

Sygn. akt: KIO 615/21

Sygn. akt: KIO 621/21

WYROK

z dnia 23 marca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Piotr Kur

po rozpatrzeniu na rozprawie w dniu 18 marca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

(KIO 615/21)

A. w dniu 25.02.2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: D. M. Zakład Usług Leśnych DANIEL; Zakład Usług Leśnych Tułowice I. R.; Zakład Usług Leśnych LAS Z. J.; Zakład Usług Leśnych Ryś A. S.; LYNX S.C. A. S. D. M.; Larix Sp. z o.o. ul. Jaśminowa 5, 49-130 Tułowice.**

(KIO 621/21)

B. w dniu 26.02.2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: REDWOOD P. K.; Usługi Leśne M. J.; S. P. wspólnik w Z.P.H.U. "PINUS" s.c. K. J., S. P.; K. J. wspólnik w Z.P.H.U. "PINUS" s.c. K. J., S. P.; Usługi Leśne M. H.; A. G. Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „LARIX” ul. Ochla-Franciszka Gaudy'ego 3, 66-006 Zielona Góra.**

W postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa, Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe, Nadleśnictwo Tułowice ul. Parkowa 14, 49-130 Tułowice.**

Przy udziale:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum Leśne Tułowice w składzie: REDWOOD P. K.; Usługi Leśne M. J.; S. P. wspólnik w Z.P.H.U. "PINUS" s.c. K. J., S. P.; K. J. wspólnik w Z.P.H.U. "PINUS" s.c. K. J., S. P.; Usługi Leśne M. H.; A. G. Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „LARIX” ul. Ochla-Franciszka Gaudy'ego 3, 66-006 Zielona Góra.** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: 615/21 po stronie zamawiającego.
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: D. M. Zakład Usług Leśnych DANIEL; Zakład Usług Leśnych Tułowice I. R.; Zakład Usług Leśnych LAS Z. J.; Zakład Usług Leśnych Ryś A. S.; LYNX S.C. A. S. D. M.; Larix Sp. z o.o. ul. Jaśminowa 5, 49-130 Tułowice.** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: 621/21 po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołania.
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum Leśne Tułowice w składzie: D. M. Zakład Usług Leśnych DANIEL; Zakład Usług Leśnych Tułowice I. R.; Zakład Usług Leśnych LAS Z. J.; Zakład Usług Leśnych Ryś A. S.; LYNX S.C. A. S. D. M.; Larix Sp. z o.o. ul. Jaśminowa 5, 49-130 Tułowice** oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum „KLON” w składzie: REDWOOD P. K.; Usługi Leśne M. J.; S. P. wspólnik w Z.P.H.U. "PINUS" s.c. K. J., S. P.; K. J. wspólnik w Z.P.H.U. "PINUS" s.c. K. J., S. P.; Usługi Leśne M. H.; A. G. Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „LARIX” ul. Ochla-Franciszka Gaudy'ego 3, 66-006 Zielona Góra** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez tych wykonawców tytułem wpisu od odwołania, po 15 000 zł każdy.
- 2.1. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum Leśne Tułowice w składzie: D. M. Zakład Usług Leśnych DANIEL; Zakład Usług Leśnych Tułowice I. R.; Zakład Usług Leśnych LAS Z. J.; Zakład**

Usług Leśnych Ryś A. S.; LYNX S.C. A. S. D. M.; Larix Sp. z o.o. ul. Jaśminowa 5, 49-130 Tułowice na rzecz **Skarb Państwa, Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe, Nadleśnictwo Tułowice ul. Parkowa 14, 49-130 Tułowice** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego;

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum „KLON” w składzie: REDWOOD P. K.; Usługi Leśne M. J.; S. P. wspólnik w Z.P.H.U. "PINUS" s.c. K. J., S. P.; K. J. wspólnik w Z.P.H.U. "PINUS" s.c. K. J., S. P.; Usługi Leśne M. H.; A. G. Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „LARIX” ul. Ochla-Franciszka Gaudy'ego 3, 66-006 Zielona Góra** na rzecz **Skarb Państwa, Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe, Nadleśnictwo Tułowice ul. Parkowa 14, 49-130 Tułowice** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.

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

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 615/21

Sygn. akt: KIO 621/21

Uzasadnienie

Zamawiający: Skarb Państwa, Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe, Nadleśnictwo Tułowice ul. Parkowa 14/14a, 49-130 Tułowice prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie, którego przedmiotem jest Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Tułowice w roku 2021, nr referencyjny: ZG.270.1.1.2020. Nr zamówienia: Ogłoszenie opublikowano w DUUE Dz. U./S S215;04/11/2020; 527609-2020-PL. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Sygn. akt KIO 615/21

Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia wchodzący w skład Konsorcjum Leśnego Tułowice: 1/ D. M. Zakład Usług Leśnych DANIEL, Tułowice, 2/ Zakład Usług Leśnych Tułowice I. R., 3/ Zakład Usług Leśnych LAS Z. J., Sidzina, 4/ Zakład Usług Leśnych Ryś A. S., Tułowice
5/ A. S., D. M. LYNX S.C. Tułowice, 6. Larix sp. z o.o. Niemodlin

wnieśli odwołanie od niezgodnej z przepisami czynności zamawiającego w postaci wyboru najkorzystniejszej oferty - **w zakresie pakietu nr 2**, który obejmuje wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Tułowice w 2021 roku - prace z zakresu gospodarki leśnej w leśnictwach: Szydłowiec, Goszczowice, Grabin, Sosnówka - **złożonej przez KONSORCJUM „KLON”**.

Zaskarżonej czynności zarzuca naruszenie następujących przepisów prawa:

- art. 24 ust. 1 pkt 12, 16 i 17 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1843, ze zm.) przez ich niezastosowanie, a w konsekwencji wyborze dla pakietu nr 2 oferty Konsorcjum „KLON” w składzie REDWOOD P. K., Usługi Leśne M. J., S. P. - wspólnik Z.P.H.U. „PINUS” s.c. K. J., S. P., Usługi Leśne M. H., Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe A. G. „LARIX”, w sytuacji gdy zaistniały przesłanki do wykluczenia wykonawców wchodzących w skład konsorcjum, a w konsekwencji odrzucenia ich oferty, z uwagi na to, że w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadzili zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełniają warunki udziału w postępowaniu w postaci zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia przez wskazanie, iż co najmniej jeden z wykonawców zrealizował co najmniej 1 usługę polegającą na wykonaniu prac z zakresu zagospodarowania lasu, zrywki i

pozyskania drewna, na kwotę nie mniejszą niż 4.180.000,- zł brutto w skali jednego roku dla pakietu nr 2;

- art. 24 ust. 1 pkt 12, 16 i 17 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy jw. przez ich niezastosowanie, a w konsekwencji wyborze dla pakietu nr 2 oferty Konsorcjum „KLON” w ww. składzie, w sytuacji gdy zaistniały przesłanki do wykluczenia wykonawców wchodzących w skład konsorcjum, a w konsekwencji odrzucenia ich oferty, z uwagi na to, że w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadzili zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji zawartych w zał. nr 9 do SIWZ w zakresie wartości zrealizowanych przez Wykonawców robót, a w konsekwencji co do tego, że spełniają warunki udziału w postępowaniu w postaci zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia;

- art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 25a ust. 1 ustawy pzp przez ich niezastosowanie, a w konsekwencji wyborze dla pakietu nr 2 oferty Konsorcjum „KLON”, w sytuacji gdy zaistniały przesłanki do wykluczenia wykonawców wchodzących w skład konsorcjum z uwagi na to, że konsorcjum „KLON” nie wykazało spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej, bowiem wchodzące w skład Konsorcjum Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe A. G. „LARIX” przedłożyło opinię bankową w przedmiocie jego zdolności kredytowej na dzień 22 grudnia 2020 r. (opinia Banku została wydana 15 dni po terminie składania ofert), a zaświadczenie banku Santander Polska S.A., dotyczące środków finansowych posiadanych przez firmę REDWOOD P. K. datowane jest na dzień 16 grudnia 2020 r. (9 dni po terminie składania ofert), mimo iż Wykonawcy byli zobowiązani do wykazania posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej nie później niż na dzień złożenia oferty, wymaganych na podstawie pkt. 6.2.2 SIWZ;

- art. 24 ust. 1 pkt 12,16 i 17 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 25a ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 22d ust. 2 ustawy pzp przez ich niezastosowanie, a w konsekwencji wyborze dla pakietu nr 2 oferty Konsorcjum „KLON”, w sytuacji gdy zaistniały przesłanki do wykluczenia wykonawców wchodzących w skład konsorcjum, z uwagi na to, że w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadzili zamawiającego w błąd co do warunku udziału w postępowaniu dot. zdolności technicznej lub zawodowej tj. zadeklarowanego sprzętu oraz wykwalifikowanych pracowników, niezbędnych do prawidłowego wykonania zamówienia (w zakresie osób skierowanych do realizacji zamówienia), wymaganych na podstawie pkt. 6.2.3. lit. b i c SIWZ oraz co do spełnienia kryterium samodzielnej realizacji kluczowych elementów zamówienia, o których mowa w pkt 14.2. SIWZ.

W oparciu o zarzuty wniosł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie unieważnienia czynności zamawiającego w postępowaniu w postaci wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie

pakietu nr 2 - w przypadku gdy umowa nie została zawarta oraz nakazanie wykluczenia Wykonawcy Konsorcjum „KLON” albo stosownie do art. 457 ust. 1 pkt 2 p.z.p. unieważnić umowę - w przypadku gdy umowa została zawarta w zakresie pakietu nr 2, gdy zamawiający zawrze umowę z naruszeniem przepisu art. 577 p.z.p.;

3. dopuszczenie w poczet materiału dowodowego dowodów wskazanych w uzasadnieniu odwołania na okoliczność ich treści; dowodu z przesłuchania stron na okoliczność wprowadzenia zamawiającego w błąd przez Wykonawców wchodzących w skład konsorcjum „KLON” co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w odniesieniu do doświadczenia, potencjału technicznego oraz osób skierowanych przez Wykonawców do realizacji zamówienia.

UZASADNIENIE

I. W dniu 16.02.2021 r. udostępniona została informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty dla Pakietu nr 2, została wybrana oferta Konsorcjum „KLON”. Powyższa czynność zamawiającego jest nieprawidłowa i nie może ostać się w obrocie prawnym z następujących względów.

II. Na podstawie art. 22 ust. 1 ustawy pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu i spełniają warunki udziału w postępowaniu.

W SIWZ w pkt. 6 określono warunki udziału oraz podstawy wykluczenia z postępowania.

Wg 6.2.2. SIWZ w postępowaniu mogą brać udział Wykonawcy, jeśli wykaże, że posiada środki finansowe lub zdolność kredytową min. 600.000,- zł dla pakietu II.

Wg pkt. 6.2.3. SIWZ w postępowaniu mogą brać udział Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej:

a) warunek w zakresie doświadczenia, zostanie uznany za spełniony, jeśli Wykonawca wykaże, realizację usługi wykonywania prac z zakresu lasu, zrywki i pozyskania drewna, na kwotę nie mniejszą niż 4.180.000,- zł brutto w skali jednego roku (dla pakietu II);

b) warunek w zakresie potencjału technicznego, zostanie uznany za spełniony, jeśli Wykonawca wykaże, że dysponuje lub będzie dysponować (dla pakietu II):

- co najmniej 1 szt. maszyn leśnych typu harwester, co najmniej 4 szt. ciągników zrywkowych lub ciągników przystosowanych do zrywki drewna; co najmniej 2 szt. pługów do przygotowania gleby typu LPZ - 75 przeznaczonych do przygotowania gleby w odnowieniach i poprawkach; co najmniej 1 urządzenie rozdrabniające pozostałości pozrębowe; co najmniej 1 szt. maszyna - frez do przygotowania gleby w pasy;

c) warunek w zakresie osób skierowanych do realizacji zamówienia, zostanie uznany za spełniony, jeśli Wykonawca wykaże, że dysponuje lub będzie dysponować (dla pakietu II):

- co najmniej 12 osobami, które ukończyły z wynikiem pozytywnym szkolenie dopuszczające do pracy z pilarką, zgodnie z § 21 rozp. Ministra Środowiska z 24 sierpnia 2006 r. w sprawie bhp przy wykonywaniu niektórych prac z zakresu gospodarki leśnej (Dz. U. poz. 1141) lub

odpowiadające im uprawnienia z poprzednio obowiązujących przepisów albo odpowiadające im uprawnienia z innych państw członkowskich UE; co najmniej 2 osobami z wykształceniem leśnym wyższym, leśnym średnim lub posiadającymi dyplom ukończenia studium zawodowego świadczenia usług na rzecz leśnictwa; co najmniej 1 osoba, która kończyła szkolenie w zakresie pracy ze środkami chemicznymi zgodnie z rozp. Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi z 8 maja 2013 r. w sprawie szkolenia w zakresie pracy ze środkami chemicznymi (Dz.U. poz. 554) lub posiadające odpowiadające im uprawnienia na podstawie poprzednio obowiązujących przepisów. W przypadku wspólnie ubiegających się o zamówienie warunki w pkt 6.2. SIWZ powinni spełniać łącznie wszyscy z zastrzeżeniem, iż warunek z pkt 6.2.3.a winien spełniać co najmniej jeden. Żaden nie może podlegać wykluczeniu. Jeżeli Wykonawca ubiega się o udzielenie zamówienia na kilka pakietów, nie może wskazywać w więcej niż jednym pakiecie: wartości doświadczenia, tych samych osób przewidzianych do realizacji do pełnienia tych samych funkcji, przy czym Zamawiający dopuszcza, aby osoba nadzoru była wskazywana w dwóch Pakietach. Zamawiający może, na każdym etapie postępowania, uznać, że wykonawca nie posiada wymaganych zdolności, jeżeli zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych wykonawcy w inne przedsięwzięcia może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia (pkt 6.3. - 6.6. SIWZ).

W celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia z pkt. 6.1. oraz potwierdzenia spełnienia warunków udziału, o których mowa w pkt. 6.2.2, Wykonawca zobowiązany był do przedstawienia m.in. (pkt 7.1.1. lit. a - g):

formularzu „JEDZ”; wykaz usług wykonanych wraz z podaniem ich wartości brutto, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane (zał 9 do SIWZ);

dowody, że wskazane usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie (referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi wykonywano);

informację banku lub skok potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową, w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert; wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług z informacjami na temat kwalifikacji zawodowych, uprawnień, wykształcenia niezbędnych do wykonywania zamówienia i zakresu wykonywanych czynności oraz informację o podstawie dysponowania;

wykaz dostępnych urządzeń technicznych w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami.

Zgodnie z pkt 14.1 SIWZ kryteria oceny ofert to: 1) cena - 60 %;

2) samodzielna realizacja kluczowych elementów zamówienia - 40 %.

