

WYROK

z dnia 15 stycznia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Aneta Górniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 stycznia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 grudnia 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **A.S., J.N., S.T.** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Lutówko w Lutówku**

przy udziale wykonawcy **Z.W.**, zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **A.S., J.N., S.T.** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **A.S., J.N., S.T.** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **A.S., J.N., S.T.** na rzecz **Skarbu Państwa – Państwowego Gospodarstwa Leśnego Lasy Państwowe Nadleśnictwa Lutówko w Lutówku** kwotę **4 185 zł 06 gr** (słownie: cztery tysiące sto osiemdziesiąt pięć złotych sześć groszy), stanowiącą

koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na posiedzenie Izby.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Bydgoszcy**.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający - Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Lutówko w Lutówku - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonawstwo usług z zakresu gospodarki leśnej planowanych do wykonania w 2016 roku na terenie Nadleśnictwa Lutówko.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zmianami), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 28 grudnia 2015 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: A.S., J.N., S.T. (dalej: odwołujący), wnieśli odwołanie od czynności i zaniechań przez zamawiającego czynności, do których był on zobowiązany z mocy ustawy, zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 24 ust. 2 pkt 3, 4 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt. 5 oraz art. 91 ustawy P.z.p. poprzez niezgodne z przepisami oraz wytycznymi specyfikacji istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.) działanie zamawiającego w zakresie niewykluczenia wykonawcy Zakład Usług Leśnych „DĄB” Z.W. (przystępujący) oraz naruszenie art. 91 P.z.p. poprzez zaniechanie wyboru oferty odwołujących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jako oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert w pakietach nr 5 oraz nr 8.

Odwołujący stwierdzili naruszenie poniższych przepisów:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez prowadzenie postępowania w sposób sprzeczny z treścią art. 7 ustawy P.z.p., poprzez naruszenie przez zamawiającego zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, wskutek czego, w postępowaniu naruszone zostały ww. przepisy ustawy P.z.p. w związku z art. 5 Kodeksu cywilnego,
- 2) art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p. poprzez bezzasadne uznanie braku podstaw wykluczenia wobec przystępującego, który przedstawił nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania dla pakietu nr 5 i pakietu nr 8,
- 3) art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy P.z.p. poprzez bezzasadne uznanie braku podstaw wykluczenia wobec przystępującego, który nie spełniał warunków udziału w postępowaniu określonych w s.i.w.z. dla pakietów 5 i 8,

4) art. 89 ust. 1 pkt. 5 ustawy P.z.p. poprzez niezgodne z przepisami uznanie oferty przystępującego za ważną,

5) art. 91 ust. 1 ustawy P.z.p. w związku z dokonaniem wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem obowiązujących przepisów, pozbawiając prawa do uznania oferty odwołujących za ofertę najkorzystniejszą w części dla pakietów 5 oraz 8.

Odwołujący wnieśli o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dla pakietów 5 i 8,
- 3) nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności oceny oferty, poprzez dokonanie prawidłowej oceny oferty przystępującego oraz wykluczenie go na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 3 i 4 ustawy P.z.p. i uznanie jego oferty za odrzuconą na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 5 ustawy P.z.p.,
- 4) nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej poprzez wybór oferty odwołujących w oparciu o art. 91 ust. 1 ustawy P.z.p.
- 5) obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

Odwołujący podnieśli, że mają interes w uzyskaniu danego zamówienia, w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p. Naruszenie przez zamawiającego wyżej wykazanych podstaw prawa - ustawy Prawo zamówień publicznych oraz postanowień s.i.w.z. narusza prawa odwołujących ubiegających się o uzyskanie zamówienia publicznego, wskutek czego bezspornie doznali oni uszczerbku interesu oraz ponieśli szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy poprzez niemożność uzyskania prawa do realizacji zamówienia publicznego jako oferty najkorzystniejszej na podstawie ustalonych w postępowaniu kryteriów oceny ofert w częściach dla pakietu 5, 8.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podnieśli, że zamawiający pismem z dnia 16 grudnia 2015 r. poinformował ich o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu dla poszczególnych pakietów, w tym dla pakietu nr 5 (Realizacja w 2016 roku usług związanych z prowadzeniem gospodarki leśnej na terenie leśnictwa Kamień) oraz pakiet nr 8 (Realizacja w 2016 roku usług związanych z prowadzeniem gospodarki leśnej na terenie leśnictwa Witkowo) oferty tego samego wykonawcy - przystępującego.

