stanowi naruszenie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu określonych przez Nadleśnictwo Szczecinek w pkt 7.3.2) oraz 7.6. SWZ;

2. złożonego przez S. W. w Postępowaniu zaświadczenia Naczelnika Urzędu Skarbowego w Szczecinku o niezaleganiu w podatkach lub stwierdzającego stan zaległości według stanu na dzień 13 października 2022 r. - na fakt niewykazania przez wykonawcę „aktualnych na dzień złożenia oferty oraz przez cały okres postępowania braku przesłanek wykluczenia”;
3. wzoru wniosku o wydanie zaświadczenia o niezaleganiu w podatkach lub stwierdzającego stan zaległości - na fakt możliwości uzyskania zaświadczenia o niezaleganiu w podatkach według stanu na dzień inny niż data wydania przez urząd skarbowy zaświadczenia;
4. Ponadto, w związku ze zgłoszeniem przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przez S. W., odwołujący ponowił wniosek o zobowiązanie wykonawcy S. W. do złożenia pochodzącego od Naczelnika Urzędu Skarbowego w Szczecinku, zaświadczenia (informacji) czy S. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: Zakład Usług Leśnych S. W. posiadał zaległość w płatności podatków na dzień 31 października 2022 r. oraz 2 listopada 2022 r., jeśli tak, to z jakiego tytułu, a następnie przeprowadzenie dowodu z przesłanego pisma na fakt posiadania przez S. W. zaległości w podatkach na dzień złożenia oferty jak i upływu terminu do składania ofert.

Pismem wniesionym w dniu 11 stycznia 2023 r. odwołujący wniósł o:

1. zobowiązanie S. W. do przedstawienia dokumentów w postaci:
 - a. wydruku części deklaracyjnej jednolitego pliku kontrolnego JPK V7 za miesiąc wrzesień 2022 r. wraz z Urzędowym Poświadczeniem Odbioru (UPO) - na okoliczność wysokości podatku VAT za miesiąc wrzesień 2022 r., jaki S. W. winien był zapłacić do dnia 25 października 2022 r.;
 - b. potwierdzenia zapłaty przez S. W. podatku VAT za miesiąc wrzesień 2022 r. — na okoliczność, iż zapłata tego podatku nastąpiła po dniu 02 listopada 2022 r. (tj. po otwarciu ofert), a tym samym na okoliczność posiadania przez niego zaległości podatkowej, która winna skutkować wykluczeniem go z postępowania.
2. przesłuchanie S. W. w charakterze strony - na okoliczność złożenia nieprawdziwego oświadczenia w JEDZ-u w zakresie braku zaległości podatkowej oraz istnienia podstawy do wykluczenia tego wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w postaci posiadania przez niego zaległości podatkowej.

Uzasadniając podniesione zarzuty odwołujący wskazał m. in., co następuje:

Zdaniem odwołującego dokonując wykładni przepisów dotyczących obowiązku wniesienia wadium należy mieć na uwadze przede wszystkim cel, jakim przepisy służą tj. należyte zabezpieczenie interesu zamawiającego. Z treści złożonej przez odwołującego gwarancji wynika nieodwołalne i bezwarunkowe zobowiązanie gwaranta do zapłaty gwarantowanej sumy na pierwsze żądanie. Jednocześnie pkt 5 gwarancji stanowi, że wypłata z tytułu gwarancji nastąpi w ciągu 30 dni od daty doręczenia gwarantowi, najpóźniej w terminie 5 dni po okresie ważności gwarancji: 1) oryginału wezwania do zapłaty, zawierającego kwotę roszczenia, numer rachunku bankowego Beneficjenta, na który powinna być dokonana płatność i oświadczenie wskazujące okoliczność spośród wymienionych w ust. 4, stanowiącą podstawę roszczenia Beneficjenta, podpisanego przez osoby właściwie umocowane do działania w imieniu Beneficjenta, 2) dokumentów poświadczających umocowanie osób, które podpisały to wezwanie. Powyższe jednoznacznie świadczy o tym, że gwarant nie może uzależniać wypłaty kwoty objętej gwarancją od przedstawienia przez zamawiającego oryginału gwarancji. Odwołujący stwierdził, że nie istnieje więc w niniejszej sprawie ryzyko niemożliwości skutecznego dochodzenia roszczeń z udzielonej gwarancji. Samo wezwanie do zapłaty kwoty gwarancji skierowane do gwaranta przez zamawiającego powoduje obowiązek zapłaty.