W postępowaniu doszło do naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12, 16 i 17 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp przez ich niezastosowanie, a w konsekwencji wyborze dla pakietu nr 2 ofert Konsorcjum „KLON”, gdy zaistniały wykluczenia wykonawców wchodzących w skład konsorcjum, i odrzucenia oferty z uwagi na to, że w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadzili zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji zawartych w załączniku nr 9 do SIWZ w zakresie wartości zrealizowanych przez Wykonawców robót. Tym samym wprowadzili zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji że spełniają warunki udziału w postępowaniu w postaci zdolności technicznej lub zawodowej poprzez wskazanie, iż co najmniej jeden z wykonawców zrealizował co najmniej 1 usługę polegającą na wykonaniu prac z zakresy zagospodarowania lasu, zrywki i pozyskania drewna, na kwotę nie mniejszą niż 4.180,000,- zł brutto w skali jednego roku dla pakietu nr 2.

Warunek z pkt. 6.2.3. lit. a winien spełniać co najmniej jeden z Wykonawców.

Zgodnie z treścią załączonych do oferty referencji z Nadleśnictwa Góra Śląska z 17.11.2020 r. zn: SA.270.31.2020 kwoty wymienione w zał nr 9 dotyczą częściowo podmiotów nie uczestniczących w Konsorcjum „KLON”, tj. firm: Usługi Leśne R. S. z siedzibą w Leszno, S. S. P.P.H.U. „PILAR” (wspólnik s.c.) z siedzibą w Leszno, A. O. P.P.H.U. „PILAR” (wspólnik s.c.) z siedzibą w Lesznie oraz R. O. P.P.H.U. „PILAR” (wspólnik s.c.) z siedzibą w Lesznie, których wartość zrealizowanych usług nie może być uwzględniana w przedmiotowej ofercie.

W przedmiotowych referencjach Nadleśnictwo Góra Śląska poświadczyło, iż:

- na podstawie umowy „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Góra Śląska w roku 2020” - Pakiet I (Obręb Góra oraz Szkółka Leśna) z 14 stycznia 2020 r. w okresie jej realizacji tj. od 14.01.2020 r. do 16.11.2020 r. Konsorcjum „Klon” w skład którego wchodzi także podmioty wymienione powyżej, wykonało w ramach realizacji umowy usługi o wartości 2.247.159,- zł netto/ 2.444.169,11 zł brutto, a Pan P. K. brał udział w realizacji zamówienia;

- na podstawie umowy Wykonywanie usług na terenie Nadleśnictwa Góra Śląska w roku 2020” - Pakiet II (Obręb Jemielno) z 14 stycznia 2020 r. w okresie jej realizacji tj. od 14.01.2020 r. do 16.11.2020 r. Konsorcjum „SOSNA” w skład którego wchodzi także podmioty wymienione powyżej, wykonało w ramach realizacji umowy usługi o wartości 1.823.279,17 zł netto/ 1.983.316,02 zł brutto, a P. K. brał udział w realizacji zamówienia;

- na podstawie umowy Wykonywanie usług na terenie Nadleśnictwa Góra Śląska w roku 2020” - Pakiet III (Obręb Załęczce) z 14 stycznia 2020 r. w okresie jej realizacji tj. od 14.01.2020 r. do 16.11.2020 r. Konsorcjum „TOPOLA” w skład którego wchodzi także podmioty wymienione powyżej, wykonało w ramach realizacji umowy usługi o wartości 1.353-267,99 zł netto/ 1.485.164,72 zł brutto, a P. K. brał udział w realizacji zamówienia.

Zgodnie z § 5 ust. 1 umowy konsorcjum z 26.11.2019 r. w przypadku udzielenia zamówienia Konsorcjum „KLON”, Strony zobowiązują się do wspólnego wykonania usług składających się na przedmiot zamówienia na poniższych warunkach:

a) w zakresie Części I zamówienia

- Lider Konsorcjum P. K. wykona prace z zakresu pozyskania i zrywki drewna, zagospodarowania i hodowli w leśnictwach Zawiaścice, Ślubów oraz szkółkę leśną Zawiaścicach;
- Partner Konsorcjum S. S. wykona prace z zakresu pozyskania i zrywki drewna, zagospodarowania i hodowli lasu w leśnictwie Wronów;
- Partnerzy Konsorcjum A. O., R. O. i S. S. wykona prace z zakresu pozyskania i zrywki drewna, zagospodarowania i hodowli lasu w leśnictwach Siciny, Sułków, Lękano w ;

Zgodnie z § 5 ust. 1 umowy konsorcjum z dnia 26.11.2019 r. w przypadku udzielenia zamówienia Konsorcjum „SOSNA”, Strony zobowiązują się do wspólnego wykonania usług składających się na przedmiot zamówienia na poniższych warunkach:

a) w zakresie Części II zamówienia

- Lider Konsorcjum P. K. wykona prace z zakresu pozyskania i zrywki drewna, zagospodarowania i hodowli w leśnictwach Kietłów, Łubów, Osławice, Majówka;
- Partner Konsorcjum S. S. wykona prace z zakresu pozyskania i zrywki drewna, zagospodarowania i hodowli lasu w leśnictwach Kietłów;
- Partnerzy Konsorcjum A. O., R.O. i S. S. wykona prace z zakresu pozyskania i zrywki drewna, zagospodarowania i hodowli lasu w leśnictwach Łubów i Osławice ;

Zgodnie z § 5 ust. 1 umowy konsorcjum z dnia 26.11.2019 r. w przypadku udzielenia zamówienia Konsorcjum „TOPOLA”, Strony zobowiązują się do wspólnego wykonania usług składających się na przedmiot zamówienia na poniższych warunkach:

a) w zakresie Części III zamówienia

- Lider Konsorcjum P. K. wykona prace z zakresu pozyskania i zrywki drewna, zagospodarowania i hodowli w leśnictwach Sułów, Załęcze, Wodniki, Bartów;
- Partner Konsorcjum S. S. wykona prace z zakresu pozyskania i zrywki drewna, zagospodarowania i hodowli lasu w leśnictwach Sułów;
- Partnerzy Konsorcjum A. O. ,R. O. i S. S. wykona prace z zakresu pozyskania i zrywki drewna, zagospodarowania i hodowli lasu w leśnictwach Wodniki i Batrków;

Dowód: 1. referencje z Nadleśnictwa Góra Śląska z dnia 17.11.2020 r. znak: SA.270.31.2020; 2. umowa konsorcjum „KLON” z dnia 26.11.2019 r. 3.umowa konsorcjum „SOSNA” z dnia 26.11.2019 r.; 4. umowa konsorcjum „TOPOLA” z dnia 26.11.2019 r.

Rozliczenie zakresu prac oraz wartości przysługujących Liderowi Konsorcjum P. K. przerobów z referencji Nadleśnictwa Góra Śląska przedstawionych dla pakietu nr 2 prowadzi do konstatacji, że wykazał on w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania

ofert, iż zrealizował lub realizuje co najmniej 1 usługę polegającą na wykonywaniu prac z zakresu lasu, zrywki i pozyskania drewna, na kwotę 3.215.300,43 zł.

Powyższe kwota wynika z wyliczeń dokonanych przez odwołującego.

Łącznie P. K. wykazał, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert usługę polegającą na wykonywaniu prac z zakresu lasu, zrywki i pozyskania drewna na kwotę 3.211.300,45 zł.

Z kolei w zał nr 9 do SIWZ P. K. jako lider konsorcjum „KLON” wskazał, że na podstawie wykonania ww. trzech umów wartość brutto wykonanych usług polegających na wykonaniu prac z zakresu zagospodarowania lasu, pozyskania i zrywki drewna w Nadleśnictwie Góra Śląska wynosi: 1.485.164,72 zł brutto, 1.983.316,02 zł brutto 2.444.169,11 zł brutto, łącznie: 5.912.640,85 zł. Przedstawiona wartość jest błędna i dowolna, albowiem zawiera wartość usług prezentowanych przez całe Konsorcjum, a więc podmioty, które nie biorą udziału wraz z P. K. w niniejszym postępowaniu. Przedstawiona kwota jest łączną kwotą wynagrodzenia za usługi wykonane przez całe Konsorcjum „KLON”, „SOSNA”, „TOPOLA” w ramach pakietów I, II, III w skład którego wchodzi także podmioty wymienione powyżej, a które nie biorą udziału w niniejszym postępowaniu, z kolei P. K. nie może polegać na doświadczeniu całego Konsorcjum, lecz jedynie na swoim własnym doświadczeniu zdobytym w ramach Konsorcjum.

W każdym z ww. umów konsorcjum z 26.11.2019 r. w § 6 wskazane zostało, iż strony umowy Konsorcjalnej wymienione w § 5 zgodnie oświadczają iż wszelkie faktury, a także płatności związane z wykonaniem usług wynikających z przetargu pn. „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Góra Śląska w roku 2020” - Pakiet nr I, II, III dokonuje Lider Konsorcjum P. K. oraz przyjmuje wszelkie płatności tytułem wykonanych usług. Z kolei pozostali Wykonawcy („Partnerzy”) wystawiali faktury na rzecz lidera konsorcjum. Dla zweryfikowania, czy Lider Konsorcjum wykonał usługi z zakresu zagospodarowania lasu, zrywki i pozyskania drewna na kwotę nie mniejszą niż 4.100.000,- zł brutto w skali jednego roku kluczowe było, aby Zamawiający wystąpił do P. K. o przedłożenie rozliczeń między nim a pozostałymi Wykonawcami wchodzącymi w skład konsorcjum.

W większości umów o zamówienie publiczne funkcjonujących dotąd w obrocie, proponowany przez zamawiającego sposób rozliczenia wynagrodzenia polegał na przejęciu tego obowiązku przez lidera konsorcjum, który: wystawia fakturę zamawiającemu; przyjmuje zapłatę wynagrodzenia; przyjmuje od pozostałych konsorcjantów faktury opiewające na należne im części wynagrodzenia; płaci im należne wynagrodzenie.

W sytuacji, gdy wykonawca polega na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem, doświadczenie to należy oceniać w zależności od konkretnego zakresu udziału tego wykonawcy, faktycznego wkładu w prowadzenie działań, które były wymagane od tej grupy w ramach danego zamówienia publicznego. Istotnym jest to, że oceny tej należy

dokonywać w konkretnych okolicznościach stanu faktycznego, bowiem z samego faktu, że zamówienie było realizowane przez grupę podmiotów nie wynika, że uczestnik konsorcjum nabył doświadczenia w realizacji tego zamówienia publicznego, ergo nie może tym doświadczeniem legitymować się w kolejnych postępowaniach o zamówienie publiczne, działając w innym składzie konsorcjum (vide: wyrok KIO 1607/18). Spełnienie warunku wiedzy i doświadczenia nie może polegać na dowolnym i swobodnym sumowaniu doświadczeń członków konsorcjum (wyrok KIO 2169/16).

Tu odwołujący wskazał na znaczenie wyroku TSUE w sprawie Esaprojekt v. Województwo Łódzkie (z 3.7.2017 r., C- 387/14,).

IV. Kolejne naruszenie, to przesłanka wykluczenia konsorcjum „KLON”, które nie wykazało spełnienia warunków udziału w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej, bowiem Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe A. G. „LARIX” przedłożyło opinię bankową o zdolności kredytowej na 22 grudnia 2020 r.(opinia Banku została wydana 15 dni po terminie składania ofert), a zaświadczenie banku Santander, dotyczące środków finansowych posiadanych przez firmę REDWOOD P. K. datowane jest na 16 grudnia 2020 r. (9 dni po terminie składania ofert).

Tymczasem Wykonawcy byli zobowiązani do wykazania środków finansowych lub zdolności kredytowej nie później niż na dzień złożenia oferty, na podstawie pkt. 6.2.2 SIWZ, w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert (pkt 7.1. lit. d SIWZ). Na zasadzie art. 25a ust. 1 ustawy pzp do oferty wykonawca dołącza aktualne na dzień składania ofert oświadczenie w zakresie wskazanym przez zamawiającego. Informacje zawarte w oświadczeniu stanowią wstępne potwierdzenie, że wykonawca:

- 3) nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu;
 - 4) spełnia kryteria selekcji, o których mowa w art. 51 ust. 2, art. 57 ust. 3 i art. 60d ust. 3.
- W przypadku zwykłej procedury (art. 26 ust. 1 i 2) zamawiający najpierw bada oświadczenia wykonawców, w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji i braku podstaw do wykluczenia, następnie zaś dokonuje oceny ofert i na końcu wzywa do złożenia odpowiednich oświadczeń lub dokumentów wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona.

Z art. 25a ust. 1 pkt 1 ustawy pzp wynika, że wykonawca z ofertą składa oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, które ma być aktualne na dzień składania ofert, a zatem warunki udziału w postępowaniu muszą być spełnione na dzień składania ofert. Nowelizacja ustawy z 22 czerwca 2016 r. nie zmieniła tej zasady, zmianie uległ jedynie moment składania przez wykonawców oświadczeń lub dokumentów, które w poprzednim stanie prawnym składano wraz z oświadczeniem o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu (tj. w dacie składania oferty), zaś obecnie składane są dopiero na dalszym etapie postępowania, na wezwanie zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 1 lub 2 pzp

przez wykonawcę, którego oferta zostanie najwyżej oceniona. Warunki udziału w postępowaniu muszą być spełnione już w dacie składania ofert - już w tym momencie wykonawca musi posiadać potencjał niezbędny do realizacji zamówienia (ekonomiczny, finansowy, techniczny, zawodowy, kompetencje czy też uprawnienia wymagane przez zamawiającego i wskazane w SIWZ). Natomiast oświadczenia lub dokumenty, które mają potwierdzić spełnienie warunków udziału w postępowaniu, składane na powinny być aktualne na dzień złożenia.

Dokumenty składane w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego nie mogą być wystawione po upływie terminu składania ofert.

Zwrócić należy także uwagę na naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12, 16 i 17 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 253 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 22d ust. 2 ustawy pzp poprzez ich niezastosowanie, a w konsekwencji wyborze dla pakietu nr 2 oferty Konsorcjum „KLON” w ww. składzie, w sytuacji gdy zaistniały przesłanki do wykluczenia wykonawców wchodzących w skład konsorcjum, a w konsekwencji odrzucenia ich oferty z uwagi na to, że w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadzili zamawiającego w błąd co do spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału technicznego, tj. zadeklarowanego sprzętu oraz wykwalifikowanych pracowników, niezbędnych do prawidłowego wykonania zamówienia (w zakresie osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia), wymaganych na podstawie pkt. 6.2.3. lit. b i c SIWZ oraz co do spełnienia kryterium samodzielnej realizacji kluczowych elementów zamówienia, o którym mowa w pkt 14.2. SIWZ.

Odwołujący ustalili, że firmy uczestniczące w ww. konsorcjach stworzyły grupę tworzącą konsorcja składające oferty w postępowaniach na usługi leśne ogłaszane przez nadleśnictwa z terenu RDLP Szczecin, Piła, Zielona Góra, Wrocław, Poznań, Olsztyn oraz Katowice. Ogółem złożono oferty w około 40 nadleśnictwach. Larix sp. z o.o. wysłała wnioski o udostępnienie dokumentacji przetargowej w zakresie ofert tych firm do 26 nadleśnictw, w których firmy te według protokołów z otwarcia ofert złożyły najkorzystniejsze oferty. Pozyskano dokumentację przetargową z 14 nadleśnictw. Z analizy dokumentacji wynika, że firmy te wbrew deklaracjom nie dysponują odpowiednią ilością pracowników i sprzętu pozwalającą na realizację zadań w tak dużym zakresie i nie są w stanie spełnić wyrażonego w ofertach warunku wykonywania zamówień własnymi pracownikami i sprzętem bez zatrudniania podwykonawców. Z przeprowadzonej analizy najkorzystniejszych ofert z 12 nadleśnictw wynika, że firmy te dysponują ogółem potencjałem nie większym niż pozwalającym na wykonywanie robót w 2-3 nieodległych od siebie nadleśnictwach. Powyższe potwierdzają złożone oferty, w których powtarzają się tożsame nazwiska pracowników oraz tożsamy sprzęt.