W ocenie odwołujących przystępujący złożył swoją ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jednakże nie spełnia on warunków udziału w postępowaniu określonych s.i.w.z. Wykonawca ten nie tylko nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, ale również przedstawił w swojej ofercie oraz pismach (oświadczenia, wykaz usług, poświadczenie) nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków:

- w pkt. 6.2.2 ppkt. V. s.i.w.z. dla części V a) zrealizował lub realizuje (przy czym w tym przypadku będzie liczona wartość zrealizowanej części umowy) co najmniej 1 usługę (przez usługę rozumie się wykonywanie prac na podstawie 1 umowy) polegającą na wykonywaniu prac z zakresu zagospodarowania lasu, zrywki i pozyskania drewna, na kwotę nie mniejszą niż 200 000 zł brutto;
- w pkt. 6.2.2 ppkt. VIII. s.i.w.z. dla części VIII a) zrealizował lub realizuje (przy czym w tym przypadku będzie liczona wartość zrealizowanej części umowy) co najmniej 1 usługę (przez usługę rozumie się wykonywanie prac na podstawie 1 umowy) polegającą na wykonywaniu prac z zakresu zagospodarowania lasu, zrywki i pozyskania drewna, na kwotę nie mniejszą niż 300 000 zł brutto;

Zamawiający na potwierdzenie ww. warunków udziału wymagał (zgodnie z pkt. 7.2 B s.i.w.z.) złożenia wykazu usług wykonanych (a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych) w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane oraz załączeniem dowodów, że usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie - zgodnie z załącznikiem nr 7 do s.i.w.z. Przy czym wskazano, iż dowodami są: (1) poświadczenie, z tym że w odniesieniu do nadal wykonywanych usług okresowych lub ciągłych poświadczenie powinno być wydane nie wcześniej niż na 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert; (2) oświadczenie Wykonawcy - jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia, o którym mowa w pkt 1. Ponadto zamawiający w pkt. 6.5 s.i.w.z. wskazał, że jeżeli wykonawca ubiega się o udzielenie kilku części zamówienia to nie może celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu wskazać tego samego doświadczenia, tego samego potencjału technicznego, tych samych osób przewidzianych do realizacji zamówienia, ani tego samego potencjału finansowego w więcej niż jednej części zamówienia.

Przystępujący w swojej ofercie przedstawił wymagany wykaz usług wskazując na potwierdzenie spełnienia warunku

- dla pakietu nr 5 - Usługi Leśne DRACO H.K. wykonywane od 1.01.2013 do

31.12.2013

- dla pakietu nr 8 - Usługi Leśne DRACO E.K. wykonywane od 1.01.2014 do

31.12.2014

wraz z referencjami wystawionymi przez firmę Usługi Leśne DRACO E.K. potwierdzającymi, iż wykonawca realizował ww. usługi należycie na podstawie wielu umów.

Zamawiający Nadleśnictwo Lutówko wezwał w dniu 1 grudnia 2015 r. wystawcę referencji (firma Usługi Leśne Draco E.K.) na podstawie uprawnienia zawartego w par. 1 ust 5 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Poz. 231) do złożenia wyjaśnień w zakresie wystawionych referencji, wskazując, że z wystawionego listu referencyjnego nie wynika jednoznacznie, czy usługi były wykonywane na podstawie jednej umowy obejmującej całość zadań z zakresu pozyskania, zrywki drewna i prac związanych z zagospodarowaniem lasu w roku 2013 (...) oraz roku 2014 (...) czy jest to suma kilku umów składających się na niniejszą wartość wykonanych usług. W odpowiedzi na powyższe wezwanie firma Usługi Leśne DRACO E.K. w dniu 4 grudnia 2015 roku odpowiedziała, iż wykazane usługi za lata 2013 oraz 2014 są sumą kilkunastu umów.