Odwołujący wskazał, że S. W. w złożonym załączniku nr 4 do SWZ Standardowym Formularzu Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (dalej jako „JEDZ”) na str. 7 twierdząco odpowiedział na pytanie „czy wykonawca wywiązał się ze wszystkich obowiązków dotyczących płatności podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne zarówno w państwie, w którym ma siedzibę jak i w państwie członkowskim instytucji zamawiającej lub podmiotu zamawiającego, jeżeli jest ono inne niż państwo siedziby.” Skoro wykonawca S. W. nie przedłożył zaświadczenia o niezaleganiu z podatkami na dzień 31.10.2022 r. (data złożenia oferty) i na dzień 02.11.2022 r. (data otwarcia ofert), to według odwołującego wykonawca S. W. na dzień złożenia oferty (31 października 2022 r.) jak i na dzień upływu terminu do składania ofert (2 listopada 2022 r.) posiadał zaległości podatkowe wobec Skarbu Państwa i tym samym jego oświadczenie zawarte w JEDZ nie odzwierciedla faktycznego stanu sprawy w tym zakresie. Zdaniem odwołującego zaświadczenie złożone przez tego wykonawcę nie potwierdzało stanu zaległości istniejącego na dzień składania oferty tj. 31 października 2022 r. oraz na dzień otwarcia ofert tj. 2 listopada 2022 r., a jedynie stan na dzień wystawienia zaświadczenia. Posłużenie się takim dokumentem przez wykonawcę jest wprowadzeniem zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu. Takie działanie stanowi w ocenie odwołującego samodzielną podstawą do wykluczenia wykonawcy z postępowania wskazaną w art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp lub art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp.

Ponadto zdaniem odwołującego oferta złożona przez S. W. nie spełniła warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący powołał się na postanowienie pkt. 7.4. c).V) SWZ. Wykładnia językowa SWZ wskazuje, że wykonawca przy wykonywaniu zamówienia winien dysponować:

- łącznie 8 osobami - w tym: 6 pilarzami, 1 osobą z wykształceniem leśnym i 1 osobą uprawnioną do pracy ze środkami chemicznymi (jeżeli nie posiada harwestera), albo
- łącznie 5 osobami: w tym 3 pilarzami, 1 osobą z wykształceniem leśnym i 1 osobą uprawnioną do pracy ze środkami chemicznymi (jeżeli posiada harwester).