Np. PHU LARIX A. G., Kalety samodzielnie i w ramach konsorcjów złożył najkorzystniejsze oferty w postępowaniach w pięciu nadleśnictwach RDLP Katowice. W każdym z tych nadleśnictw w ofertach firma ta jako przeznaczona do wykonywania zadań wykazuje podanych tu przykładowo pilarzy: J. S. i T. S. . Pracownicy ci nie będą w stanie wykonać przypisanych im w uzyskanych zamówieniach zadań. Przyjmując, zgodnie z dokumentacją przetargową Nadleśnictwa Tułowice, że pilarz, pracując w normalnym trybie w wymiarze pełnego etatu jest w stanie pozyskać rocznie około 2.500 m³, wskazać należy, że pilarze ci według deklaracji ww. przedsiębiorstwa będą pozyskiwać w 2021 roku po około 12.500 m³. Jest to fizycznie niewykonalne. Ponadto zadania te będą oni musieli wykonać na terenie kilku Nadleśnictw takich jak Zawadzkie, Turawa, Rudziniec, Herby i Tułowice, co ze względu na odległości wymagać będzie dodatkowego czasu na przemieszczanie się. Wykazywanie tych samych pracowników w kilku kolejnych ofertach dla nadleśnictw dotyczy także pozostałych firm w ww. konsorcjach.

Wykonawcy wprowadzili zamawiającego w błąd także przy przedstawieniu informacji w zakresie dysponowania sprzętem niezbędnym do wykonania uzyskanych zamówień, szczególnie w zakresie maszyn do pozyskania i zrywki drewna. W tym przedmiocie wielokrotnie w kolejnych ofertach powtarzają się te same maszyny o tożsamy numerach fabrycznych. Tu wskazano potencjał maszynowy deklarowany przez wymienionych wykonawców.

Zgodnie z oświadczeniami maszyny te wykonają w 2021 roku zrywkę po odpowiednio 60.000 m³ oraz 72.000 m³, co stanowi wielokrotność technicznych możliwości. Dodatkową okolicznością stanowi obszar obejmujący praktycznie całą Polskę wykonywania usług, a w konsekwencji odległości, które maszyny te musiałyby przemieszczać, aby zostały użyte, w których ww. podmioty biorą udział oraz w których oferty zostały wybrane jako najkorzystniejsze. Odległość np. między Nadleśnictwami Tułowice i Nowe Ramuki to 530 km. Oferta Konsorcjum „KLON” nie spełnia opisanego w pkt. 14.2 SIWZ kryterium samodzielnej realizacji zamówienia, co do którego Wykonawcy przyjęli na siebie zobowiązanie umowne w ofercie (Załącznik nr 1 do SIWZ), z uwagi na fakt, że pracownik nadzoru P. P. zgłoszony w Nadleśnictwie Tułowice w ofertach dla pakietów 2 i 3 został zgłoszony także jako pracownik nadzoru w pakietach w których ww. oferenci złożyli najkorzystniejsze oferty w Nadleśnictwach: Trzcianka - RDLP Piła, Dwukoły i Nowe Ramuki - RDLP Olsztyn oraz Sława Śląska- RDLP Zielona Góra.

Zamawiający w pkt. 6.2. SIWZ dopuścił pracę pracownika nadzoru maksymalnie na dwóch pakietach, a w tym przypadku pracownik ten musiałby obsługiwać około 7-10 pakietów w nadleśnictwach oddalonych od siebie o kilkaset kilometrów. Analogicznie drugi pracownik nadzoru T. S. zgłoszony dla pakietu nr 1, który oprócz Nadleśnictwa Tułowice został zgłoszony jako pracownik nadzoru w pakietach w Nadleśnictwach Przedborów - RDLP

Poznań oraz Dwukoły RDLP Olsztyn. Ten stan faktyczny uniemożliwia wykonywanie obowiązków zapisanych w § 7 pkt 13 wzoru umowy, a także ma istotne znaczenie przy obliczaniu punktacji dla celów oceny i wyboru ofert zgodnie z zapisami pkt. 14.2 SIWZ.

Dowód: 8. Zestawienie osób i sprzętu zgłoszonego przez Konsorcjum „KLON” w pakietach nr 2 i 3 w N. Tułowice występujące w wygranych przetargach w innych nadleśnictwach;

9. Wykaz JEDZ Konsorcjantów wchodzących w skład Konsorcjum „KLON” złożonych w innych Nadleśnictwach;

10. Formularze JEDZ złożone przez Wykonawców wchodzących w skład Konsorcjum „KLON” w innych Nadleśnictwach (61 egzemplarzy).

Zatem wykonawcy wchodzący w skład konsorcjum „KLON” wprowadzili zamawiającego w błąd co do spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału technicznego, tj. sprzętu, którym będą dysponowali oraz tego, że będą wykonywać zamówienie samodzielnie (w kwestii samodzielnej realizacji kluczowych elementów zamówienia), tj. bez udziału podwykonawców z uwagi na niewystarczający zasób pracowników i sprzętu.

Sformułowanie „może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia publicznego”, jakim posługuje się art. 22d ust. 2 ustawy pzp, należy wyklądać przez pryzmat zasad wykonywania zobowiązań wg kc . Aby wykazać, że doszło do wypełnienia hipotezy normy i podjąć działania zmierzające do stwierdzenia braku spełnienia warunku przez wykonawcę, należy oprzeć się na dowodach wskazujących, że zasoby wykonawcy będą niedostępne ze względu na ich zaangażowanie w inne przedsięwzięcie, co powoduje realne zagrożenie zaistnienia szkody. Zaangażowanie zasobów Wykonawców w inne przedsięwzięcia gospodarcze wywoła negatywny wpływ na realizację przedmiotowego zamówienia publicznego.

Zaistnienie podstawy wykluczenia w stosunku do jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie powoduje wykluczenie całego konsorcjum z postępowania. Zamawiający nie może bowiem ingerować w skład konsorcjum i dokonać wykluczenia tylko jednego z jego uczestników (J. Pieróg, op.cit). Żaden z członków konsorcjum „KLON” nie spełnia postawionego przez zamawiającego warunku w zakresie doświadczenia, wiedzy, potencjału technicznego, potencjału kadrowego, zdolności finansowej i ekonomicznej.

Tytułem wyjaśnienia wskazuję, iż wszyscy Wykonawcy w ramach konsorcjum Leśnego Tułowice, którzy wspólnie ubiegają się o zamówienie, występują wspólnie w postępowaniu odwoławczym.

W odpowiedzi na odwołania dot. postępowania o udzielenie zamówienia pn.: „Wykonanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Tułowice w roku 2021” - w zakresie pakietu nr 2 **sygn.: KIO 615/21** Zamawiający wskazał, o następuje.

Wniósł o:

1. odrzucenie odwołania na zasadzie art. 189 ust. 2 pkt 2 p.z.p. ze względu na wniesienie odwołania przez podmiot, któremu nie przysługuje interes prawny w uzyskaniu rozstrzygnięcia w rozumieniu art. 179 p.z.p.;

2. w przypadku braku odrzucenia odwołania, wniośł o jego oddalenie.

W ocenie Zamawiającego wszystkie wywiedzione w odwołaniu zarzuty są bezpodstawne.

1. W zakresie zarzutu w zakresie istnienia przesłanki wykluczenia konsorcjum z powodu braku zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia, tj. realizacji przez co najmniej jednego z wykonawców co najmniej 1 usługi polegającej na wykonaniu prac z zakresu zagospodarowania lasu, zrywki i pozyskania drewna, na kwotę nie mniejszą niż 4.180.000 zł brutto, wskazał, iż w toku postępowania, wskutek wezwań, Konsorcjum „KLON” wykazało, iż zrealizowało usługę na podstawie umów o numerze SA. 271.2.2020 z 14 stycznia 2020 r.

2. 20.01.2021 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum „KLON”, zgodnie pkt. 6.2.3) a) II) SIWZ do przedstawienia spełniania warunków udziału. Wezwanie było niezbędne ponieważ z dokumentów nie wynikało, iż usługi wskazane w JEDZ oraz w wykazach usług realizowanych na rzecz Nadleśnictwa Góra Śląska wykonywane były przez całe Konsorcjum. Zamawiający wezwał do wyjaśnienia o wartość usług wykonanych samodzielnie przez P. K.-REDWOOD w Zielonej Górze, składających się na całość usług wykonywanych przez Konsorcja w ramach usług wskazanych w JEDZ i wykazach. „KLON” potwierdzając dotychczasowe stanowisko złożył z ostrożności oświadczenie, iż zrealizował usługę na podstawie umów z 14 stycznia 2020 r. na terenie Nadleśnictwa Góra Śląska w roku 2020 „Pakiet I, z 14 stycznia 2020 r. na terenie Nadleśnictwa Góra Śląska w roku 2020” Pakiet II) z 14 stycznia 2020 r. na terenie Nadleśnictwa Góra Śląska w roku 2020” - Pakiet III, zrealizowane od 19 stycznia 2020 r. do końca roku 2020 na rzecz Nadleśnictwa Góra Śląska. Z wyjaśnień wynikało, iż usługa realizowana była przez konsorcjum firm: 1. REDWOOD P. K., 2. Usługi Leśne R. S. z siedzibą Leszno, oraz 3. P.P.H.U. „PILAR” s.c. S. S., A. O., R. O. z siedzibą Leszno. Każda z firm realizowała w roku 2020 na rzecz Nadleśnictwa Góra Śląska trzy umowy o łącznej wartości w jednym roku 5.912.649,85 złotych. Wykonawca wskazał, że przez Konsorcjum firm „KLON” usługa realizowana przez jednego z wykonawców tj. firmę REDWOOD P. K. potwierdza warunek specyfikacji, tj. fakt zrealizowania 1 usługi polegającej na kwotę nie mniejszą niż 4.180 000 zł w skali roku. Faktyczny przerób firmy REDWOOD pozwala na wykazanie usługi na rzecz Nadleśnictwa Góra Śląska, wynosi 4.545.888,08 złotych i obejmuje prace, wykonane samodzielnie przez firmę REDWOOD.

4. 22 stycznia 2021 r. Wykonawca wskazał także zestawienie obrotu za rok 2020 z konsorcjantami na potwierdzenie doświadczenia firmy REDWOOD.

5. Każdy dokument składany jest w celu weryfikacji spełnienia konkretnego warunku. Zakres informacji zawartych w danym dokumencie stanowi równocześnie informację o zakresie warunku, który musi korespondować z treścią dokumentu. Wykonawca w sposób precyzyjny przedstawił w złożonych dokumentach, iż spełnia stawiane przed nim kryterium doświadczenia w postaci co najmniej 1 usługi na kwotę nie mniejszą niż 4.180.000,00 zł w skali jednego roku.

6. W zakresie zarzutu nr 2, dotyczącego wprowadzenia w błąd przy nieprzedstawianiu informacji zawartych w zał 9 do SIWZ w zakresie wartości zrealizowanych przez wykonawców robót, zarzut ten także jest chybiony.

7. Jak wynika z pisma Wykonawcy z 22 stycznia 2021 r., firma REDWOOD P. K. zrealizowała usługę na kwotę nie mniejszą niż 4.180.000,00 zł brutto. Z przedstawionych informacji wynika, iż na rzecz Nadleśnictwa Góra Śląska zrealizowana przez ww. podmiot usługa opiewała na kwotę 4.545.888,08 zł i obejmowała prace wykonane samodzielnie przez REDWOOD P. K. .

8. Zarzut sprowadza się do wykazania, iż przedstawione przez REDWOOD doświadczenie przez wykazanie kwoty 5.912.649,85 zł jest błędne, albowiem zawiera wartość usług całego Konsorcjum. Jak zostało podniesione wyżej, również Zamawiający mając wezwał ww podmiot do wyjaśnień. Wyjaśnienia poparte wykazem rozliczeń pozwoliły uznać, iż Konsorcjum „KLON”, w tym P. K., spełnia kryterium z 6.2.3)a) II) SIWZ. W konsekwencji, zamawiający stwierdził, iż nie zachodzą przesłanki wykluczenia z postępowania.

9. W zakresie zarzutu 3, polegającego na nie wykazaniu przez konsorcjum „KLON” spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej wskazać należy, że Odwołujący stawiając powyższy zarzut w sposób błędny dokonuje oceny faktycznych kryteriów jakie winien spełniać Wykonawca zgodnie z zapisami SIWZ oraz dokumentów, jakie na żądanie Zamawiającego winien on przedłożyć, a w konsekwencji błędnej oceny niespełniania przez Wykonawcę postawionych w SIWZ wymagań.

10. Warunek w odniesieniu do sytuacji finansowej, zostanie spełniony, jeśli Wykonawca wykaże, że posiada środki finansowe lub zdolność kredytową nie mniejsza niż dla pakietu II - 600 000 zł. Wskazać w tym miejscu, iż art. 22 ust 1 b ustawy pzp, którego naruszenie wskazuje Odwołujący, wskazuje jedynie na to, jakie kryteria mogą być postawione przed Wykonawcą, natomiast nie określa sposobu w jaki zobowiązany jest on do wykazania posiadania ww. zdolności. Wykonawca w ofercie, do której dołączył dokument JEDZ złożył oświadczenie, iż na dzień składania ofert spełnia wymagania w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej.

11. Nie sposób zgodzić się, w konsekwencji ze stanowiskiem Odwołującego, iż przedstawienie przez Wykonawcę zaświadczenia wystawionego z daty po terminie składania

ofert, powoduje automatycznie powstanie domniemania, że w dniu składania oświadczenia nie spełniał on warunków do udziału w postępowaniu. Wbrew twierdzeniom zamawiającego, złożenie dokumentów przez zamawiającego stanowi potwierdzenie spełniania przez niego ww. kryterium. Zamawiający nie jest jednak zobowiązany do posiadania na dzień składania ofert gotowych dokumentów z datą sprzed złożenia oferty, potwierdzających oświadczenia, które składa on wraz z ofertą, dokumenty te mają jedynie wykazać prawdziwość złożonego przez Wykonawcę oświadczenia i potwierdzać ww. okoliczność.