Skutkiem powyższej procedury było wezwanie przystępującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. do uzupełnienia dokumentów. Przystępujący w odpowiedzi na wezwanie twierdzi, iż „Usługa wykonywana w wyniku umowy zawartej z p. K. w pełni potwierdziła spełnienie warunków udziału w postępowaniu, zarówno co do przedmiotu, jak i wartości usługi. Niezrozumiałym jest dla wykonawcy Zakład Usług Leśnych „DĄB” wyjaśnienie udzielone zamawiającemu przez p. K., jakoby na kwotę zawartą w referencjach składało się kilkanaście umów, skoro zamówienie wykonywane było w ramach jednej umowy, o czym świadczy poświadczenie wystawione przez zamawiającego - Nadleśnictwo Człuchów, potwierdzające należyte wykonanie usług przez Zakład Usług Leśnych „DĄB” Z.W. jako podwykonawcy w roku 2014 i 2015 (skreślone), kiedy to głównym wykonawcą / usług była firma Usługi Leśne DRACO E.K., stanowiące załącznik do niniejszego pisma. Logicznym jest fakt, że skoro p. K. wykonywała usługi leśne w ramach jednej umowy zarówno w roku 2014 jak i 2015 (skreślone) również firma „DĄB” wykonywała usługę jako podwykonawca w

ramach jednej umowy. Zauważyć należy, iż p. K. zgłosiła wykonawcę „Zakład Usług Leśnych DĄB” jako podwykonawcę w Nadleśnictwie Człuchów, co zostało przez Nadleśnictwo zaakceptowane, a zgodnie z postanowieniami par. 11 umowy zawartej z Nadleśnictwem Człuchów, p. K. zobowiązana była również dostarczyć umowę z podwykonawcą do nadleśnictwa i taka umowa powinna znajdować się w aktach sprawy. Na marginesie, skoro p. K. twierdzi, iż na kwotę zawartą w referencjach składa się kilkanaście umów, należy zobowiązać ją do okazania tych umów.

Odwołujący podnieśli, że przystępujący nie przedstawił żadnej umowy z firmą DRACO, nie potrafiąc udowodnić, że faktycznie takowa umowa (jedna) w ogóle została zawarta. Obowiązek wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu zachodzi tylko i wyłącznie na żądanie i w zakresie wskazanym przez zamawiającego (art. 26 ust. 2a). Oczywistym jest zatem, że obowiązek udowodnienia stawianej tezy w procedurach cywilnych (a takową jest procedura udzielenia zamówienia publicznego) spoczywa na dowodzącym. Zamawiający na podstawie złożonych dokumentów - wykazu usług, informacji przedstawionych przez wystawcę referencji Usługi leśne DRACO oraz pisma wykonawcy - nie mógł wywieść, że wykazana dla pakietu nr 8 usługa została zrealizowana na podstawie jednej umowy. Z samego stwierdzenia, że zostały wykonane określone usługi jeszcze nie wynika, że zamówienie zostało wykonane na podstawie jednej umowy i może tym samym być kwalifikowane jako spełniające warunek udziału w postępowaniu.

Zamawiający pismem z dnia 10 grudnia 2015r. wezwał firmę Usługi Leśne DRACO E.K. do przedstawienia umowy zawartej z podwykonawcą dla realizacji zadania pn. „Usługi leśne w roku 2014 w Nadleśnictwie Człuchów”. Pani E.K. w odpowiedzi informuje Nadleśnictwo, iż wszelkie dokumenty dotyczące się prowadzonego w 2013r. postępowania oraz zawartej 20.12.2013r. umowy zostały złożone Nadleśnictwu jeszcze w 2013 roku i niemożliwym jest, aby firma DRACO w grudniu 2015 roku złożyła nową umowę z podwykonawcą tylko po to, aby potwierdzić nieprawdziwe informacje, które przystępujący przedstawił w swojej ofercie złożonej zamawiającemu.

