

**POSTANOWIENIE
z dnia 8 kwietnia 2019 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron postępowania w dniu 8 kwietnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 marca 2019 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego:

1) M. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych M. S., Kłosowo 1, 78-607 Dęboleka;

2) C. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne D. C., Machliny 24, 78-553 Broczyno;

3) R. Z. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych D&R R. Z., ul. Szkolna 2/4, 78-400 Szczecinek w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Borne Sulinowo, Al Niepodległości 32, 78-449 Borne Sulinowo

postanawia:

1. odrzuca odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego:

1) M. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych M. S., Kłosowo 1, 78-607 Dęboleka;

2) D. C. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne D. C., Machliny 24, 78-553 Broczyno;

3) R. Z. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych D&R R. Z., ul. Szkolna 2/4, 78-400 Szczecinek 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 publicznego:

1)M. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych M. S., Kłosowo 1, 78-607 Dębołęka;

2)D. C. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne D. C., Machliny 24, 78-553 Broczyno;

3)R. Z. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych D&R R. Z., ul. Szkolna 2/4, 78-400 Szczecinek tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Koszalinie.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Borne Sulinowo, Al Niepodległości 32, 78-449 Borne Sulinowo wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Wykonanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Borne Sulinowo w roku 2019”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 17 października 2018 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2018/S 200-454661.

W dniu 14 lutego 2019 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe Zrywtrans Sp. z o.o. z siedzibą w Mirosławcu, Bio-Forest Sp. z o.o. z siedzibą w Łobezie, Alegra-Nova Sp. z o.o. z siedzibą w Gryficach, M. C. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą POLONEZ M. C. z siedzibą w Rymaniu, P. A. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Usługowa P. A. z siedzibą w Łobzowie, T. K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Leśnych T. K. z siedzibą w Lubaszcu oraz Mirgol Sp. z o.o. z siedzibą w Mirosławcu, zwany dalej „Odwołujący 1”, wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie w zakresie części 5 oraz 6 postępowania, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 26 ust. 6 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez bezpodstawne, przedwczesne wykluczenie z postępowania z uwagi na informacje podane w JEDZ Odwołującego w części IV lit. C pkt 6 (warunek dotyczący osób skierowanych do realizacji zamówienia) oraz części IV lit. C pkt 9 (warunek dotyczący potencjału technicznego na potrzeby realizacji zamówienia) w pakietach 5 i 6 - pomimo, że przekazane przez Odwołującego dokumenty były wystarczające do stwierdzenia iż spełnia on warunki udziału w postępowaniu;

2) art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyjaśnienia ewentualnych wątpliwości które według Zamawiającego zaistniały - w odniesieniu do osób i sprzętu;

3) art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp przez zaniechanie wskazania, brak danych względem których konkretnie osób i sprzętu uniemożliwiły Zamawiającego wstępne potwierdzenie warunku udziału;

4) z ostrożności procesowej - art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 26 ust. 6 w zw. z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez bezpodstawne, przedwczesne wykluczenie z postępowania z uwagi na informacje podane w JEDZ konsorcjanta Odwołującego w części

IV lit. C pkt 1b (warunek dotyczący doświadczenia) w pakietach 5 i 6 - pomimo, że przekazane przez Odwołującego dokumenty były wystarczające do stwierdzenia iż spełnia on warunki udziału w postępowaniu;

5) z ostrożności procesowej - art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie informacji podanych w JEDZ konsorcjantów Odwołującego w części III lit. C wiersz pierwszy (brak podstaw wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 5 Pzp) oraz w części III lit. C wiersz trzeci (brak podstaw wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp) w pakiecie 5 - a w efekcie wykluczenie Odwołującego z postępowania;

6) z ostrożności procesowej - art. 24 ust. 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do samooczyszczenia dotyczącego informacji podanych w JEDZ konsorcjantów Odwołującego w części III lit. C wiersz pierwszy (brak podstaw wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 5 Pzp) oraz w części III lit. C wiersz trzeci (brak podstaw wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp) w pakiecie 5 - w ramach którego Odwołujący mógłby wszechstronnie wyjaśnić stan faktyczny i potwierdzić, że nie podlega wykluczeniu z postępowaniu;

7) w konsekwencji naruszenia powyższych przepisów - Zamawiający naruszył art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ;

8) ewentualnie innych przepisów wynikających bezpośrednio i pośrednio z uzasadnienia.

Odwołujący 1 wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego 1 w Pakiecie nr 5 i uznania jego oferty za odrzuconą, unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego 1 w Pakiecie nr 6 i uznania jego oferty za odrzuconą, powtórzenia czynności badania spełniania warunków udziału w postępowaniu przez Odwołującego 1 w Pakietach nr 5 i 6, dokonania wyboru ofert Odwołującego 1 w wyniku ponownej weryfikacji spełniania warunków udziału w postępowaniu w Pakietach nr 5 i 6.

Pismem z dnia 25 lutego 2019r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na powyższe odwołanie i oświadczył, że uwzględni zarzuty odwołania w całości.