12. Odwołujący nie wykazał, że na dzień składania ww. oświadczenia wykonawca nie spełniał kryterium finansowego lub ekonomicznego. Jego argumentacja stanowi jedynie polemikę z informacjami w jakich posiadaniu znalazł się Odwołujący w toku postępowania, jednak nie był w stanie w sposób logiczny podważyć prawidłowości podjętej decyzji przez Zamawiającego. Nie na miejscu, jest podpieranie swoich twierdzeń poprzez przytaczanie wyrwanych z kontekstu niepełnych zdań i powoływanie się w powyższym zakresie na orzeczenie 2379/19, jakoby w sposób jednoznaczny potwierdzających postawioną przez Odwołującego tezę, cytat: „Oświadczenia i dokumenty składane w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu na wezwanie zamawiającego (czy to z art. 26 ust. 2 czy z art. 26 ust. 3 p.z.p.) muszą być aktualne na dzień ich złożenia” (str. 18 odwołania), w sytuacji gdy teza z ww. wyroku jest zupełnie odmienna, i potwierdza stanowisko Zamawiającego, zgodnie bowiem z nią: „Oświadczenia i dokumenty składane w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu na wezwanie zamawiającego (czy to z art. 26 ust. 2 czy z art. 26 ust. 3 p.z.p.) muszą być aktualne na dzień ich złożenia, a zatem mogą być datowane na dzień późniejszy niż data złożenia oferty. Wszystkie oświadczenia i dokumenty, niezależnie od tego czy są one składane na wezwanie z art. 26 ust. 2 czy z art. 26 ust. 3 p.z.p., muszą potwierdzać okoliczności wynikające z oświadczenia wstępnego, które wykonawca złożył wraz z ofertą.

13. W zakresie zarzutu w zakresie spełniania kryterium zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie potencjału technicznego tj. zadeklarowanego sprzętu oraz wykwalifikowanych pracowników, niezbędnych do prawidłowego wykonania zamówienia (w zakresie osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia) wymaganych na podstawie pkt 6.2.3. lit b i c SIWZ oraz co do spełnienia kryterium samodzielnej realizacji kluczowych elementów zamówienia, o których mowa w pkt 14.2. SIWZ. Wskazać należy, iż nie sposób zgodzić się z podniesionym zarzutem, albowiem jest on w powyższym zakresie chybiony.

14. Zamawiający celem weryfikacji spełniania kryterium tj. zadeklarowanego sprzętu oraz pracowników, wymaganych na podstawie pkt 6.2.3. b i c oraz co do spełnienia kryterium samodzielnej realizacji kluczowych elementów zamówienia, o których mowa w pkt 14.2 SIWZ zwrócił się do Nadleśnictw Przytok, Grodziec, Grodzisk, Herby Sława Śląska, Sulechów, Zawadzie, Rudziniec, Trzcianka, Turawa oraz Konstantynowo. W związku z

otrzymanym z Nadleśnictw Grodziec, Grodzisk, Przytok, Sława Śląska, Zawadzkie, Rudziniec oraz Turawa wykazem osób oraz sprzętu jaki został zadeklarowany przez wchodzące w skład Konsorcjum „KLON” podmioty w ww. Nadleśnictwach, Zamawiający ustalił, że potencjał zarówno ludzki jak i sprzętowy wykazywany przez Wykonawcę w ofertach złożonych w ww. Nadleśnictwach różni się od ostatecznego zadeklarowanego po wybraniu go realizacji usług z zakresu zagospodarowania lasu. Świadczy to w ocenie Zamawiającego o tym, iż Wykonawca posiada odpowiednie zaplecze zarówno sprzętowe jak i zasobów ludzkich pozwalające mu na prawidłowe wykonanie zamówienia publicznego obejmującego Wykonanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Tułowice w roku 2021 W postaci wyboru najkorzystniejszej oferty w przetargu nieograniczonym w zakresie pakietu nr 2.

15. Ponadto z uwagi na fakt, iż zamawiający ma obowiązek zweryfikowania, że zwycięski oferent będzie mógł wykorzystywać wszelkie wskazane przez niego zasoby przez cały czas wykonywania zamówienia, pismem z dnia 14.01.2021 r. wezwał Konsorcjum „KLON” na podstawie art. 26 ust. 4 w związku z art. 22 d ust. 2 PZP do udzielenia precyzyjnych wyjaśnień w zakresie zdolności technicznej i zawodowej w sferze potencjały osobowego i technicznego, przez udzielenie odpowiedzi na postawione pytania. Pismem z dnia 17 stycznia 2021 r. Konsorcjum „KLON” wskazało, iż z wymienionych w dokumencie JEDZ osób: 7 osób zostało zgłoszonych jedynie w Nadleśnictwie Tułowice, 3 osoby w dwóch Nadleśnictwach, 4 osoby w trzech, dwie osoby zostały wskazane dwóch, 1 osoba w pięciu oraz 1 osoba w 6. 55% zasobów wskazanych zostało zgłoszonych jedynie w maksymalnie 2 Nadleśnictwach. Takie obłożenie pracą, daje gwarancję jego prawidłowego wykonania.

16. Wskazać także należy, iż pismem z 3 stycznia 2021 r. Wykonawca wykazał znacznie większą zdolność sprzętową jak również w zakresie zasobów ludzkich, przez wskazanie, iż łącznie Konsorcjanci zatrudniają 41 pracowników na umowę o pracę, jak również wykazał, że współpracuje z innymi osobami, którzy są do dyspozycji Wykonawcy od 1 stycznia 2021 r.

17. Pismem z 17 stycznia 2021 r. Wykonawca wykazał także, że wskazane przez niego osoby do pracy w Nadleśnictwie Tułowice, nie będą wykonywały pracy na terenie Nadleśnictw Grodziec, Konstantynowo, nadleśnictwa, Nadleśnictwa ani Sulechów, jest to związane z organizacją pracy. W konsekwencji zarzuty Odwołującego, oparte jedynie na ocenie ofert we wszystkich Nadleśnictwach, nie odpowiadają faktycznemu zaangażowaniu jego zasobów w faktycznym rozlokowaniu pracowników i organizacji jego pracy. Co prowadzi do wniosku, iż spełnia kryteria w zakresie zadeklarowanego sprzętu oraz pracowników, niezbędnych do prawidłowego wykonania zamówienia wymaganych na podstawie pkt 6.2.3. lit b i c SIWZ oraz co do spełnienia kryterium samodzielnej realizacji kluczowych elementów zamówienia, o których mowa w pkt 14.2. SIWZ

Mając na uwadze powyższe, zamawiający wniosł jak na wstępie.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego Konsorcjum „KLON” w składzie opisanym wyżej wniósł o oddalenie odwołania w całości jako niezasadnego.

Stwierdził, że Zamawiający dokonał prawidłowej oceny złożonych ofert i zgodnego z warunkami udziału oraz kryteriami wyboru oferty najkorzystniejszej.

W zakresie zarzutu dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej – doświadczenia wskazał, że w trakcie postępowania szczegółowo wyjaśniał dnia 3 oraz 17.01.2021 r. kwestię związaną z zasobami technicznymi i zawodowymi jakimi dysponują poszczególni konsorcjanci.

Zauważył, że tak jak możliwe jest, że pomiędzy terminem składania ofert lub wniosków a zawarciem umowy nastąpi zaangażowanie zasobów wykonawcy do realizacji innego zadania, tak nie można wykluczyć zmiany odwrotnej, polegającej na przesunięciu tych zasobów do realizacji nowo uzyskanego zamówienia.

W zakresie zasobów technicznych - konsorcjum wskazało na posiadany park maszynowy wymieniając szczegółowo jego składowe.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt. 12 ustawy Pzp (dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej Zamawiający wskazał na wymóg wykazania posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej nie mniejszej niż 600.000 PLN. Przystępujący składał wyjaśnienia, a na potrzeby owych wyjaśnień pozyskał jak najbardziej aktualne zaświadczenia, tym nie mniej w dyspozycji Przystępującego są również zaświadczenia wydane z datą wcześniejszą.

Brak jest podstaw do różnicowania sytuacji wykonawcy, który przedstawił opinię z określeniem jej „ważności” na miesiąc od dnia wystawienia, i podmiotu, który złożył taką opinię bez wskazania żadnego okresu ważności (opinię taką można byłoby uznać za aktualną tylko w dniu jej wystawienia). Informacja banku informacja z banku lub skok, potwierdzająca wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy wystawiona nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert (w obecnym stanie prawnym w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert potwierdza sytuację finansową wykonawcy. Podkreślić należy, iż sytuacja finansowa Wykonawcy jest zasobem który może zmieniać się w toku postępowania. Wskazana przez Przystępującego - Konsorcjum firm KLON usługa realizowana przez jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie tj. firmę REDWOOD P. K. - potwierdza warunek określony w specyfikacji, tj. fakt zrealizowania usługi na kwotę nie mniejszą niż 4 180 000 zł w skali roku. Usługę wykonano terminowo, z należytą starannością. Przystępujący w treści wyjaśnień z 22 stycznia 2021 r. wskazał faktyczny przerób firmy REDWOOD P. K. w pełni pozwalający na wskazanie usługi realizowanej na

rzecz Nadleśnictwa Góra Śląska. Wartość prac zrealizowanych tylko i wyłącznie przez firmę REDWOOD P. K. wynosiła 4.545.888,08 zł brutto.

Zastosowane przez Odwołującego wyliczenie są obarczone błędem, bowiem niemożliwym jest rozliczanie realizowanych prac na terenach różnych leśnictw w sposób statystyczny.

sygn. akt KIO 621/21

Odwołujący - Konsorcjum „TOPOLA” w składzie: 1. REDWOOD P. K. 2. Usługi Leśne M. J. Lubiatów; 3. S. P. - wspólnik w Z.P.H.U ”PINUS” s.c. K. J., S. P., Chelmek 35, 67-108 Lubięcin; 4. Usługi Leśne M. H. Ogiernicze 11, i 5. Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe „LARIX” Kalety

wniósł - odwołanie od niezgodnych z przepisami czynności zamawiającego podjętych dla Pakietu nr 3 - Św. Hubert, Tułowice, Przechód i Kuźnica Ligocka:

- wykluczenia Odwołującego oraz odrzucenia jego oferty w zakresie Pakietu nr 3,
- zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w zakresie Pakietu nr 3 w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Wykonanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Tułowice w roku 2021” Pakiet 3, Zarzucił naruszenie przez Zamawiającego;
- art. 24 ust. 1 pkt. 12, art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 7 ust. 1-3 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania, w szczególności przez naruszenie i błędne przyjęcie, iż odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co skutkowało wykluczeniem wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz odrzuceniem jego oferty,
- art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez nie dokonanie wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego o raz inne wskazane w treści Odwołania

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz czynności odrzucenia jego oferty,
- dokonania oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego oraz wybór jego oferty.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje.

W dniu 216 lutego 2021 r. Zamawiający poinformował o wykluczeniu Wykonawcy Konsorcjum „TOPOLA” w składzie jak na wstępie z postępowania na „Wykonywanie usług z

zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Tułowice w roku 2021” - Pakiet nr 3 w związku z nie wykazaniem spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Jako podstawę wykluczenia z postępowania Zamawiający podał art. 24 ust. 1 ustawy Pzp - nie wskazując żadnej konkretnej podstawy prawnej.

Jako uzasadnienie wykluczenia Zamawiający wskazał, że Odwołujący dokonał samodzielnego uzupełnienia wymaganego oświadczenia JEDZ cyt. (...) Wskazać w tym miejscu należy, iż pomimo faktu, że Wykonawca został wezwany w trybie art.25 ust. 1 pkt. 1 w zw. z art. 26 ust. 4 oraz art. 22d ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Pzp, do złożenia wyjaśnień, to w trybie art. 26 ust. 3 Pzp dokonał ponownego, albowiem drugiego już uzupełnienia dokumentu JEDZ. Pierwsze miało miejsce w odpowiedzi na wezwanie z dnia 14.12.2020r., przez Zamawiającego w trybie art.26 ust. 3 Pzp. (...)

Pomijany jest jednak stan faktyczny sprawy, a mianowicie Wezwanie do złożenia oświadczenia Nadleśnictwa Tułowice z dnia 5 lutego 2021 r., skierowanego do Odwołującego którego skutkiem było złożenie już po raz piąty bardzo obszernych wyjaśnień oraz przedłożenie wymaganego wezwaniem oświadczenia - na wezwanie Zamawiającego Nadleśnictwa Tułowice.

W wezwaniu pn. „Wezwanie do złożenia oświadczenia” z dnia 5 lutego 2021 r. Nadleśnictwo Tułowice wskazuje cyt. (...) W związku z otrzymanym od Państwa pismem z dnia 22 stycznia 2021 r. dotyczącym postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Tułowice w roku 2021”, w zakresie Pakietu nr 3 Nadleśnictwo Tułowice wskazuje, że: -oświadczenie, iż „Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe „LARIX” realizowało usługę polegającą na wykonywaniu prac z zakresu pozyskania i zrywki drewna oraz zagospodarowania lasu na rzecz 1. Skarbu Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Lubliniec w roku 2018 (usługi zakończone 31 grudnia 2018r.) o wartości 1.061.393,65 złotych brutto; 2. Skarbu Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Turawa w roku 2018 o wartości 1.686.393,65złoty brutto oraz 3. Skarbu Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Koszęcin w roku 2018 o wartości 2.262.356,82 złotych brutto. Faktyczna wartość wykonanych usług w roku 2018 -wykonanych samodzielnie przez firmę wynosi 5.010.144,12 złotych brutto” nie spełnia wymagania z punktu 6.2.3) a) II) SIWZ. Tu zamawiający zacytował wymóg z pkt 6.2.3a siwz oraz 6.4., a następnie: „Z przedstawionych w Państwa piśmie z dnia 22 stycznia 2021 r. oświadczenia wynika, iż prace prowadzone przez „Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe „LARIX”, realizowało kilka niezależnych od siebie usług, na rzecz różnych Nadleśnictw, natomiast żadna z usług realizowanych w stosunku do jednego z Nadleśnictw w wyniku jednego zamówienia, nie przekroczyła wymaganej kwoty 4 100 000 zł w skali jednego roku. W konsekwencji złożone przez Państwa pismo nie zawiera potwierdzenia wykazania

spełnienia przez Państwa Konsorcjum warunków udziału w postępowaniu. Z uwagi na powyższe, na podstawie art 25 ust. 1 pkt 1 i art. 26 ust. 4 w związku z art. 22d ust. 1 i 2 PZP, Zamawiający ponownie wzywa do przedłożenia oświadczenia spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie spełniania wymagania określonego w pkt 6.2.3) a) II) SIWZ.”.

Skutkiem powyższego wezwania było przedłożenie oświadczenia. Odwołujący podkreśla, iż pozostawienie wezwania bez odpowiedzi, bez przedłożenia wymaganego oświadczenia niewątpliwie skutkowałoby jego wykluczeniem. Tym samym zastanawiającym jest co Zamawiający chciał osiągnąć wezwaniem?!

Udzielenie odpowiedzi wraz z przedłożeniem oświadczenia Nadleśnictwo Tułowice uznało za nieuprawnione, natomiast czy nieudzielenie odpowiedzi i nie przedłożenia oświadczenia byłoby działaniem właściwym? Z pewnością również nie.