W tym samym piśmie przystępujący złożył również nowy wykaz usług wskazując na potwierdzenie spełnienia warunku dla pakietu nr 5 - Zakład Usług Leśnych A.S. wykonywane od 2.02.2015 do 30.09.2015 wraz z poświadczeniem własnym, iż przystępujący realizował ww. usługi należycie. Jednocześnie przystępujący stwierdził, iż nie mógł uzyskać referencji od ZUL A.S. twierdząc, iż jest to powodowane faktem, iż p. A.S. odmówiła wystawienia dowodu - poświadczenia, potwierdzającego należyte wykonanie usług uzasadniając to enigmatycznym stwierdzeniem - prawdopodobnie wynika to z faktu, iż p. S. złożyła konkurencyjną ofertę na wykonanie tych samych części w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący podkreślili, że o fakcie złożenia ofert na te same pakiety wykonawcy wiedzą dopiero po terminie składania ofert, więc twierdzenie, że jest to uzasadnionym powodem niemożności uzyskania referencji budzi bardzo poważne wątpliwości. Również dowodząc powyższe przystępujący nie był w stanie przedstawić żadnych dowodów, iż w ogóle się o przedmiotowe referencje ubiegał. Przystępujący pominął równocześnie informacje, mające olbrzymie znaczenie dla oceny należytej staranności w wykonywaniu usług, które to były powodem nie tylko nie ubiegania się o wystawienie referencji, ale również byłyby powodem niemożności ich wystawienia z pozytywną treścią.

Odwołujący wskazali, że przystępujący w roku 2014 na realizował usługi rzecz Usługi leśne Draco oraz w 2015 r. na rzecz ZUL A.S. z wieloma wadami oraz nieprawidłowościami. Ponadto, dopiero na podstawie analizy treści oferty przystępującego, zachodzi podejrzenie, iż realizacja ta odbywała się za pomocą osób, które nie posiadały uprawnień do wykonywania określonych rodzajów czynności, które wymagają posiadania uprawnień zawodowych. Odwołujący wskazał, iż w wykazie osób załączonym do oferty ZUL „Dąb” Z.W. są wymienieni p. M.P. (zaśw. 148/271/2015), K.P. (zaśw. 149/271/2015), M.P. (zaśw. 150/271/2015). Wszystkie wymienione osoby posiadają uprawnienia uzyskane po zdaniem w dniu 14 listopada 2015 r. egzaminie na pilarza. Jednakże przystępujący te same osoby wskazywał w roku 2015 jako osoby uczestniczące w wykonaniu prac z zakresu gospodarki leśnej na terenie leśnictwa Gronowo w 2015 roku - podwykonawca zgodnie z umową dostarczoną do Nadleśnictwa Człuchów, tylko że wówczas twierdzono, iż osoby te posiadają uprawnienia uzyskane po zdaniem egzaminie 21 maja 2015 r. - odpowiednio K.P. (zaśw. 335/KP-D/2015), M.P. (zaśw. 334/KP-D/2015).

W ocenie odwołujących działanie przystępującego ma charakter celowy, w którym podwykonawca wskazał pilarzy z uprawnieniami, których nie zatrudniał do realizacji zamówienia i po wielu interwencjach odwołujących wskazano nowe osoby - pilarzy, którzy wykonują zamówienie. Przystępujący przedstawił nawet zaświadczenia potwierdzające wymagane uprawnienia zawodowe. Jednakże po analizie stanu faktycznego w szczególności po porównaniu dat wydanych uprawnień, ich numerów istnieje znaczące prawdopodobieństwo, iż przystępujący celowo wprowadził w błąd odwołujących i w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 13 stycznia 2016 roku wniósł o:

1. oddalenie odwołania w całości,

2. zasądzenie od odwołujących kosztów postępowania.

Zamawiający podniósł, że odwołujący przedstawili szereg zarzutów, które nie zostały poparte materiałem znajdującym się w stanie faktycznym sprawy, nie przedłożyli na swoje twierdzenia także żadnych wiarygodnych dowodów.