W sprawie tej żaden z wykonawców nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

W następstwie powyższego Skład Orzekający Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 lutego 2019r. wydał postanowienie o umorzeniu postępowania odwoławczego (sygn. akt KIO 264/19).

W dniu 21 marca 2019 r. Odwołujący: Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego:

1) M. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych M. S., Kłoso 1, 78-607 Dęboleka;

2) D. C. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne D. C., Machliny 24, 78-553 Broczyno;

3) R. Z. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych D&R R. Z., ul. Szkolna 2/4, 78-400 Szczecinek zwani dalej: Odwołującym powzięli informację o wyborze najkorzystniejszej oferty w części - pakiecie 06 zamówienia Konsorcjum Zrywtrans.

Nie zgadzając się z powyższym rozstrzygnięciem przetargu Odwołujący w dniu 29 marca 2019 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie części - pakiecie 06 zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa:

1. art. 22 ust. 1 pkt 2 i art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez błędne uznanie przez Zamawiającego, iż wykonawcy wspólnie ubiegający się o uzyskanie zamówienia tj. Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe Zrywtrans Sp. z o.o., P. A. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Firma Usługowa P. A., T. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych T. K., Mirgol Sp. z o.o., Bio-Forest Sp. z o.o., M. C. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Polonez M. C., Alegria-Nova Sp. z o.o., wykazali spełnianie warunków udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej dla części - pakietu 06 zamówienia oraz poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Zrywtrans z postępowania, mimo że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej dla części - pakietu 06 zamówienia w zakresie:

a) doświadczenia, o którym mowa w pkt. 6.2.3)a)VI) SIWZ, podczas gdy Wykonawca Konsorcjum Zrywtrans nie wykazał realizacji usługi polegającej na wykonaniu prac z zakresu zagospodarowania lasu, zrywki i pozyskania drewna na kwotę nie mniejszą niż 1 150 000 zł brutto;

b) potencjału technicznego, o którym mowa w pkt. 6.2.3)b)VI) SIWZ, podczas gdy Wykonawca Konsorcjum Zrywtrans nie dysponował wszystkimi wymaganymi przez SIWZ urządzeniami, nie podał informacji na temat rodzaju posiadanych maszyn i urządzeń w zakresie podstawy dysponowania i numeru seryjnego, a niektóre z pośród powołanych przez Konsorcjum Zrywtrans urządzeń nie spełniają wymogów technicznych stawianych przez Zamawiającego;

c) zdolności zawodowej - osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, o których mowa w pkt. 6.2.3) c)VI) b) SIWZ, podczas gdy Wykonawca

Konsorcjum Zrywtrans nie wykazał dysponowania co najmniej jedną osobą, która ukończyła szkolenie w zakresie pracy ze środkami chemicznymi.

2. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie przez Zamawiającego zasady jednokrotnego wzywania wykonawcy do przedłożenia brakującego lub nieprawidłowego lub niepotwierdzającego spełniania warunku udziału w postępowaniu dokumentu i dopuszczanie, istotnej, wielokrotnej modyfikacji oświadczeń i dokumentów wykazujących spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej dla części - pakietu 06 zamówienia w zakresie:

a) doświadczenia przez Konsorcjum Zrywtrans zamiast wykluczenia Konsorcjum Zrywtrans z postępowania;

b) potencjału technicznego przez Konsorcjum Zrywtrans zamiast wykluczenia Konsorcjum Zrywtrans z postępowania;

c) zdolności zawodowej- osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia. zamiast wykluczenia Konsorcjum Zrywtrans z postępowania;

co skutkowało również nierównym traktowaniem wykonawców w przedmiotowym postępowaniu, polegającym na uprzywilejowaniu wykonawcy Konsorcjum Zrywtrans.

3. art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Zrywtrans z postępowania, mimo że wykonawca ten w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia tj.:

a) spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej w zakresie doświadczenia, o którym mowa w pkt. 6.2.3)a)VI) SIWZ, poprzez powoływanie się na doświadczenie, którym nie mają prawa legitymować się członkowie Konsorcjum Zrywtrans oraz złożenie dokumentów referencji sprzecznych ze sobą oraz sprzecznych ze stanem faktycznym ustalonym na podstawie odrębnych dokumentów.

b) spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej w zakresie potencjału technicznego, poprzez brak podania przez Konsorcjum Zrywtrans prawidłowych numerów seryjnych i numerów identyfikacyjnych posiadanych maszyn i pojazdów;

c) spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej w zakresie podstawy dysponowania maszynami stanowiącymi potencjał techniczny, o którym mowa w pkt. 6.2.3)b)VI) SIWZ i określenia w każdym przypadku, że posiadane maszyny stanowią zasób „własny” Konsorcjum Zrywtrans, podczas gdy niektórymi z przedmiotowych pojazdów i urządzeń wykonawca dysponuje na podstawie oświadczenia o użyczeniu od osoby trzeciej;

d) złożenia w JEDZ lidera Konsorcjum Zrywtrans - PPHU Zrywtrans Sp. z o.o. oświadczenia o nienaruszaniu obowiązku w zakresie prawa pracy, podczas gdy w dniu 3 października 2018 r. przeciwko PPHU Zrywtrans Sp. z o.o. zapadł wyrok nakazujący sprostowanie świadectwa pracy, wypłatę zaległego wynagrodzenia za pracę oraz zapłatę ekwiwalentu za niewykorzystany urlop wypoczynkowy na rzecz byłego pracownika PPHU Zrywtrans Sp. z o.o. p. S. S. .