W swym formularzu JEDZ S. W., który nie posiada harwestera (nie wykazał go w JEDZ-u) na str. 14 wskazał na 6 pracowników (zamiast wymaganych 8), z których usług będzie korzystał przy realizacji zamówienia. Wszystkie 6 osób posiada uprawnienia pilarza. Jedna z tych osób dodatkowo posiada uprawnienia do pracy ze środkami chemicznymi, a druga posiada także wykształcenie leśne. W zakresie dysponowania narzędziami, wyposażeniem zakładu i urządzeniami technicznymi na potrzeby realizacji zamówienia S. W. na str. 15 wskazał na Forwarder John Deere. Wskazana maszyna Forwarder (ciągnik zrywkowy) nie jest maszyną wielooperacyjną typu harwester, zatem zgodnie z SWZ S. W. musiał wykazać się posiadaniem co najmniej 6 osób z uprawnieniami na pilarkę, a także dodatkowo jedną osobą z nadzoru z wykształceniem leśnym wyższym, leśnym średnim lub posiadającą dyplom ukończenia studium zawodowego świadczenia usług leśnictwa oraz dodatkowo jedną osobą, która ukończyła szkolenie w zakresie pracy ze środkami chemicznymi. Łącznie powinien dysponować ośmioma osobami. Tymczasem S. W. wskazał na 6 osób, którymi zamierza wykonać zamówienie. Wśród tych osób jest jedna osoba z wykształceniem leśnym oraz jedna z uprawnieniami do pracy ze środkami chemicznymi. Odwołujący zauważył, że łączenie funkcji i uprawnień przez te same osoby nie zostało przewidziane w SWZ przez zamawiającego. Wprost przeciwnie, zamawiający w oddzielnych punktach określa osoby, jakimi musi dysponować wykonawca. Ponadto zamawiający określając warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w pkt. 7.3 SWZ wskazał, że jeżeli wykonawca ubiega się o udzielenie zamówienia na kilka Pakietów, nie może celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu wskazywać w więcej niż jednym Pakiecie:

1. wartości tego samego doświadczenia,
2. tych samych osób przewidzianych do realizacji zamówienia do pełnienia takich samych funkcji, przy czym Zamawiający dopuszcza, aby osoba nadzoru oraz osoba, która ukończyła szkolenie w zakresie pracy ze środkami chemicznymi zgodnie z rozporządzeniem Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi z dnia 8 maja 2013 r. w sprawie szkoleń w zakresie środków ochrony roślin (tekst jedn. Dz. U. z 2022 r. poz. 824) lub posiadające odpowiadające im uprawnienia wydane na podstawie poprzednio obowiązujących przepisów które uprawniają do pracy w kontakcie ze środkami

ochrony roślin albo odpowiadające im uprawnienia wydane w innych Państwach Członkowskich Unii Europejskiej, była wskazywana w więcej niż w jednym Pakiecie;

3. tego samego potencjału finansowego.

Odwołujący stwierdził, że cel wprowadzonej regulacji nie budzi żadnych wątpliwości i polega na zabezpieczeniu interesu zamawiającego przed nieterminowym wykonaniem zamówienia z uwagi na wykorzystanie tego samego potencjału do innych robót. Ze wskazanych postanowień wypływa więc zakaz wykorzystywania tego samego doświadczenia potencjału osobowego oraz finansowego przy innych zamówieniach. Tymczasem, jak to wynika z informacji z otwarcia ofert z dnia 2 listopada 2022 r. przez zamawiającego Skarb Państwa Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Miastko S. W. złożył ofertę w ramach konsorcjum na III część zamówienia pn.: „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Miastko w roku 2023”, a oferta tego konsorcjum została wybrana jako najkorzystniejsza. Według wiedzy odwołującego S. W. składając ofertę jako konsorcjum wskazał wartości tego samego doświadczenia, tych samych osób oraz ten sam potencjał finansowy.

II. Pismem wniesionym w dniu 11 stycznia 2023 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający uznał zarzuty odwołania za niezasadne i wniósł o jego oddalenie.

III. Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca S. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych S. W. (dalej jako „przystępujący”). Przystępujący uznał zarzuty odwołania za niezasadne i wniósł o jego oddalenie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Zarzut naruszenia art. 97 ust. 10 ustawy Ppz poprzez jego błędną wykładnię polegająca na przyjęciu, że opisany w przepisie warunek prawidłowego wniesienia wadium w formie gwarancji lub poręczenia, o których mowa w art. 97 ust. 7 pkt 2-4, jest spełniony wyłącznie w przypadku przedłożenia oryginału gwarancji lub poręczenia w postaci elektronicznej, podczas gdy prawidłowa wykładania wskazanego przepisu prowadzi do wniosku, że wystarczającym warunkiem skutecznego wniesienia wadium w formie gwarancji lub poręczenia jest przedłożenie zamawiającemu elektronicznej postaci udzielonej gwarancji lub poręczenia opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez wykonawcę, jeśli z treści tych