W ocenie zamawiającego nieprawdą jest, że przystępujący przedstawił w ofercie na pakiet nr 5 i pakiet nr 8 referencje wystawione przez Usługi Leśne Draco E. K., iż realizował usługi należycie na podstawie wielu umów. Z referencji wynika, iż przystępujący świadczył usługi kompleksowe w ramach podwykonawstwa w 2013 r. na kwotę 223 395,13 zł brutto (wykazana na pakiet nr 5) oraz w 2014 r. na kwotę 400 598,69 zł brutto (wykazana na pakiet nr 8). Ponadto zamawiający uzyskał bezpośrednio dokument od E. K., w którym stwierdziła, iż "kwoty(...) były sumą kilkunastu umów częściowych...". Już z przedmiotowego faktu należy wywodzić, iż umowy częściowe, składają się na jakiś ogół umowy i taką umową była umowa o podwykonawstwo. Można dodać, iż w zamówieniach publicznych z umowami częściowymi mamy do czynienia w wypadku umowy ramowej, do której zawierane są dodatkowe umowy wykonawcze tzw. częściowe na realizację zamówień częściowych. Mimo że przystępujący przedstawił usługi spełniające warunki udziału w postępowaniu, to zamawiający stwierdza, iż co do zasady podwykonawca posiada doświadczenie w zakresie całego zamówienia, w jakim występował jako podwykonawca.

Zamawiający wskazał, że w piśmie z dn. 14 grudnia 2015 r. dot. części VIII, przystępujący oświadczył, iż jako podwykonawca wykonał usługę w ramach jednej umowy na rzecz E. K. - wskazując rok 2014. Przedmiotowy fakt i należyte wykonanie usług potwierdza poświadczenie wystawione 14.12.2015 r. przez Nadleśnictwo Człuchów. Przystępujący załączył także kopie faktur i otrzymanych przelewów bankowych potwierdzających należyte wykonanie usługi. Przystępujący wymieniony był w formularzu ofertowym E. K. jako podwykonawca w zamówieniu publicznym "Usługi leśne w roku 2014 w Nadleśnictwie Człuchów". Jego dokumenty zgodnie z § 3 ust.4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, znajdowały się w ofercie E. K., zaś on wymieniony był w wykazie osób biorących udział w wykonaniu zamówienia. Ponadto Nadleśnictwo Człuchów podtrzymuje stanowisko, iż przystępujący prawidłowo wykonywał prace.

Zamawiający podniósł, iż przystępujący wskazał wykonane usługi na rzecz Zakładu Usług Leśnych A.S. wykonane od 2.02.2015 do 30.09.2015 r. na kwotę 231 577,38

złoty brutto. Wykonawca przedstawił umowę o podwykonawstwo wraz z A. S., a także poświadczenie uzyskane z Nadleśnictwa Człuchów. Jednocześnie złożył oświadczenie na podstawie § 1 ust.2 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od Wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Oświadczenie zostało złożone, gdyż z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze przystępujący nie był w stanie uzyskać poświadczenia od A.S.. Wykaz usług, w którym wskazano usługę wykonaną na rzecz A.S. został złożony na wezwanie do uzupełnienia z art.26 ust.3 Pzp. Równocześnie w niniejszym postępowaniu A.S. złożyła konkurencyjną ofertę, to od niej wpłynęło odwołanie w niniejszym postępowaniu, a więc zgodnie z doświadczeniem życiowym, obiektywnie należy stwierdzić, iż A.S. nie była zainteresowana uzyskaniem poświadczenia przez przystępującego. Przystępujący załączył także faktury oraz dowody ich opłacenia przez A.S. na wymaganą przez zamawiającego kwotę, które potwierdzają prawidłowe wykonanie usługi. Przedmiotowy fakt potwierdza także Nadleśnictwo Człuchów w piśmie z 14.12.2015 r. Obie jednostki organizacyjne Lasów Państwowych tj. Nadleśnictwo Człuchów oraz Nadleśnictwo Lipka potwierdzają, iż usługi zostały wykonane należycie.

W ocenie zamawiającego są zarzuty dotyczące wykazów osób. Oba wykazy przedstawione przez przystępującego datowane są na 19.11.2015 r. i potwierdzają spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający wskazał, że odwołujący stwierdzili iż "istnieje znaczące prawdopodobieństwo", przy czym w żaden sposób go nie wykazali, zaś jedynie insynuują pewne fakty, których nie potwierdzają jednostki organizacyjne Lasów Państwowych, na rzecz których realizowano zamówienie.