W pierwszej kolejności zwraca uwagę sam tytuł wezwania z 5 lutego 2021 r. - Wezwanie do złożenia oświadczenia i dalej w treści Zamawiający ponownie wzywa do przedłożenia oświadczenia. Co rozumiemy pod wskazanym przez Zamawiającego oświadczenia spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie spełniania wymagania określonego w pkt 6.2.3) a) III) SIWZ? SIWZ wskazuje, iż w postępowaniu mogą brać udział Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1b PZP dotyczące: ppkt. 3) zdolności technicznej lub zawodowej, a) Warunek ten, w zakresie doświadczenia, zostanie uznany za spełniony, jeśli Wykonawca wykaże, że dla Pakietu nr III - zrealizował lub realizuje (przy czym w tym przypadku będzie liczona wartość zrealizowanej części przedmiotu umowy) co najmniej 1 usługę na kwotę nie mniejszą niż 4.100.000,00 zł brutto w skali jednego roku. Dalej w treści SIWZ wskazano, w pkt. 7.1 - w celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia z postępowania, o których mowa w pkt 6.1. oraz w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt 6.2. Wykonawca będzie obowiązany przedstawić Zamawiającemu następujące oświadczenia i dokumenty (w terminach wskazanych w niniejszej SIWZ):

a) aktualne na dzień składania ofert oświadczenie Wykonawcy stanowiące wstępne potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w niniejszej SIWZ i braku podstaw do wykluczenia, złożone na JEDZ wg zał nr 5 do SIWZ. JEDZ należy złożyć wraz z ofertą. JEDZ Wykonawca sporządza, pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej, opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym. (...) - na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dot. technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia - informacje nt. usług wykonanych lub wykonywanych (przy czym w tym przypadku będzie liczona wartość zrealizowanej części przedmiotu umowy) w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) polegających na wykonywaniu prac z zakresu

zagospodarowania lasu, zrywki i pozyskania drewna na kwotę nie mniejszą niż wskazana w punkcie 6.2.3.a) III

Nie sposób powiązać wskazanego w treści wezwania Nadleśnictwa Tułowice oświadczenia spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie spełniania wymagania określonego w pkt 6.2.3) a) III) SIWZ z jakimkolwiek innym oświadczeniem niż właśnie wskazane przez ustawodawcę w art. 25a oświadczenie własne, składane na formularzu JEDZ.

Z ostrożności procesowej Odwołujący przyznaje, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego charakteryzuje się pewnym formalizmem, ale nie stanowi on celu samego w sobie. (tak: Wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 23 lutego 2007 r. sygn. akt X Ga 23/07). Nadrzędnym celem ustawy Pzp jest doprowadzenie do sytuacji, gdy zamówienie publiczne uzyskać może podmiot, spełniający warunki i niepodlegający wykluczeniu, którego oferta może być najkorzystniejsza w prowadzonym postępowaniu. Dokładnie taka sytuacja występuje w niniejszej sprawie. Odwołujący był wzywany przez Zamawiającego nadleśnictwo Tułowice kilkakrotnie do złożenia wyjaśnień - odpowiednio:

- Pismo z 14 grudnia 2020 r. Wezwanie do udzielania wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 25 ust. 1 ustawy pzp (w aktach postępowania o udzielenie zamówienia), dotyczące wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4

- Pismo z 14 grudnia 2020 r. Wezwanie do udzielania wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1 ustawy pzp dotyczące wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1 ustawy Pzp oraz uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3

- Pismo z 30 grudnia 2020 r. Wezwanie do wyjaśnienia (w aktach postępowania o udzielenie zamówienia) dotyczące wezwania do złożenia wyjaśnień na temat potencjalnego zaangażowania przedstawionego w ofercie potencjału osobowego i technicznego w inne przedsięwzięcia w trybie art. 26 ust. 4 w związku z art. 22d ust. 2 PZP

- Pismo z dnia 14 stycznia 2021 r. Wezwanie do wyjaśnienia (w aktach postępowania o udzielenie zamówienia) dot. ponownego wezwania do złożenia wyjaśnień na temat potencjalnego zaangażowania przedstawionego w ofercie potencjału osobowego i technicznego w inne przedsięwzięcia w trybie art. 26 ust. 4 w związku z art. 22d ust. 2 PZP

- Pismo z 20 stycznia 2021 r. Wezwanie do wyjaśnienia (w aktach postępowania o udzielenie zamówienia) dotyczące wartości usług wykonanych samodzielnie przez wykonawcę w trybie art. 26 ust. 4 PZP

- Pismo z dnia 5 lutego 2021r. Wezwanie do złożenia oświadczenia (wyżej cyt.) dotyczące ponownego wezwania do przedłożenia oświadczenia spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie spełniania wymagania określonego w pkt 6.2.3) a) II) SIWZ w trybie art. 26 ust. 4 PZP

W konsekwencji każdego z wezwań Odwołujący udzielił wyczerpujących wyjaśnień i wykonał dokładnie treść wezwania. Tym samym skoro Zamawiający wezwał Konsorcjum TOPOLA na podstawie art 25 ust. 1 pkt 1 i art. 26 ust. 4 w związku z art. 22d ust. 1 i 2 PZP, cyt. (...) ponownie wzywa do przedłożenia oświadczenia spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie spełniania wymagania określonego w pkt 6.2.3) a) II) SIWZ - Odwołujący takowe oświadczenie zgodnie z wymogami specyfikacji oraz treści wezwania złożył.

W efekcie wykonania czynności do której Nadleśnictwo Tułowice wezwało Konsorcjum TOPOLA - oferta Odwołującego została uznana za nieważną, a Konsorcjum zostało wykluczone na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy Pzp - bez wskazania faktycznej podstawy prawnej z dopiskiem - w związku z nie wykazaniem spełniania warunków udziału w postępowaniu. W uzasadnieniu do wykluczenia Zamawiający podkreśla, iż Odwołujący samodzielnie dokonał drugiego uzupełnienia formularza JEDZ.

Zamawiający wskazuje cyt. (...) Wskazać w tym miejscu należy, iż pomimo faktu, że Wykonawca został wezwany w trybie art.25 ust. 1 pkt. 1 w zw. z art. 26 ust. 4 oraz art. 22d ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Pzp, do złożenia wyjaśnień, to w trybie art. 26 ust. 3 Pzp dokonał ponownego, albowiem drugiego już uzupełnienia dokumentu JEDZ. Pierwsze miało miejsce w odpowiedzi na wezwanie z dnia 14.12.2020r., przez Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

Jednakże pomija fakt, iż pismo - wezwanie z dnia 5 lutego 2021r. zredagował Zamawiający - Nadleśnictwo Tułowice i to w jego treści wezwano Konsorcjum TOPOLA do cyt. (...) Z uwagi na powyższe, na podstawie art 25 ust. 1 pkt 1 i art. 26 ust. 4 w związku z art. 22d ust. 1 i 2 PZP, Zamawiający ponownie wzywa do przedłożenia oświadczenia spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie spełniania wymagania określonego w pkt 6.2.3) a) II) SIWZ.

Odwołujący podkreśla, iż jednoznaczność treści wezwania jest bezsporna - należało przedłożyć oświadczenie potwierdzające spełnienie warunków udziału, nie zaś jak twierdzi Zamawiający złożyć wyjaśnienia. Samo pismo w żadnej części nie mówi o wyjaśnieniach. Żądanie Zamawiającego - Nadleśnictwa Tułowice jest sformułowane w sposób jednoznaczny, nie budzący wątpliwości - złożyć oświadczenie. Zaś nie rolą Wykonawcy - Odwołującego jest domyślanie się czy wezwanie do złożenia oświadczenia w istocie miało być wezwaniem do złożenia wyjaśnień.

Ustawodawca w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przewidział odstępstwo od zasady przedkładania kompletnych i prawidłowych ofert i umożliwił wykazanie spełniania warunków w drodze instytucji uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. Ratio legis przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp sprowadza się bowiem do tego, aby formalizm postępowania o zamówienie publiczne nie pozbawiał możliwości uzyskania zamówienia

wykonawców, którzy przygotowali merytorycznie dobre oferty i oferują korzystny bilans ceny i innych kryteriów, ale w wyniku niedopatrzania, przeoczenia czy zwykłej omyłki, nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu. (por. wyrok KIO 284/18) cyt. (...) Tym bardziej, w ocenie Izby nie istniały podstaw do wykluczenia Odwołującego z postępowania, bowiem od początku Zamawiający posiadał informacje i oświadczenia, które pozwalały uznać, że warunek udziału w postępowaniu zostanie spełniony. Brakowało jedynie dodatkowych informacji, dotyczących numerów seryjnych urządzeń. Wobec braku określonej informacji, Zamawiający przed wykluczeniem Odwołującego z postępowania, winien go wezwać do uzupełnienia określonych informacji, precyzyjnie wskazując, jakich konkretnie informacji brakuje w ofercie. Nie jest zasadne twierdzenie Zamawiającego, że powtórne wezwanie Odwołującego do uzupełnienia informacji nie jest możliwe. Wskazać ponownie należy, że wezwanie do uzupełnienia dokumentów wskazywało ogólnie na treść warunku opisanego w punkcie 2.3.2 SIWZ. Brak było wskazania precyzyjnego, jakie konkretnie oświadczenie winien uzupełnić Odwołujący. Zamawiający nie wzywał zatem Odwołującego do przedstawienia oświadczenia w zakresie numerów seryjnych posiadanych urządzeń. Skoro nie było żadnego wezwania w zakresie oświadczenia dotyczącego wskazania numerów seryjnych urządzeń, to wezwanie w tym zakresie nie będzie wezwaniem powtórny, nie zostanie zatem naruszony art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Należy zauważyć, że co prawda art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. może być zastosowany jednokrotnie, jednakże dotyczy to jednej konkretnej wady danego dokumentu lub oświadczenia. Aby wykonawca mógł skorzystać z uprawnienia do uzupełnienia dokumentów konieczne jest aby Zamawiający zakomunikował wykonawcy, jak ocenił złożone dokumenty, jakie błędy w nich dostrzegł i w jakim zakresie konieczna jest ich poprawa lub uzupełnienie. Zamawiający w niniejszym postępowaniu wyraźnie wskazał w piśmie jakiej czynności oczekuje od Konsorcjum - ponownego złożenia oświadczenie potwierdzającego opisane wymagania określone w pkt 6.2.3) a) II) SIWZ (w którym wymaganym było wykazanie się, że zrealizował lub realizuje (przy czym w tym przypadku będzie liczona wartość zrealizowanej części przedmiotu umowy) co najmniej 1 usługę polegającą na wykonywaniu prac z zakresu zagospodarowania lasu, zrywki i pozyskania drewna, na kwotę nie mniejszą niż 4.100.000,00 zł brutto w skali jednego roku.

Konsorcjum TOPOLA wskazało w treści oświadczenia takowe usługi dwukrotnie w wyjaśnieniach w zakresie prac wykonanych przez firmę jednego z konsorcjantów tj. PHU „LARIX” z siedzibą Kalety. „LARIX” realizowało usługę na rzecz Skarbu Nadleśnictwa Brynek w roku 2018 (rozliczenie obejmuje usługi zakończone do 31 grudnia 2018r.) w skali jednego roku - w kwotach: 2.315.368,32 zł 2.778.586 zł 511.135,36 zł 45.011,05 zł 19.768,98 zł.

Faktyczna wartość wykonanych usług (rok 2018) - samodzielnie przez firmę „LARIX” na rzecz Nadleśnictwa Brynek wynosi 5.669.869,71 zł, czy też Nadleśnictwa Lubliniec w roku 2018 o wartości 1.061.393,65 zł; Nadleśnictwo Turawa w 2018 o wartości 1.686.393,65 zł; Nadleśnictwo Koszęcin w roku 2018 o wartości 2.262.356,82 złotych.

Jak wyżej zostało wskazane Odwołujący po otrzymaniu wezwania wykonał w sposób w pełni zgodny z wezwaniem Nadleśnictwa Tułowice. Tym samym nie doszło do samowolnego uzupełniania oświadczenia JEDZ. Odwołujący również zwraca uwagę, iż w orzecznictwie podkreśla się (por. wyrok KIO 284/18) cyt. (...) Nie jest zasadne twierdzenie Zamawiającego, że powtórne wezwanie Odwołującego do uzupełnienia informacji nie jest możliwe. W orzecznictwie podkreśla się, iż dokument JEDZ, zgodnie z art. 59 dyrektywy 2014/24/UE oraz art. 80 ust. 3 dyrektywy 2014/25/UE jest podstawowym dokumentem stanowiącym wstępne potwierdzenie spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu i zastępuje na etapie złożenia oferty dokumenty i zaświadczenia określone przez zamawiającego. Ma ono na celu odformalizowanie i zmniejszenie obciążenia związanego z uzyskiwaniem dokumentów na etapie składania oferty. Art. 26 ust. 3 Ustawy określa procedurę uzupełnienia niezłożonych w ogóle dokumentów lub oświadczeń lub poprawienia niekompletnych lub zawierających błąd lub budzących wątpliwości dokumentów i oświadczeń, w tym również oświadczeń złożonych w formie JEDZ. Przyjęta w orzecznictwie zasada jednokrotnego wzywania na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy nie zostałaby naruszana, gdyż Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia brakującego dokumentu, do czego Odwołujący się zastosował. Wezwanie nie dotyczyło natomiast kwestii wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co stanowiło podstawę wykluczenia Odwołującego z postępowania, a istotnym pozostaje ustalenie zakresu skierowanego do Wykonawcy wezwania.

Załączono: Pisma wskazane w treści Odwołania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie Konsorcjum „TOPOLA”, które zostało wykluczone z postępowania, w zakresie pakietu nr 3 wniósł o:

1. odrzucenie odwołania na zasadzie art. 189 ust. 2 pkt 2 pzp ze względu na wniesienie odwołania przez podmiot, któremu nie przysługuje interes prawny w uzyskaniu rozstrzygnięcia w rozumieniu art. 179 pzp.;

2. w przypadku braku odrzucenia - oddalenie odwołania;

Uzasadniając stanowisko zamawiający wskazał, co następuje.

Odwołujący postawił Zamawiającemu zarzuty naruszenia:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12, art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 7 ust. 1-3 ustawy pzp, poprzez prowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania przez Zamawiającego, w szczególności poprzez naruszenie i błędne

przyjęcie, iż odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu co skutkowało wykluczeniem z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz odrzuceniem jego oferty,

2. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 pzp przez niedokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego,

3. inne wskazane w treści Odwołania,

Z przytoczonymi wyżej zarzutami zamawiający nie zgadza się.

1. W zakresie pierwszego z zarzutów w zakresie naruszenia przepisów art. 24 ust. 1 pkt 12, art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 7 ust. 1-3 ustawy pzp, wskazać należy, iż Zamawiający po przeprowadzeniu głębokiej analizy złożonych przez Wykonawcę dokumentów ustalił, iż wykonawca nie spełnia stawianych przed nim wymogów w zakresie kryterium doświadczenia. Zgodnie z treścią art. 26 ust. 3 pzp zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożą wymaganych oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożą pełnomocnictw, albo którzy złożą wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 zawierające błędy, do ich złożenia w wyznaczonym terminie. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.