dokumentów wynika nieodwołalne i bezwarunkowe zobowiązanie gwaranta lub poręczyciela do zapłaty gwarantowanej lub poręczonej sumy na pierwsze żądanie bez potrzeby okazywania przez zamawiającego oryginału gwarancji lub poręczenia.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego, podczas gdy wniesione przez niego wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej w okolicznościach niniejszej sprawy uznać należy za wniesione prawidłowo.

Nie było pomiędzy stronami sporne, że odwołujący nie załączył do oferty oryginału dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej, lecz załączył elektroniczną kopię (skan) wydruku dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej sporządzonej w postaci elektronicznej, opatrzony przez odwołującego kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Na ww. dokumencie widoczna jest wizualizacja podpisu wystawcy, jednakże podpis ten nie jest widoczny przy weryfikacji, jakiej się dokonuje w odniesieniu do kwalifikowanych podpisów elektronicznych.

Zgodnie z postanowieniem zawartym w pkt 11.5 SWZ: „*Wadium wnoszone w formie gwarancji lub poręczenia, o których mowa w pkt 11.2. ppkt 2)-4) należy przekazać Zamawiającemu wraz z Ofertą w oryginale w postaci elektronicznej tj. opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznymi osób upoważnionych do jego wystawienia. Wadium musi zabezpieczać ofertę na daną część zamówienia przez cały okres związania ofertą. Oferta Wykonawcy, który nie wniesie wadium lub wniesie wadium w sposób nieprawidłowy, lub nie będzie utrzymywał wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą lub złoży wniosek o zwrot wadium w przypadku, o którym mowa w art. 98 ust. 2 pkt 3 PZP zostanie odrzucona z postępowania na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 PZP.*”

Zgodnie z przepisem art. 97 ust. 10 ustawy Pzp jeżeli wadium jest wnoszone w formie gwarancji lub poręczenia, o których mowa w ust. 7 pkt 2 – 4, wykonawca przekazuje zamawiającemu oryginał gwarancji lub poręczenia, w postaci elektronicznej. Natomiast zgodnie z przepisem art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wykonawca nie wniósł wadium, lub wniósł w sposób nieprawidłowy lub nie utrzymywał wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą lub złożył wniosek o zwrot wadium w przypadku, o którym mowa w art. 98 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Zarówno z postanowienia zawartego w pkt 11.5 SWZ, jak i przepisu art. 97 ust. 10 ustawy Pzp, jednoznacznie wynika, że wykonawca składając ofertę w Postępowaniu obowiązany był do złożenia oryginału gwarancji. Złożenie kopii gwarancji, bez względu na to, czy została ona podpisana przez wykonawcę czy nie, nie stanowi wypełnienia wymogu określonego w ww. postanowieniu SWZ oraz przepisie art. 97 ust. 10 ustawy Pzp. Wobec jednoznaczności normy

zawartej w art. 97 ust. 10 ustawy Pzp, wskazującej na obowiązek złożenia oryginału gwarancji lub poręczenia, nie istnieje potrzeba sięgania po wykładnię celowościową tego przepisu.

Odnosząc się do stanowiska odwołującego, że: *„gwarant nie może uzależniać wypłaty kwoty objętej gwarancją od przedstawienia przez Zamawiającego oryginału gwarancji. Nie istnieje więc w niniejszej sprawie ryzyko niemożliwości skutecznego dochodzenia roszczeń z udzielonej gwarancji. Samo wezwanie do zapłaty kwoty gwarancji skierowane do gwaranta przez Zamawiającego powoduje obowiązek zapłaty”* – należy stwierdzić, że powyższa okoliczność pozostaje bez znaczenia wobec braku możliwości dokonania przez zamawiającego walidacji podpisu elektronicznego, którym powinien być opatrzony dokument gwarancji. Zamawiający nie miał zatem możliwości sprawdzenia czy rzeczywiście doszło do złożenia oświadczenia woli przez osobę upoważnioną do działania w imieniu gwaranta.