Zamawiający stwierdził, iż dokonał dogłębnej analizy dokumentów i podtrzymuje stanowisko, iż przystępujący spełnił wszelkie warunki udziału w postępowaniu i na pakiet (część) nr 5, jak i na pakiet (część) nr 8. Nie sposób uznać, iż podał jakiegokolwiek nieprawdziwe informacje, a tym samym w żaden sposób nie wypełnił dyspozycji art.24 ust. 2 pkt 3 P.z.p. W związku zaś ze spełnieniem warunków udziału w postępowaniu nie podlega wykluczeniu na podstawie art.24 ust.2 pkt 4 P.z.p. ani z części V, ani z części VIII postępowania.

W ocenie zamawiającego nie doszło do naruszenia art.7 ust.1 P.z.p. Wszyscy wykonawcy byli traktowani równo, zamawiający zaś zapewnił przestrzeganie zasady uczciwej konkurencji. Niezrozumiałą jest fakt powoływania się przez odwołujących na art. 5 Kodeksu cywilnego - zasady współżycia społecznego, który, według zamawiającego, nie ma zastosowania w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

Odnosnie zaś naruszenia art.89 ust. 1 pkt 5 P.z.p. zamawiający stwierdził, iż wskazany przepis nie ma zastosowania do przetargu nieograniczonego, ale do trybów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w których etap oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i etap składania ofert są odrębnymi etapami postępowania, co nie ma miejsca w przetargu nieograniczonym.

Przystępujący poparł stanowisko zamawiającego. Wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków:

- w pkt. 6.2.2 ppkt. V. s.i.w.z. dla części V a) zrealizował lub realizuje (przy czym w tym przypadku będzie liczona wartość zrealizowanej części umowy) co najmniej 1 usługę (przez usługę rozumie się wykonywanie prac na podstawie 1 umowy) polegającą na wykonywaniu prac z zakresu zagospodarowania lasu, zrywki i pozyskania drewna, na kwotę nie mniejszą niż 200 000 zł brutto;
- w pkt. 6.2.2 ppkt. VIII. s.i.w.z. dla części VIII a) zrealizował lub realizuje (przy czym w tym przypadku będzie liczona wartość zrealizowanej części umowy) co najmniej 1 usługę (przez usługę rozumie się wykonywanie prac na podstawie 1 umowy) polegającą na wykonywaniu prac z zakresu zagospodarowania lasu, zrywki i pozyskania drewna, na kwotę nie mniejszą niż 300 000 zł brutto;

Zamawiający na potwierdzenie ww. warunków udziału wymagał (zgodnie z pkt. 7.2 B s.i.w.z.) złożenia wykazu usług wykonanych (a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych) w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane oraz załączeniem dowodów, że usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie - zgodnie z załącznikiem nr 7 do s.i.w.z. Przy czym wskazano, iż dowodami są: (1) poświadczenie, z tym że w odniesieniu do nadal wykonywanych usług okresowych lub ciągłych poświadczenie powinno być wydane nie wcześniej niż na 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert; (2) oświadczenie Wykonawcy - jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia, o którym mowa w pkt 1. Ponadto zamawiający w pkt. 6.5 s.i.w.z. wskazał, że jeżeli wykonawca ubiega się o udzielenie kilku części zamówienia to nie może celem

wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu wskazać tego samego doświadczenia, tego samego potencjału technicznego, tych samych osób przewidzianych do realizacji zamówienia, ani tego samego potencjału finansowego w więcej niż jednej części zamówienia.

Przystępujący w swojej ofercie przedstawił wymagany wykaz usług wskazując na potwierdzenie spełnienia warunku

- dla pakietu nr 5 - Usługi Leśne DRACO H.K. wykonywane od 1.01.2013 do

31.12.2013

- dla pakietu nr 8 - Usługi Leśne DRACO E.K. wykonywane od 1.01.2014 do

31.12.2014

wraz z referencjami wystawionymi przez firmę Usługi Leśne DRACO E.K..