2. W konsekwencji Wezwaniem z 14.12.2020 r. do udzielenia wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1 Ustawy pzp zamawiający wezwał Odwołującego Konsorcjum Topola do udzielenia wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia o którym w art. 25a ust. 1 ustawy Pzp, wskazując, że Zamawiający określił w rozdziale 6 SIWZ Warunki udziału w postępowaniu oraz podstawy wykluczenia z postępowania. W punkcie 6.2 podpunkt 3 SIWZ zamawiający określił, że warunek w odniesieniu do doświadczenia, zostanie uznany za spełniony, jeśli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie), dla Pakietu III zrealizował lub realizuje (przy czym w tym przypadku będzie liczona wartość zrealizowanej części przedmiotu umowy) co najmniej 1 usługę polegającą na wykonywaniu prac z zakresu zagospodarowania lasu, zrywki i pozyskania drewna, na kwotę nie mniejszą niż 4 100 000 zł brutto w skali jednego roku albowiem z dotychczas przedłożonych przez Wykonawcę dokumentów nie wynikało spełnienia ww. kryterium przez Odwołującego.

3. W wezwaniu w sposób jasny, czytelny oraz precyzyjny Zamawiający wskazał, że wraz z ofertą na Pakiet nr 3 JEDZ podmiot: Redwood P. K. z/s 66-006 Zielona Góra wskazał w części IV C punkt lb), posiada doświadczenie:

- Usługi na kwotę 1 389 458,83 zł w okresie 06.02.2018- 31.12.2018 w Nadleśnictwo Sława,
- Usługi na kwotę 1 123 873,60 zł w okresie 06.02.2018- 31.12.2018w Nadleśnictwo Sława,
- Usługi na kwotę 1 387 751, 42 zł w okresie 02.05.2018- 31.12.2018 w Nadleśnictwo Sława,

a także, że w złożonym wraz z ofertą na Pakiet nr 3 JEDZ podmiot: Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe „LARIX” A. G., Kalety, wskazał w cz. IV C pkt lb), że posiada doświadczenie: na kwotę 2 262 356,82 zł W OKRESIE 2018 r. W Nadleśnictwo Koszęcin - co w ocenie Zamawiającego świadczy o tym, że żaden z konsorcjantów nie wykazał, że posiada doświadczenie w świadczeniu usług polegających na wykonywaniu prac z zakresu zagospodarowania lasu, zrywki drewna, na kwotę nie mniejszą niż 4.100.000 zł brutto w skali jednego roku. W przypadku wystąpienia niezgodności w treści oferty z wymaganiami specyfikacji kluczową sprawą jest możliwość ustalenia treści oświadczenia, co do oferowanego przedmiotu zamówienia lub jego elementu w sposób nie naruszający zasady uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami w danym postępowaniu. Zazwyczaj popełnienie takich nieprawidłowości nie jest skutkiem zamierzonego działania wykonawcy, jednakże ich sposób poprawienia musi być oczywisty - nie budzący obiektywnie wątpliwości.

4. Aby mówić o spełnieniu kryterium doświadczenia przez Wykonawcę, musiał on wykazać się wykonaniem 1 usługi (przez którą Zamawiający dopuszczał uznanie wykonania zadań w ramach kilku pakietów, ale obejmujących swym obszarem jedno Nadleśnictwo) - na łączną sumę nie mniejszą niż 4.100 000 zł brutto w skali roku. W konsekwencji oświadczeń złożonych przez podmioty wchodzące w skład Konsorcjum „TOPOLA” wynikało, że doświadczenie firmy Redwood P. K., to wykonanie 1 usługi na poziomie 3.901083,85 zł, zaś firmy Larix na poziomie 1.387 751,42 zł. W konsekwencji Wykonawca w nie wykazał kryterium doświadczenia, jakiego wymagał on od Wykonawcy.

5. Odwołujący w piśmie z 17 grudnia 2020 r. wykazał nowe doświadczenie poza wskazanym powyżej obejmujące także:

- usługi na kwotę 2.898.466,70 zł brutto o okresie 22.03.2018.-13.01.2019 r. w Nadleśnictwie Przetok, 65-950 Zielona Góra,
- usługi na kwotę 2.098.594,21 zł brutto 22.03.202813.01.2019 r. do wskazanego wyjaśnienia załączył także nowy dokument JEDZ.

6. Złożone egzemplarze JEDZ nie były wypełnione prawidłowo i nie potwierdzały ustalonych warunków. Odwołujący sam przyznaje w Odwołaniu, iż doszło do złożenia przez niego kolejnego dokumentu JEDZ, jako odpowiedź na Wezwanie do złożenia oświadczenia z dnia 5 lutego 2021 r. Tym samym, ponowne zastosowanie przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy Pzp prowadziłoby do uprzywilejowanego traktowania Odwołującego i stworzenia

dla tego wykonawcy ponownej możliwości naprawienia pierwotnego błędu w postaci załączenia formularzy JEDZ, na podstawie których Zamawiający oceniał zdolność poszczególnych wykonawców do prawidłowej realizacji zamówienia. Niewątpliwie treść i sposób skonstruowania formularzy JEDZ w zakresie prostoty wypełnienia takiego druku odbiega od stosowanych uprzednio przed nowelizacją 2016 roku ustawy jednostronicowych formularzy zawierających kilkuwersowe oświadczenia wykonawcy. Jednakże od wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia, jako podmiotu profesjonalnie prowadzącego działalność gospodarczą, można i należy wymagać określonego poziomu staranności, (zob. Wyrok z dnia 3 kwietnia 2017 r. KIO 483/17). Zamawiający w granicach dopuszczonych przez prawo, wzywał Odwołującego do wyjaśnienia składanych przez niego oświadczeń, wskazując precyzyjnie w jakim kierunku domaga się wyjaśnień, jednak nie może on pełnić roli pełnomocnika Odwołującego w prawidłowym formułowaniu oświadczeń jak również składanych dokumentów.

7. Ponieważ jak wynikało z przedłożonych przez Odwołującego dokumentów oraz załączonych na ich potwierdzenie referencji, potwierdzających należyte wykonanie przedmiotowych usług, wskazana ich wartość dotyczyła całości prac wykonywanych przez konsorcjum, a nie przez pojedynczy podmiot wchodzący w jego skład. W świetle ugruntowanego w orzecznictwie stanowiska, znajdującego odzwierciedlenie w doktrynie, a zbudowanego przede wszystkim w oparciu o treść wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14, wykonawca, który nabył doświadczenie w ramach wykonywania usług w ramach konsorcjum może się, co do zasady, legitymować doświadczeniem tylko w tej części, w której sam realizował określone prace, pismem z dnia 20.01.2021 r. Zamawiający wezwał do wyjaśnienia jaka była wartość usług wykonanych samodzielnie przez wykonawcę: P. K. REDWOOD składających się na całość usług wykonywanych przez w.w konsorcja w ramach poszczególnych usług wskazanych w wykazach usług. Przedmiotowe wyjaśnienia należało złożyć w terminie 3 dni.

8. Pismem z 22 stycznia 2021 r. Odwołujący pomimo wskazywania nowego zakresu doświadczenia, nie udzielił odpowiedzi na postawione pytanie. Mając na uwadze, iż Zamawiający nie mógł ponownie zastosować trybu uzupełnienia dokumentacji z art. 26 ust. 3 pzp, na podstawie art. 25 ust. 1 pkt 1 i art. 26 ust. 4 w związku z art. 22d ust. 1 i 2 PZP, ponownie wezwał do przedłożenia oświadczenia spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie spełniania wymagania określonego w pkt 6.2.3) a) II) SIWZ.

9. Wskutek wezwania Odwołujący złożył pismo 5 lutego 2021 r. jako odpowiedź na wezwanie do ponownego udzielenia wyjaśnień w odniesieniu do oferty złożonej przez Konsorcjum TOPOLA. Przedstawił wyjaśnienia w trybie art. 26 ust. 4 pzp, wykonawca wskazał, że Przedsiębiorstwo „LARIX” realizowało usługę na rzecz 1. Nadleśnictwa Brynek w

roku 2018 (rozliczenie obejmuje tylko usługi zakończone do dnia 31 grudnia 2018r.) o wartości w skali jednego roku wg zestawienia w kwotach: 2.315.368,32 złotych brutto

Faktyczna wartość wykonanych w skali jednego roku usług (2018) wykonanych samodzielnie przez firmę PHU „LARIX” na rzecz Nadleśnictwa Brynek wynosi 5.669.869,71 zł brutto.

W załączeniu Wykonawca przedstawił nowy Formularz JEDZ, co stanowiło jego drugie już uzupełnienie w trybie art. 26 ust 3 Pzp. Co zresztą wykonawca sam wskazał w treści pisma.

10. Ponieważ z orzecznictwa KIO wynika możliwość wyłącznie jednokrotnego wzywania wykonawców do uzupełnienia danego dokumentu (KIO 1648/16, KIO 1660/16), którym rozstrzygnięto, że „Wielokrotne wzywanie do uzupełnienia tego samego dokumentu spowodowałoby złamanie zasady równego traktowania wykonawców, a ponadto stanowiłoby złamanie zasady , jednokrotności uzupełniania dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 pzp”, a także wyr. KIO 296/16), Zamawiający zmuszony był do wykluczenia Odwołującego z postępowania

11. Wskazać w tym miejscu należy, iż zarzut że Odwołujący musiał 5- krotnie składać obszernie wyjaśnienia świadczy wręcz na jego niekorzyść, albowiem potwierdza, że Zamawiający dokonał należytej staranności by w sposób rzetelny dokonać analizy zgłoszonej przez Odwołującego oferty, a w konsekwencji ustalenia, czy Zamawiający spełnia kryterium doświadczenia jakie zostało wskazane SIWZ.

12. Nie jest możliwe ponowne wezwanie do uzupełnienia dokumentów JEDZ na podstawie art. 26 ust. 3 pzp. Wykonawca zobowiązany jest do złożenia tych dokumentów razem z ofertą. W wyjątkowych przypadkach, art. 26 ust. 3 pzp daje wykonawcy możliwość zweryfikowania poprawności spełniania warunków podmiotowych w postępowaniu. Jednakże w niniejszym postępowaniu Odwołujący Wykonawca uczynił już to dołączając do wyjaśnień z dnia 17.12.2020 r. nowy poprawiony dokument JEDZ. W prowadzonym postępowaniu Zamawiający zastosował wspomnianą regulację prawną, biorąc pod uwagę okoliczność, że oferta konsorcjum zawierała dokument JEDZ, w którym nie zostało wykazane spełnianie przez Wykonawcę kryterium doświadczenia w świadczeniu usług na kwotę nie mniejszą niż 4.100 000 zł brutto w skali jednego roku. Zamawiający skierował do konsorcjum wezwanie wskazując, jakie braki posiada oferta. Wykonawca w wyznaczonym terminie, odpowiadając na wezwanie Zamawiającego, dane formularze (wypełnione i podpisane) złożył.

13. Orzecznictwo oraz doktryna potwierdza, iż wezwanie do uzupełnienia poszczególnego wadliwego dokumentu lub braku dokumentu na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp może być zastosowane jednokrotnie. Norma zawarta w art. 26 ust. 3 ustawy stanowi bowiem wyjątek od zasady, iż wszystkie dokumenty na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu należy złożyć wraz z ofertą albo wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a więc do upływu terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do

udziału w postępowaniu. W związku z powyższym jako wyjątek od zasady regulacja zawarta w art. 26 ust. 3 powinna być interpretowana ściśle.

14. Zamawiający wskazuje, iż prowadzi postępowanie w sposób zapewniający poszanowanie art. 7 ust. 1 pzp, a Odwołujący nie wskazał, na czym miałyby polegać naruszenie ww. zasad.

15. "Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania." Powyższa instytucja służy zatem uzupełnianiu dokumentów, które nie pozwalają na pozytywną ocenę wykonawcy w kontekście spełnienia warunków udziału w postępowaniu i braku wystąpienia podstaw wykluczenia.

16. Nie ulega wątpliwości, iż stosując już w piśmie z 4 grudnia 2020 r. wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 pzp, Zamawiający, nie otrzymawszy od Odwołującego potwierdzenia spełnienia przez niego kryterium doświadczenia, dążył w oparciu o kolejne wezwania do złożenia wyjaśnień, do ustalenia w oparciu o już złożone przez Odwołującego dokumenty JEDZ, czy spełnia on kryterium doświadczenia. Ponieważ Konsorcjum TOPOLA nie było w stanie wykazać w oparciu o dotychczas przedstawione dokumenty JEDZ spełnienia kryterium doświadczenia, Odwołujący musiał, co sam przyznaje, ponownie złożyć ww. dokument w oparciu o art. 26 ust. 3. Jednak w swoim odwołaniu skutecznie pomija fakt, iż jest to drugie wezwanie w oparciu o powyższy przepis.

17. Zasada jednokrotności wzywania do uzupełnienia dokumentów nie wynika wprost z przepisów Prawa zamówień publicznych. Jednak ponowne wezwanie - o ile poprzednie było jasne i precyzyjne, prowadzi do naruszenia podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, przy czym dla stwierdzenia naruszenia nie ma znaczenia, czy w danym postępowaniu stosuje się tzw. procedurę odwróconą. Zasada jednokrotności wezwania do uzupełnienia dokumentów ma przeciwdziałać wzywaniu "do skutku" wykonawcy. Uchwała z 15 lutego 2019 r (KIO/KU 10/19)

18. Odwołujący stroni od wskazania, w jaki sposób zasady uczciwej konkurencji miałyby zostać naruszone. Odwołujący nie skonkretyzował zarzutów w odniesieniu do stanu faktycznego, co czyni je tyleż niedopuszczalnymi, co nieuzasadnionymi.

19. Zamawiający zwraca przy tym uwagę iż Odwołujący nie wskazuje okoliczności faktycznych i prawnych, mających uzasadnić odwołanie. Brak jest wskazania, dlaczego

konkretnie wykluczenie Wykonawcy w niniejszym stanie faktycznym miałyby naruszać przytoczone zasady. Podane rozważania nie zostały w jakikolwiek sposób powiązane z konkretną sytuacją Odwołującego.

20. Samo powołanie przepisu ustawy, który miałby naruszyć zamawiający, nie tworzy zarzutu. Zarzut stanowi bowiem wskazanie czynności bądź zaniechania przez Zamawiającego czynności, do których jest zobowiązany na podstawie ustawy (art. 180 ust. 1 Pzp) oraz okoliczności faktyczne wskazujące na naruszenie przepisów prawa. Istotne jest aby zarzut został w pełni sprecyzowany w odwołaniu, gdyż umożliwia to zarówno zamawiającemu jak i potencjalnym uczestnikom postępowania, odniesienie się do kwestionowanych przez odwołującego czynności zamawiającego, tym samym wskazanie konkretnych uchybień zakreśla ramy postępowania odwoławczego. Nie jest rolą zamawiającego, ani Krajowej Izby Odwoławczej domniemywać właściwej treści zarzutów czy też ich związków ze stanem faktycznym sprawy. Należy wskazać również na przepis art. 192 ust. 7 pzp, zgodnie z którym KIO nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego przedstawili stanowiska na rozprawie

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniach, odpowiedziach na odwołania, stanowiskami przystępujących, zebranych w sprawie materiałem dowodowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przedstawioną przez zamawiającego, w szczególności z postanowieniami SIWZ, złożonymi ofertami i wyjaśnieniami udzielanymi zamawiającemu w toku badania i oceny ofert oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk przedstawionych do protokołu rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że połączone do wspólnego rozpoznania odwołania dotyczą materii określonej w art. 513 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. poz. 2019 ze zm., dalej także jako npzp) i podlegają rozpoznaniu zgodnie z art. 517 ust. 1 npzp, a także, iż odwołujący wykazali, że posiadają legitymację jako przesłankę materialnoprawną do wniesienia środków zaskarżenia.