Niezłożenie oryginału dokumentu gwarancji podlega kwalifikacji jako wniesienie wadium w sposób nieprawidłowy, co stanowi podstawę odrzucenia oferty, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp. Mając na uwadze wskazane powyżej okoliczności faktyczne niniejszej sprawy należało uznać, że ww. podstawa odrzucenia oferty zaistniała w stosunku do oferty odwołującego. W związku z tym podniesione w tym zakresie zarzuty odwołania należało uznać za niezasadne.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 a) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty S. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Zakład Usług Leśnych S. W. i, mimo że oferta została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania, w szczególności ze względu na:

- naruszenie przez tego wykonawcę obowiązków dotyczących płatności podatków,
- wprowadzenie zamawiającego przez tego wykonawcę w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, co spowodowało wybór jego oferty jako najkorzystniejszej.

Nie było pomiędzy stronami sporne, że: Przystępujący w Części III lit. B JEDZ, na pytanie *„Czy wykonawca wywiązał się ze wszystkich obowiązków dotyczących płatności podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne, zarówno w państwie, w którym ma siedzibę, jak i w państwie członkowskim instytucji zamawiającej lub podmiotu zamawiającego, jeżeli jest ono inne niż państwo siedziby?”* udzielił odpowiedzi twierdzącej. W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 8 grudnia 2022 r. wystosowane na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp przystępujący złożył w dniu 8 grudnia 2022 r. m.in. wystawione w formie papierowej

i przekazane jako cyfrowe odwzorowanie poświadczony kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez tego wykonawcę zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach na formularzu ZAS-W z dnia 13 października 2022 r. wydane przez Naczelnika Urzędu Skarbowego w Szczecinku, w którym wskazano, że wobec S. W., według stanu na dzień wydania zaświadczenia, nie ujawniono zaległości podatkowych.

Zgodnie z przepisem § 2 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U. z 2020 r. poz. 2415) w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający może żądać jako podmiotowego środka dowodowego: m.in. zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków i opłat, w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed jego złożeniem, a w przypadku zalegania z opłacaniem podatków lub opłat wraz z zaświadczeniem zamawiający żąda złożenia dokumentów potwierdzających, że odpowiednio przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo przed upływem terminu składania ofert wykonawca dokonał płatności należnych podatków lub opłat wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłat tych należności. Wymóg złożenia ww. podmiotowego środka dowodowego został przez zamawiającego przewidziany w pkt 9.3 c) SWZ.

Należy zatem stwierdzić, że przystępujący, na potwierdzenie braku podstawy wykluczenia z postępowania wskazanej w art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, złożył dokument wymagany postanowieniem zawartym w pkt 9.3 c) SWZ oraz przewidziany w § 2 ust. 1 pkt 4 ww. rozporządzenia. Jak słusznie wskazał zamawiający, żaden przepis nie nakłada na wykonawcę obowiązku składania w ramach podmiotowych środków dowodowych zaświadczenia z US poświadczającego stan płatności podatków i opłat na dzień faktycznego złożenia oferty czy terminu składania ofert określonego w dokumentach postępowania. Złożenie podmiotowego środka dowodowego, o którym mowa w § 2 ust. 1 pkt 4 ww. rozporządzenia, wystawionego w okresie wskazanym w tym przepisie, jest wystarczające do uznania, że stwierdzony tym środkiem stan braku zalegania z opłacaniem podatków lub opłat trwa przez cały czas postępowania, począwszy od złożenia oferty – o ile nic innego nie wynika z tego dokumentu. Aktualność podmiotowego środka dowodowego może zostać podważona przez konkurencyjnego wykonawcę, jednakże nie jest wystarczające opieranie się w tym zakresie na własnych twierdzeniach i żądanie przedstawienia dowodów przez stronę przeciwną. Taka sytuacja wystąpiła w niniejszej sprawie. Odwołujący nie przedstawił żadnych wiarygodnych i konkretnych informacji oraz dowodów, które mogłyby podważać prawdziwość