Zamawiający Nadleśnictwo Lutówko wezwał w dniu 1 grudnia 2015 r. wystawcę referencji (firma Usługi Leśne Draco E.K.), na podstawie uprawnienia zawartego w § 1 ust 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, do złożenia wyjaśnień w zakresie wystawionych referencji, wskazując, że z wystawionego listu referencyjnego nie wynika jednoznacznie, czy usługi były wykonywane na podstawie jednej umowy obejmującej całość zadań z zakresu pozyskania, zrywki drewna i prac związanych z zagospodarowaniem lasu w roku 2013 (...) oraz roku 2014 (...) czy jest to suma kilku umów składających się na niniejszą wartość wykonanych usług. W odpowiedzi na powyższe wezwanie firma Usługi Leśne DRACO E.K. w dniu 4 grudnia 2015 roku odpowiedziała, iż wykazane usługi za lata 2013 oraz 2014 są sumą kilkunastu umów.

Zamawiający wezwał zatem przystępującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. do uzupełnienia dokumentów. Przystępujący w odpowiedzi na wezwanie twierdzi, iż „Usługa wykonywana w wyniku umowy zawartej z p. K. w pełni potwierdziła spełnienie warunków udziału w postępowaniu, zarówno co do przedmiotu, jak i wartości usługi. Niezrozumiałym jest dla przystępującego wyjaśnienie udzielone zamawiającemu przez p. K., jakoby na kwotę zawartą w referencjach składało się kilkanaście umów, skoro zamówienie wykonywane było w ramach jednej umowy, o czym świadczy poświadczenie wystawione przez zamawiającego - Nadleśnictwo Człuchów, potwierdzające należyte wykonanie usług przez przystępującego jako podwykonawcy w roku 2014 i 2015 (skreślone), kiedy to głównym wykonawcą / usług była firma Usługi Leśne DRACO E.K.. W piśmie z dn.14 grudnia 2015 r. dot. części VIII,

przystępujący oświadczył, iż jako podwykonawca wykonał usługę w ramach jednej umowy na rzecz E. K. - wskazując rok 2014.

W tym samym piśmie przystępujący złożył również nowy wykaz usług wskazując na potwierdzenie spełnienia warunku dla pakietu nr 5 - Zakład Usług Leśnych A.S. wykonywane od 2.02.2015 r. do 30.09.2015 r. wraz z poświadczeniem własnym, iż przystępujący realizował ww. usługi należycie. Jednocześnie przystępujący stwierdził, iż nie mógł uzyskać referencji od ZUL A.S. twierdząc, iż jest to spowodowane faktem, iż p. A.S. odmówiła wystawienia dowodu - poświadczenia, potwierdzającego należyte wykonanie usług, co prawdopodobnie wynika z faktu, iż p. S. złożyła konkurencyjną ofertę na wykonanie tych samych części w przedmiotowym postępowaniu.

Przystępujący wykonał usługę w ramach podwykonawstwa realizowanego na rzecz E. K.. Przedmiotowy fakt i należyte wykonanie usług potwierdza poświadczenie wystawione 14.12.2015 r. przez Nadleśnictwo Człuchów. Przystępujący wymieniony był w formularzu ofertowym E. K. jako podwykonawca w zamówieniu publicznym "Usługi leśne w roku 2014 w Nadleśnictwie Człuchów". Jego dokumenty podmiotowe znajdowały się w ofercie E. K., zaś on wymieniony był w wykazie osób biorących udział w wykonaniu zamówienia.

Pismem z dnia 16 grudnia 2015 r. zamawiający poinformował o wyborze oferty przystępującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu dla poszczególnych pakietów, w tym dla pakietu nr 5 (Realizacja w 2016 roku usług związanych z prowadzeniem gospodarki leśnej na terenie leśnictwa Kamień) oraz pakiet nr 8 (Realizacja w 2016 roku usług związanych z prowadzeniem gospodarki leśnej na terenie leśnictwa Witkowo).