4. art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty Konsorcjum Zrywtrans pomimo, że wadium nie zostało wniesione w sposób prawidłowy, tj. nie zostało wniesione przez pełnomocnika wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w ramach Konsorcjum Zrywtrans.

5. art. 22d ust.2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie uznania, że Konsorcjum Zrywtrans nie posiada wymaganych zdolności do realizacji zamówienia, podczas gdy zasoby techniczne i osobowe, którymi dysponują członkowie Konsorcjum Zrywtrans - PPHU Zrywtrans i Mirgol Sp. z o.o. zaangażowane są w realizację zamówienia na rzecz Nadleśnictwa w Wałczu, co może mieć negatywny wpływ na realizację niniejszego zamówienia.

6. art. 91 ust. 1 i art. 26 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej dla części - pakiet 06 oferty Konsorcjum Zrywtrans, mimo że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia, potencjału technicznego i zdolności zawodowej i podlegał wykluczeniu z postępowania, a jego oferta odrzuceniu.

7. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez niezapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem wyżej wymienionych przepisów ustawy) oraz udzielenie zamówienia dla części - pakiet 06 wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy.

Jednocześnie Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania, przeprowadzenie dowodów wskazanych w treści uzasadnienia i nakazanie Zamawiającemu w ramach Części - pakiet 06 zamówienia:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert;
3. wykluczenia z Postępowania Konsorcjum Zrywtrans i odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Zrywtrans;
4. dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Pismem z dnia 5 kwietnia 2019 r. Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie wnosząc między innymi o odrzucenie odwołania na podstawie art.189 ust.2 pkt 5 ustawy Pzp w związku z art.185 ust.6 ustawy Pzp, bowiem odwołanie dotyczy czynności, którą dokonał

zgodnie z żądaniem odwołania z dnia 14 lutego 2019r.(sygn. akt KIO 264/19), którego zarzuty zostały w całości uwzględnione przez Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dokumentacyjnego przedmiotowego postępowania przetargowego, w tym akt sprawy odwoławczej, Izba postanowiła odwołanie odrzucić.

Na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron, Izba doszła do przekonania, że zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust.2 pkt. 5 ustawy Pzp w związku z art.185 ust.6 i art.186 ust.2 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że w przedmiotowej sprawie wystąpiły okoliczności, o których mowa w przepisie art.186 ust.2 ustawy Pzp, który stanowi, że w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Izba stwierdziła, że w postępowaniu odwoławczym o sygn. akt KIO 264/19 wykonawca konkurencyjny wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego w Pakiecie nr 5 i uznania jego oferty za odrzuconą, unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego w Pakiecie nr 6 i uznania jego oferty za odrzuconą, powtórzenia czynności badania spełniania warunków udziału w postępowaniu przez Odwołującego w Pakietach nr 5 i 6, dokonania wyboru ofert Odwołującego w wyniku ponownej weryfikacji spełniania warunków udziału w postępowaniu w Pakietach nr 5 i 6.

Izba ustaliła również, że w następstwie wydanego przez Krajową Izbę Odwoławczą powyższego postanowienia Zamawiający powyższe żądania wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, łącznie z tym najdalej idącym o dokonaniu wyboru oferty wykonawcy konkurencyjnego.

Wymaga podkreślenia, że w postępowaniu odwoławczym o sygn. akt KIO 264/19

Odwołujący nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego na tamtym etapie postępowania odwoławczego, do czego miał pełne prawo i w ten sposób mógł skutecznie zwalczać zarzuty tamtego odwołania.

W związku z tym Izba uznała, że w przedmiotowej sprawie aktualizuje się rzymska zasada *ne bis in idem* (zakaz orzekania dwa razy w tej samej sprawie) i zachodzi *res iudicata* (powaga rzeczy osądzonej), a wobec tego niedopuszczalne jest podważanie przez Izbę postanowienia w sprawie KIO 264/19.

Izba oparła swoje rozstrzygnięcie o przepis art. 185 ust.6 ustawy Pzp, w myśl, którego Odwołujący oraz wykonawca wezwany zgodnie z ust. 1 (do przystąpienia do postępowania odwoławczego) nie mogą następnie korzystać ze środków ochrony prawnej wobec czynności zamawiającego wykonanych zgodnie z wyrokiem Izby lub sądu albo na podstawie art. 186 ust. 2 i 3.

Ostatecznie, Izba orzekła na podstawie przepisu art.189 ust.2 pkt 5 ustawy Pzp, zgodnie, z którym Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 zd.2 ustawy Pzp postanowiła odrzucić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący:.....