oświadczenia przystępującego o niewystępowaniu podstawy wykluczenia wskazanej w art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. W związku z tym, złożone w tym zakresie wnioski dowodowe odwołującego, przenoszące ciężar dowodu na przystępującego, zostały przez Izbę oddalone.

Kierując się powyższym Izba uznała, że podniesione przez odwołującego zarzuty dotyczące zaniechania odrzucenia oferty przystępującego, mimo że oferta została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania, w szczególności ze względu na: naruszenie przez przystępującego obowiązków dotyczących płatności podatków oraz wprowadzenie zamawiającego przez przystępującego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu – nie potwierdziły się.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 b) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty S. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Zakład Usług Leśnych S. W., mimo że oferta została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, w szczególności z powodu braku wymaganej przez zamawiającego zdolności technicznej i zawodowej oraz wykazywania tego samego potencjału technicznego i osobowego w różnych postępowaniach.

W pkt 7 SWZ zamawiający sformułował m.in. warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie dysponowania osobami skierowanymi przez wykonawcę do realizacji zamówienia – dla pakietu V:

„a) co najmniej 6 osobami, które ukończyły z wynikiem pozytywnym szkolenie dopuszczające do pracy z pilarką zgodnie z § 21 rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 24 sierpnia 2006 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy przy wykonywaniu niektórych prac z zakresu gospodarki leśnej (Dz. U. z 2006 r. Nr 161, poz. 1141) lub posiadające odpowiadające im uprawnienia wydane na podstawie poprzednio obowiązujących przepisów albo odpowiadające im uprawnienia wydane w innych Państwach Członkowskich Unii Europejskiej;
lub

co najmniej 1 szt. maszyny wieloperacyjnej typu harwester (informację w tym zakresie należy podać w JEDZ w Części IV lit. C pkt. 9) oraz 3 osobami, które ukończyły z wynikiem pozytywnym szkolenie dopuszczające do pracy z pilarką zgodnie z § 21 rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 24 sierpnia 2006 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy przy wykonywaniu niektórych prac z zakresu gospodarki leśnej (Dz. U. z 2006 r. Nr 161, poz. 1141) lub posiadające odpowiadające im uprawnienia wydane na podstawie poprzednio

obowiązujących przepisów albo odpowiadające im uprawnienia wydane w innych Państwach Członkowskich Unii Europejskiej;

b) co najmniej 1 osobami nadzoru z wykształceniem leśnym wyższym, leśnym średnim lub posiadającymi dyplom ukończenia studium zawodowego świadczenia usług na rzecz leśnictwa;

c) co najmniej 1 osobami, które ukończyły szkolenie w zakresie pracy ze środkami chemicznymi zgodnie z rozporządzeniem Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi z dnia 8 maja 2013 roku w sprawie szkoleń w zakresie środków ochrony roślin (tekst jedn. Dz. U. z 2022 r. poz. 824) lub posiadające odpowiadające im uprawnienia wydane na podstawie poprzednio obowiązujących przepisów które uprawniają do pracy w kontakcie ze środkami ochrony roślin albo odpowiadające im uprawnienia wydane w innych Państwach Członkowskich Unii Europejskiej.”