Sygn. akt KIO 615/21

Odwołujący postawił Zamawiającemu zarzuty naruszenia:

art. 24 ust. 1 pkt 12, 16,17 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp przez ich niezastosowanie, a w konsekwencji wybór dla pakietu nr 2 oferty Konsorcjum „KLON” w składzie REDWOOD

P. K., usługi Leśne M. J., S. P. — wspólnik Z.P.H.U. K. J., S. P., Usługi Leśne 41. H., Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe A. G. „LARIX”, w sytuacji gdy zaistniały przesłanki do wykluczenia wykonawców wchodzących w skład konsorcjum, a w konsekwencji odrzucenia ich oferty, z uwagi na to, że w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadzili zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełniają warunki udziału w postępowaniu w postaci zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia poprzez wskazanie, iż co najmniej jeden z wykonawców zrealizował co najmniej 1 usługę polegającą na wykonaniu prac z zakresu zagospodarowania lasu, zrywki i pozyskania drewna, na kwotę nie mniejszą niż 4.180.000 zł brutto w skali jednego roku dla pakietu nr 2;

wyżej wskazanych przepisów ustawy pzp przez ich niezastosowanie, a w konsekwencji wybór dla pakietu nr 2 oferty Konsorcjum „KLON” w sytuacji, gdy zaistniały przesłanki do wykluczenia wykonawców wchodzących w skład konsorcjum, a w konsekwencji odrzucenia ich oferty, z uwagi na to, że w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadzili zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji zawartych w załączniku nr 9 do SIWZ w zakresie wartości zrealizowanych przez Wykonawców robót, a w konsekwencji co do tego, że spełniają warunki udziału w postępowaniu w postaci zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia;

art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 25 a ust. 1 ustawy pzp przez ich niezastosowanie w sytuacji gdy zaistniały przesłanki do wykluczenia konsorcjum z uwagi na to, że konsorcjum nie wykazało spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej, bowiem konsorcjant „LARIX” przedłożył opinię bankową w przedmiocie zdolności kredytowej na dzień 22 grudnia 2020 r. (opinia banku została wydana 15 dni po terminie składania ofert), a zaświadczenie banku Santander Polska S.A., dotyczące środków finansowych posiadanych przez firmę REDWOOD P. K. datowane jest na dzień 16 grudnia 2020 r. (9 dni po terminie składania ofert), mimo iż Wykonawcy byli zobowiązani do wykazania posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej nie później niż na dzień złożenia oferty, wymaganych na podstawie pkt.6.2.2. SIWZ;

- art 24 ust. 1 pkt 12, 16 i 17 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 25a ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 22d ust. 2 ustawy pzp przez ich niezastosowanie, a w konsekwencji wybór dla pakietu nr 2 oferty Konsorcjum „KLON” w sytuacji, gdy zaistniały przesłanki do wykluczenia wykonawców z uwagi na to, że w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadzili zamawiającego w błąd odnośnie spełnienia warunku udziału w postępowaniu co do zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie potencjału technicznego tj. zadeklarowanego sprzętu oraz wykwalifikowanych pracowników, niezbędnych do prawidłowego wykonania zamówienia (w zakresie osób skierowanych „przez

wykonawcę do realizacji zamówienia) wymaganych na podstawie pkt 6.2.3. lit b i c SIWZ oraz co do spełnienia kryterium samodzielnej realizacji kluczowych elementów zamówienia, o których mowa w pkt 14.2. SIWZ.

Skład orzekający po ustaleniu stanu faktycznego sprawy uznał, że zarzuty odwołania nie potwierdziły się.

W zakresie zarzutu w zakresie istnienia przesłanki wykluczenia wykonawców wchodzących w skład konsorcjum, dotyczącego nie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w postaci zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia, tj. realizacji przez co najmniej jednego z wykonawców co najmniej 1 przedmiotowej usługi, na kwotę nie mniejszą niż 4.180.000 zł zasadne jest ustalenie, iż w toku postępowania, wskutek wezwań zamawiającego, konsorcjum „KLON” wykazało, iż zrealizowało usługę na podstawie umów o numerze SA. 271.2.2020 z dnia 14 stycznia 2020 r.

Konsorcjum wezwane pismem z 20.01.2021 r. jako że wezwanie było niezbędne, ponieważ z przedstawionych dotychczas dokumentów nie wynikało, iż usługi wskazane w JEDZ oraz w wykazach usług realizowanych na rzecz Nadleśnictwa Góra Śląska wykonywane były nie przez pojedynczy podmiot wchodzący w skład Konsorcjum, a przez całe Konsorcjum, w wyniku wezwania, w odpowiedzi z 22 stycznia 2021 r. potwierdzając dotychczasowe swoje stanowisko w sprawie dodatkowo złożyło oświadczenie, iż zrealizowało realizację usługi na podstawie umów z 14 stycznia 2020 r. „wykonanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Góra Śląska w roku 2020 „Pakiet I (obręb góra oraz Szkółka Leśna), z 14 stycznia 2020 r. „wykonanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Góra Śląska w roku 2020” Pakiet II (obręb Jemielno) SA. 271.4.2020 z dnia 14 stycznia 2020 r. „Wykonawca usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Góra Śląska w roku 2020” - Pakiet III (obręb Załęczce), zrealizowane od 19 stycznia 2020 r. do końca roku 2020 na rzecz Skarbu państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Góra Śląska. Z wyjaśnień przedstawionych przez Wykonawcę wynikało, iż usługa realizowana była przez konsorcjum firm: 1. REDWOOD P. K. z siedzibą w Zielonej, 2. Usługi Leśne R. S. z siedzibą w Leszno, oraz 3. P.P.H.U. „PILAR” s.c. S. S., A. O., R. O. z siedzibą w Leszno. Każda z ww. firm realizowała w roku 2020 na rzecz Nadleśnictwa Góra Śląska łącznie trzy umowy, których przedmiotem były usługi z zakresu gospodarki leśnej o łącznej wartości w skali jednego roku 5.912.649.85 złotych brutto. Wykonawca wskazał, że przez Konsorcjum firm „KLON” usługa realizowana przez jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie tj. firmę REDWOOD P. K. z siedzibą w Zielonej Górze potwierdza warunek określony w specyfikacji, tj. fakt zrealizowania co najmniej 1 usługi polegającej na wykonaniu prac z zakresu zagospodarowania lasu, zrywki i pozyskania drewna, na kwotę nie mniejszą niż 4.180 000 zł w skali jednego roku. Z informacji Wykonawcy wynikało, iż faktyczny przerób firmy REDWOOD P. K. w pełni pozwala na

wykazanie usługi realizowanej na rzecz Nadleśnictwa Góra Śląska, wynosi bowiem 4.545.888,08 złotych brutto i obejmuje tylko te prace, które zostały wykonane samodzielnie przez firmę REDWOOD. W odpowiedzi na wezwanie pismem z 22 stycznia 2021 r. Wykonawca wskazał także zestawienie obrotu za rok 2020 z konsorcjantami odpowiednio firmą Usługi Leśne R. S. (o wartości 650.344,85 zł) oraz P.P.H.U. „PILAR s.c. S. S., A. O. (o wartości brutto 716.416,92 zł) na potwierdzenie wskazanego przez niego stanu faktycznego w zakresie doświadczenia firmy REDWOOD.

W efekcie wykonawca przedstawił w złożonych dokumentach, iż spełnia stawiane przed nim w SIWZ kryterium doświadczenia w postaci zrealizowania co najmniej 1 usługi polegającej na wykonywaniu prac z zakresu zagospodarowania lasu, zrywki i pozyskania drewna na kwotę nie mniejszą niż 4.180.000,00 zł w skali jednego roku.

W zakresie zarzutu nr 2, dotyczącego naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12,16, 17 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, w zakresie wprowadzenia w błąd przy nieprzedstawianiu informacji zawartych w załączniku nr 9 do SIWZ w zakresie wartości zrealizowanych przez wykonawców robót, a w konsekwencji co do tego, że spełniają oni warunki udziału w postępowaniu w postaci zdolności technicznej lub zawodowej, zarzut ten także jest niezasadny. Jak wynika z pisma Wykonawcy z 22 stycznia 2021 r., firma REDWOOD P. K. zrealizowała w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert co najmniej 1 usługę na kwotę nie mniejszą niż 4.180.000 zł brutto. Z przedstawionych przez Wykonawcę informacji wynika, iż na rzecz Nadleśnictwa Góra Śląska zrealizowana przez ww. podmiot usługa opiewała na kwotę 4.545.888,08 złotych brutto i jak oświadczył Wykonawca, obejmowała tylko te prace, które zostały wykonane samodzielnie przez firmę REDWOOD P. K. .

Zarzut Odwołującego sprowadza się do wykazania, iż przedstawione doświadczenie w postaci zrealizowania usługi na kwotę nie mniejszą niż 4.180.000 zł brutto, poprzez wykazanie kwoty 5.912.649,85 zł jest błędne i dowolne, albowiem zawiera wartość usług prezentowanych przez całe Konsorcjum, a więc podmioty, które nie biorą udziału wraz z P. K. w niniejszym postępowaniu. Ponieważ również Zamawiający miał wątpliwości co do zakresu samodzielności prac wykonanych przez firmę REDWOOD P. K., wezwał on ww. podmiot do złożenia stosownych wyjaśnień na podstawie art 26 ust. 4 ustawy pzp z 29 stycznia 2004 r. Złożone zaś w piśmie wyjaśnienia poparte dodatkowo wykazem rozliczeń z pozostałymi podmiotami z którymi firma REDWOOD P. K. realizowała usługi na rzecz Nadleśnictwa Góra Śląska w 2020 r., pozwoliły zasadnie uznać, iż Konsorcjum „KLON”, w skład którego wchodzi m.in. firma REDWOOD P. K., spełnia kryterium z 6.2.3a II SIWZ. W konsekwencji ustalenie Zamawiającego, iż nie zachodzą w stosunku do ww. podmiotu przesłanki jego wykluczenia z postępowania jest prawidłowe.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 25 a ust. 1 ustawy pzp, polegającego na nie wykazaniu przez konsorcjum „KLON” spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej wskazać należy, że zgodnie z pkt 6.2.2) SIWZ w postępowaniu mogli brać udział Wykonawcy którzy spełniają warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w art 22 ust 1 b PZP dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej, zamawiający nie stawia szczególnych wymagań w zakresie opisu spełnienia warunku udziału w postępowaniu w odniesieniu do warunku dot. zdolności ekonomicznej, warunek. Warunek w odniesieniu do sytuacji finansowej, zostanie spełniony, jeśli Wykonawca wykaże, że posiada środki finansowe lub zdolność kredytową nie mniejsza niż dla pakietu II - 600 000 zł. Art. 22 ust 1 b ustawy pzp, którego naruszenie wskazuje Odwołujący, wskazuje, jakie kryteria mogą być postawione przed Wykonawcą, natomiast nie określa sposobu w jaki zobowiązany jest on do wykazania posiadania ww. zdolności. Wykonawca w ofercie, do której dołączył dokument JEDZ złożył oświadczenie, iż na dzień składania ofert spełnia wymagania w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej.

Przedstawienie przez Wykonawcę zaświadczenia wystawionego z daty po terminie składania ofert nie jest sprzeczne z treścią JEDZ i nie powoduje automatycznie powstania domniemania, że w dniu składania oświadczenia wykonawca nie spełniał warunków do udziału w postępowaniu. Złożenie dokumentów zamawiającemu stanowi potwierdzenie spełnienia deklarowanego warunku. Odwołujący nie wykazał, że na dzień składania ww. oświadczenia wykonawca nie spełniał kryterium finansowego lub ekonomicznego. Oświadczenia i dokumenty składane w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu na wezwanie zamawiającego (czy to z art. 26 ust. 2 czy z art. 26 ust. 3 p.z.p.) muszą być aktualne na dzień ich złożenia, a zatem mogą być datowane na dzień późniejszy niż data złożenia oferty. Wszystkie oświadczenia i dokumenty, niezależnie od tego czy są one składane na wezwanie z art. 26 ust. 2 czy z art. 26 ust. 3 p.z.p., muszą potwierdzać okoliczności wynikające z oświadczenia wstępnego, które wykonawca złożył wraz z ofertą.

W zakresie ostatniego z zarzutów naruszenia art 24 ust. 1 pkt 12, 16 i 17 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 25a ust. 1 w zw. Z art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. Z art. 22d ust. 2 ustawy pzp w zakresie spełniania wymaganego warunku zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie potencjału technicznego tj. zadeklarowanego sprzętu oraz wykwalifikowanych pracowników, niezbędnych do prawidłowego wykonania zamówienia (w zakresie osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia) wymaganych na podstawie pkt 6.2.3. lit b i c SIWZ oraz co do spełnienia kryterium samodzielnej realizacji kluczowych elementów zamówienia, o których mowa w pkt 14.2. SIWZ, zarzut nie został potwierdzony. Zamawiający celem weryfikacji spełniania tego kryterium w zakresie potencjału technicznego tj. zadeklarowanego sprzętu oraz wykwalifikowanych pracowników, niezbędnych do

prawidłowego wykonania zamówienia (w zakresie osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia) wymaganych na podstawie pkt 6.2.3. b i c oraz co do spełnienia kryterium samodzielnej realizacji kluczowych elementów zamówienia, o których mowa w pkt 14.2 SIWZ zwrócił się do Nadleśnictw Przytok, Grodziec, Grodzisk, Herby Sława Śląska, Sulechów, Zawadzie, Rudziniec, Trzcianka, Turawa oraz Konstantynowo. W związku z otrzymanym z Nadleśnictw Grodziec, Grodzisk, Przytok, Sława Śląska, Zawadzkie, Rudziniec oraz Turawa wykazem osób oraz sprzętu jaki został zadeklarowany przez wchodzące w skład Konsorcjum „KLON” podmioty w ww. Nadleśnictwach, zamawiający ustalił, że potencjał zarówno ludzki, jak i sprzętowy wykazywany przez wykonawcę w ofertach złożonych w ww. Nadleśnictwach różni się od ostatecznego zadeklarowanego po wybraniu go realizacji usług z zakresu zagospodarowania lasu. Świadczy to o tym, iż Wykonawca posiada odpowiednie zaplecze zarówno sprzętowe jak i zasobów ludzkich pozwalające mu na prawidłowe wykonanie zamówienia publicznego obejmującego Wykonanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Tułowice w roku 2021 W postaci wyboru najkorzystniejszej oferty w przetargu nieograniczonym w zakresie pakietu nr 2.