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący są uprawnieni do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

Odnosząc się do podnoszonych przez odwołujących zarzutów, Izba wskazuje, iż - przede wszystkim - nie podziela stanowiska odwołujących, iż zamawiający nie był uprawniony do składania nowych dowodów po złożeniu przez odwołujących odwołania w przedmiotowej sprawie. Zgodnie z zasadą wyrażoną w art. 190 ust. 1 zd. pierwsze ustawy P.z.p., każde twierdzenie strony lub uczestnika postępowania odwoławczego, z którego wywodzą oni korzystne dla siebie skutki procesowe, powinno być poparte dowodami. Dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej - stosowanie

do zdania drugiego wskazanego artykułu - strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.

Izba, po przeanalizowaniu złożonych dokumentów, stwierdziła, iż przystępujący wykazał, iż spełnia wymagane w postępowaniu warunki udziału, poprzez złożenie wykazu wykonanych usług wraz z referencjami wystawionymi przez Panią E.K.. Usługi te były przez przystępującego wykonywane w ramach podwykonawstwa w realizacji usług na rzecz Nadleśnictwa Człuchów. Z wykazu i referencji wynika, iż przystępujący świadczył usługi kompleksowe w ramach podwykonawstwa w 2013 r. na kwotę 223 395,13 zł brutto (wykazana na pakiet nr 5) oraz w 2014 r. na kwotę 400 598,69 zł brutto (wykazana na pakiet nr 8). Stanowisko to zostało poparte oświadczeniem Nadleśnictwa Człuchów z 14 grudnia 2015 roku. Przystępujący przedłożył także kopie faktur i otrzymanych przelewów bankowych potwierdzających należyte wykonanie usługi. Przystępujący wymieniony był w formularzu ofertowym E. K. jako podwykonawca w zamówieniu publicznym "Usługi leśne w roku 2014 w Nadleśnictwie Człuchów". Jego dokumenty zgodnie z § 3 ust.4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, znajdowały się w ofercie E. K., zaś on wymieniony był w wykazie osób biorących udział w wykonaniu zamówienia.

Faktem jest, iż wystawca referencji, Pani E.K., stwierdziła, iż usługi te były wykonywane w ramach kilkunastu umów, niemniej jednak stanowisko zawarte w referencjach nie zostało poparte żadnymi dowodami, w szczególności kopiami zawartych umów ani - chociażby - wskazaniem dat ich zawarcia, numerów itp.

Izba nie dała zatem wiary informacjom zawartym w wyjaśnieniach złożonych przez Panią E.K. w wyniku wezwania do złożenia wyjaśnień przez zamawiającego. Wskazać należy, iż charakter podwykonawstwa polega na tym, iż usługi wykonywane w ramach podwykonawstwa dotyczą realizacji pewnej umowy głównej, w tym wypadku umowy zleconej Pani E.K. przez Nadleśnictwo Człuchów. Przystępujący w dokumentacji przetargowej został wskazany jako podwykonawca określonej części umowy, co implikuje stwierdzenie, iż pomiędzy Panią E.K. a przystępującym została zawarta umowa, na mocy której przystępujący wykona część przedmiotu zamówienia wynikającego z umowy głównej. Żaden z przedłożonych Izbie dokumentów podstawowych (przede wszystkim oferta Pani E.K. wraz z załącznikami) nie potwierdza, iż umów pomiędzy Panią E.K. a przystępującym było kilkanaście. Na fakt taki nie wskazują także dokumenty złożone przez zamawiającego i przystępującego (w tym przede wszystkim faktury, zaświadczenie Nadleśnictwa Człuchów z 14 grudnia 2015 roku).

Tym samym brak jest podstaw do stwierdzenia, iż przystępujący w przedmiotowym postępowaniu złożył nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania. Konstatacja ta dotyczy informacji złożonych wraz z ofertą i dotyczących usług wykonywanych na rzecz Pani E.K.. Tym samym Izba stwierdziła, że podnoszony w tym zakresie zarzut jest nieuzasadniony. W tym przypadku pozostałe zarzuty odwołania, dotyczące nienależytego wykonywania usług na rzecz Pani A.S., pozostają bez wpływu na wynik postępowania i ich rozpoznawanie Izba uznała za zbędne.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....