W pkt 7.3 SWZ Zamawiający wskazał:

„Jeżeli Wykonawca ubiega się o udzielenie zamówienia na kilka Pakietów, nie może celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu wskazywać w więcej niż jednym Pakiecie:

1) wartości tego samego doświadczenia,

2) tych samych osób przewidzianych do realizacji zamówienia do pełnienia takich samych funkcji, przy czym Zamawiający dopuszcza, aby osoba nadzoru oraz osoba, która ukończyła szkolenie w zakresie pracy ze środkami chemicznymi zgodnie z rozporządzeniem Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi z dnia 8 maja 2013 roku w sprawie szkoleń w zakresie środków ochrony roślin (tekst jedn. Dz. U. z 2022 r. poz. 824) lub posiadające odpowiadające im uprawnienia wydane na podstawie poprzednio obowiązujących przepisów które uprawniają do pracy w kontakcie ze środkami ochrony roślin albo odpowiadające im uprawnienia wydane w innych Państwach Członkowskich Unii Europejskiej, była wskazywana w więcej niż w jednym Pakiecie;

3) tego samego potencjału finansowego.”

Przystępujący jako osoby skierowane do realizacji zamówienia w Części IV lit. C pkt (2) uzupełnionego JEDZ wskazał: T. S. posiadającego uprawnienia na pilarkę zatrudnionego na umowę o pracę, do pełnienia funkcji pilarza, A. F. posiadającego uprawnienia na pilarkę zatrudnionego na umowie o pracę, pełniącego funkcję pilarza oraz wykonującego czynności ze środkami chemicznymi, który ukończył szkolenie z zakresu pracy ze środkami chemicznymi, P. P. posiadającego uprawnienia na pilarkę zatrudnionego na umowę o pracę, do pełnienia funkcji pilarza, A. B. posiadającego uprawnienia na pilarkę zatrudnionego na

umowę o pracę, do pełnienia funkcji pilarza oraz wykonywania czynności nadzoru, posiadającego wykształcenie leśne średnie, A. K. posiadającego uprawnienia na pilarkę, zatrudnionego na umowę o pracę, do pełnienia funkcji pilarza oraz B. K. posiadającego uprawnienia na pilarkę zatrudnionego na umowę o pracę, do pełnienia funkcji pilarza.

Odnosząc się do zarzutu, że przystępujący przewidział łączenie dwóch funkcji przez osoby skierowane do realizacji zamówienia, należy podzielić stanowisko zamawiającego, że okoliczność ta nie stoi na przeszkodzie uznaniu warunku w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w odniesieniu do osób skierowanych do realizacji zamówienia za spełniony, gdyż w SWZ nie ustanowiono zakazu łączenia funkcji i wykazywania osób, które łącznie mają kilka uprawnień (kwalifikacji) - w zakresie, w jakim miało to miejsce w przypadku oferty przystępującego. W przypadkach, w których intencją zamawiającego było ustanowienie takiego zakazu, znalazło to odzwierciedlenie w treści postanowień SWZ - pkt 7.3 SWZ.

W odniesieniu do postanowienia zawartego w pkt 7.3 SWZ należy jednocześnie zauważyć, że przewidziane w nim ograniczenie odnosi się jedynie do potencjału wskazywanego na potrzeby Postępowania w ramach różnych Pakietów. Za nieprawidłową należy uznać interpretację odwołującego rozszerzającą zakres zastosowania tego postanowienia także na inne postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Natomiast zarzut naruszenia przepisu art. 116 ust. 2 ustawy Pzp nie został w odwołaniu podniesiony. Należy przy tym zauważyć, że skuteczne podniesienie tego zarzutu wymagałoby przywołania konkretnych okoliczności faktycznych wskazujących, że zaangażowanie zasobów zawodowych przystępującego w inne przedsięwzięcia gospodarcze może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia.

Mając na uwadze przywołaną powyżej argumentację Izba uznała, że zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 b) ustawy Pzp nie potwierdził się.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w punkcie pierwszym sentencji, na podstawie art. 553 oraz art. 554 ust. 1 pkt 1 *a contrario* ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 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).

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący:

.....

.....