Ponadto z uwagi na fakt, iż zamawiający ma obowiązek zweryfikowania, że oferent będzie mógł wykorzystywać wskazane zasoby przez cały czas wykonywania zamówienia, pismem z 14.01.2021 r. wezwał Konsorcjum „KLON” do udzielenia wyjaśnień w zakresie zdolności technicznej i zawodowej w sferze potencjału osobowego i technicznego, przez udzielenie odpowiedzi na postawione pytania. 17 stycznia 2021 r. Konsorcjum wskazało, iż z wymienionych w dokumencie JEDZ osób: 7 osób zostało zgłoszonych jedynie w Nadleśnictwie Tułowice, 3 osoby zostały wskazane w dwóch Nadleśnictwach, 4 osoby zostały wskazane w trzech Nadleśnictwach, dwie osoby zostały wskazane w dwóch Nadleśnictwach, 1 osoba została wskazana w pięciu Nadleśnictwach oraz 1 osoba została wskazana w 6 Nadleśnictwach. Wynika z tego, że 55% zasobów wskazanych przez Wykonawcę zostało zgłoszonych jedynie w maksymalnie 2 Nadleśnictwach. Takie obłożenie pracą mając na uwadze charakter prac, jakie są przedmiotem zamówienia publicznego w Pakiecie Nr 2, daje podstawę do uznania realności prawidłowego wykonania przedmiotowej usługi.

Warto przy tym zauważyć, iż pismem z 3 stycznia 2021 r. wykonawca w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wykazał większą zdolność sprzętową i w zakresie zasobów ludzkich przez wskazanie, iż łącznie Konsorcjanci zatrudniają 41 pracowników (pilarzy, drwali, operatorów, osób pełniących funkcje nadzoru, czy osób posiadających uprawnienia do wykonywania oprysków chemicznych) na umowę o pracę, jak również wykazał, że współpracuje także z innymi osobami w jego dyspozycji. Wykonawca wykazał także, że wskazane przez niego osoby do pracy w Nadleśnictwie Tułowice, nie będą wykonywały

pracy na terenie Nadleśnictwa Grodziec, Nadleśnictwa Konstantynowo, nadleśnictwa Przedborów, Nadleśnictwa Przytok ani też na terenie Nadleśnictwa Sulechów, a jest to związane z organizacją pracy i właściwą alokacją pracowników. Została przez wykonawcę przedstawiona także struktura organizacyjna. W konsekwencji zarzuty odwołującego nie odpowiadają faktycznemu zaangażowaniu zasobów w poszczególnych Nadleśnictwach w faktycznym rozlokowaniu pracowników i organizacji pracy. Zatem wybrany wykonawca spełnia kryteria w zakresie technicznego, tj. zadeklarowanego sprzętu oraz wykwalifikowanych pracowników, niezbędnych do prawidłowego wykonania zamówienia zgodnie z pkt 6.2.3. lit b i c SIWZ.

Sygn. akt KIO 621/21

Wniosek zamawiającego o odrzucenie odwołania na zasadzie art. 189 ust. 2 pkt 2 pzp ze względu na wniesienie odwołania przez podmiot, któremu nie przysługuje interes prawny w uzyskaniu rozstrzygnięcia w rozumieniu art. 179 pzp nie zasługuje na uwzględnienie. Niezależnie od tego, że podstawa prawna wniosku została określona przez wskazanie przepisów ustawy nie mających zastosowania do rozpatrywanej sprawy z uwagi na to, że ocena podstaw odrzucenia odwołania winna mieć oparcie w przepisach ustawy z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. poz. 2019 ze zm.), skład orzekający stwierdza, że nie zachodzą podstawy do odrzucenia odwołania i istnieją materialne podstawy rozpoznania odwołania złożonego przez wykonawcę mającego interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia publicznego.

Izba nie stwierdziła, by zamawiający naruszył wskazane w odwołaniu przepisy art. 24 ust. 1 pkt 12, art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 7 ust. 1-3 ustawy pzp przez prowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w szczególności poprzez naruszenie i błędne przyjęcie, iż odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu co skutkowało wykluczeniem z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz odrzuceniem jego oferty. Konsekwencją ustalenia jest uznanie braku naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 pzp przez niedokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego,

Uznać należy, iż zamawiający poprawnie ustalił, iż wykonawca nie spełnia stawianych przed nim wymogów w zakresie kryterium doświadczenia. Zgodnie z treścią art. 26 ust. 3 pzp zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożą wymaganych oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożą pełnomocnictw, albo którzy złożą wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 zawierające błędy, do ich złożenia w wyznaczonym terminie. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty

powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.

Wezwaniem z 14.12.2020 r. do udzielenia wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1 Ustawy pzp zamawiający wezwał Odwołujące Konsorcjum Topola do udzielenia wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym w art. 25a ust. 1 ustawy Pzp, wskazując, że Zamawiający określił w rozdziale 6 SIWZ Warunki udziału w postępowaniu oraz podstawy wykluczenia z postępowania. W punkcie 6.2 ppkt 3 SIWZ zamawiający określił, że warunek w odniesieniu do doświadczenia, zostanie uznany za spełniony, jeśli Wykonawca wykaże dla Pakietu III, że zrealizował lub realizuje (przy czym w tym przypadku będzie liczona wartość zrealizowanej części przedmiotu umowy) co najmniej 1 usługę polegającą na wykonywaniu prac z zakresu zagospodarowania lasu, zrywki i pozyskania drewna, na kwotę nie mniejszą niż 4 100 000 zł brutto w skali jednego roku. Z przedłożonych przez Wykonawcę dokumentów nie wynikało spełnienia ww. kryterium przez Odwołującego.

W wezwaniu Zamawiający wskazał, że wraz z ofertą na Pakiet nr 3 Standardowym Formularzu dalej JEDZ odwołujący wskazał na podmiot: Redwood P. K. z/s 66-006 Zielona Góra, który wskazał w części IV C punkt lb), że posiada doświadczenie:

- Usługi na kwotę 1 389 458,83 zł w okresie 06.02.2018- 31.12.2018 w Nadleśnictwo Sława,
- Usługi na kwotę 1 123 873,60 zł w okresie 06.02.2018- 31.12.2018w Nadleśnictwo Sława,
- Usługi na kwotę 1 387 751, 42 zł w okresie 02.05.2018- 31.12.2018 w Nadleśnictwo Sława,

a także, że w złożonym wraz z ofertą na Pakiet nr 3 JEDZ podmiot: Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe „LARIX” A. G.,42-660 Kalety, wskazał w części IV C punkt lb), że posiada doświadczenie: Prace z zakresu zagospodarowania lasu, pozyskania i zrywki drewna, na kwotę 2 262 356,82 zł W OKRESIE 01.01.2018 31.12.2018 W PGL LP Nadleśnictwo Koszęcin 42-286 Koszęcin. Z powyższego zamawiający zasadnie wywnioskował, że żaden z konsorcjantów nie wykazał, że posiada doświadczenie w świadczeniu usług polegających na wykonywaniu prac z zakresu zagospodarowania lasu, zrywki drewna, na kwotę nie mniejszą niż 4.100.000 zł brutto w skali jednego roku.

Zasadna jest ocena Zamawiającego, że wykonawca musiał wykazać się wykonaniem 1 usługi (przez którą Zamawiający dopuszczał uznanie wykonania zadań w ramach kilku pakietów, ale obejmujących swym obszarem jedno Nadleśnictwo) - na łączną sumę nie mniejszą niż 4.100 000 zł brutto w skali jednego roku. W konsekwencji oświadczeń złożonych przez podmioty wchodzące w skład Konsorcjum „TOPOLA” wynikało zaś, że doświadczenie firmy Redwood P. K. z/s Zielona Góra, to wykonanie 1 usługi na poziomie

3.901083,85 zł, zaś firmy Larix na poziomie 1.387 751,42 zł. W konsekwencji Wykonawca nie wykazał kryterium doświadczenia, jakiego wymagał on od Wykonawcy.

Odwołujący w piśmie z 17 grudnia 2020 r. wykazał nowe doświadczenie poza wskazanym uprzednio i opisanym powyżej obejmujące także:

- usługi polegające na wykonaniu prac z zakresu zagospodarowania lasu, pozyskania i zrywki drewna na kwotę 2.898.466,70 zł brutto zrealizowane o okresie 22.03.2018.-13.01.2019 r. w Nadleśnictwie Przetok, 65-950 Zielona Góra,
- usługi polegające na wykonaniu prac z zakresu zagospodarowania lasu, pozyskania i zrywki drewna na kwotę 2.098.594,21 zł brutto 22.03.202813.01.2019 r. do wskazanego wyjaśnienia załączył także nowy dokument JEDZ.

Złożony egzemplarz JEDZ nie były jednak wypełnione prawidłowo i nie potwierdzały ustalonych warunków. Za niesporne uznać należy, że doszło do złożenia kolejnego dokumentu JEDZ, jako odpowiedź na Wezwanie do złożenia oświadczenia z dnia 5 lutego 2021 r. Tym samym, ponowne zastosowanie przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy Pzp prowadziłoby do uprzywilejowanego traktowania Odwołującego i stworzenia dla tego wykonawcy ponownej możliwości naprawienia pierwotnego błędu w postaci załączenia formularzy JEDZ, na podstawie których Zamawiający oceniał zdolność poszczególnych wykonawców do prawidłowej realizacji zamówienia. Od wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia, jako podmiotu profesjonalnie prowadzącego działalność gospodarczą, można i należy wymagać określonego poziomu staranności. Zamawiający w granicach dopuszczonych przez prawo, wzywał Odwołującego do wyjaśnienia składanych przez niego oświadczeń, wskazując precyzyjnie w jakim kierunku domaga się wyjaśnień. Jak wynikało z przedłożonych przez Odwołującego dokumentów oraz załączonych referencji, potwierdzających należyte wykonanie przedmiotowych usług, wskazana ich wartość dotyczyła całości prac wykonywanych przez konsorcjum, a nie przez pojedynczy podmiot wchodzący w jego skład. Zamawiający wezwał do wyjaśnienia jaka była wartość usług wykonanych samodzielnie przez wykonawcę P. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą REDWOOD P. K. składających się na całość usług wykonywanych przez w.w konsorcja w ramach poszczególnych usług wskazanych w wykazach usług. Pismem z 22 stycznia 2021 r. Odwołujący pomimo wskazywania nowego zakresu doświadczenia, nie udzielił odpowiedzi na postawione pytanie. Mając na uwadze, iż Zamawiający nie mógł ponownie zastosować trybu uzupełnienia dokumentacji z art. 26 ust. 3 pzp, na podstawie art. 25 ust. 1 pkt 1 i art. 26 ust. 4 w związku z art. 22d ust. 1 i 2 PZP, ponownie wezwał Odwołującego do przedłożenia oświadczenia spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie spełniania wymagania określonego w pkt 6.2.3) a) II) SIWZ.

Wskutek tego wezwania Odwołujący złożył pismo z 5 lutego 2021 r. (zn. ZG.270.1.1.2020) jako odpowiedź na wezwanie do ponownego udzielenia wyjaśnień w odniesieniu do oferty

złożonej przez Konsorcjum TOPOLA. Przedstawiając wyjaśnienia w trybie art. 26 ust. 4 ustawy pzp, wykonawca wskazał, że Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe „LARIX” realizowało usługę polegającą na wykonywaniu prac z zakresu pozyskania i zrywki drewna oraz zagospodarowania lasu na rzecz 1. Skarbu Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Brynek w roku 2018 (rozliczenie obejmuje tylko usługi zakończone do dnia 31 grudnia 2018r.) o wartości w skali jednego roku wg zestawienia w kwotach: 2.315.368,32 złotych brutto, a faktyczna wartość wykonanych w skali jednego roku usług (rok 2018) wykonanych samodzielnie przez firmę PHU „LARIX” na rzecz Nadleśnictwa Brynek wynosi 5.669.869,71 złotych brutto.

W załączeniu Wykonawca przedstawił nowy Formularz JEDZ, co stanowiło jego drugie już uzupełnienie w trybie art. 26 ust 3 Pzp, co zresztą wykonawca sam wskazał w treści pisma. Wobec utrwalonej reguły wskazującej na możliwość wyłącznie jednokrotnego wzywania wykonawców do uzupełnienia danego dokumentu, Zamawiający podjął decyzję wykluczenia Odwołującego z postępowania.

Izba podziela stanowisko zamawiającego, że nie jest możliwe ponowne wezwanie Odwołującego do uzupełnienia dokumentów JEDZ na podstawie art. 26 ust. 3 pzp. Wykonawca zobowiązany jest do złożenia tych dokumentów razem z ofertą, a tylko wyjątkiem od tej reguły jest możliwość, wyjątkowych przypadkach, jeżeli wykonawca nie złożył odpowiednich dokumentów lub oświadczeń, są one niekompletne lub zawierają błędy, wykonawca ma możliwość zweryfikowania poprawności spełniania warunków podmiotowych w postępowaniu. W niniejszym postępowaniu odwołujący wykonawca uczynił już to dołączając do wyjaśnień z dnia 17.12.2020 r. nowy poprawiony dokument JEDZ. W prowadzonym postępowaniu zamawiający zastosował wspomnianą regułę biorąc pod uwagę okoliczność, że oferta konsorcjum zawierała dokument JEDZ, w którym nie zostało wykazane spełnianie przez Wykonawcę kryterium doświadczenia w świadczeniu usług polegających na wykonywaniu prac z zakresu zagospodarowania lasu, zrywki i pozyskania drewna, na kwotę nie mniejszą niż 4.100 000 zł brutto w skali jednego roku. Zamawiający skierował do konsorcjum wezwanie wskazując, jakie braki posiada oferta. Wykonawca w wyznaczonym terminie, odpowiadając na wezwanie Zamawiającego, dane formularze (wypełnione i podpisane) złożył.

Regulacja zawarta w art. 26 ust. 3 powinna być interpretowana ściśle. Dlatego wezwanie do uzupełnienia dokumentów wymienionych w art. 26 ust. 3 Pzp, w tym dokumentów podmiotowych, powinno mieć charakter jednokrotny, co jest okolicznością niesporną.

Stosując już w piśmie z 4 grudnia 2020 r. wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 pzp, zamawiający, nie otrzymawszy od odwołującego potwierdzenia spełniania przez niego kryterium doświadczenia, dążył w oparciu o kolejne wezwania do złożenia wyjaśnień, do ustalenia w oparciu o już złożone przez odwołującego dokumenty JEDZ, czy spełnia on kryterium

doświadczenia. Ponieważ Konsorcjum nie było w stanie wykazać w oparciu o dotychczas przedstawione dokumenty JEDZ spełnienia kryterium doświadczenia, odwołujący musiał, co sam przyznaje, ponownie złożyć ww. dokument w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy pzp. Kolejne czynności odwołującego jako podjęte z naruszeniem przepisów ustawy nie mogły zatem być uznane za skuteczne.

W konsekwencji zarzuty czynności wadliwego wyboru oferty przystępującego w sprawie KIO 615/21 i niezasadnego wykluczenia z postępowania odwołującego konsorcjum w sprawie KIO 621/21, które w ocenie odwołujących miały być dokonane z naruszeniem przepisów prawa, Izba uznaje za nieudowodnione.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz § 8 ust. 2 zdanie pierwsze 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: