

Sygn. akt: KIO 345/18

WYROK

z dnia 12 marca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 marca 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 lutego 2018 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Winkolas Sp. z o.o., W. W. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Leśnych W. W., Przedsiębiorstwo Usług Leśnych Forest Sp. z o.o., Z. C. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Z. C. Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe „BIO-ZBYT”, K. C. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą AGRO-LAS G. K., R. B. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Usługowo-Handlowa „Drewnix” R. B., P. N. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowo Usługowa MAXIMUS P. N., E. M. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą F.H.U. „SOKÓŁ” E. M., D. S. i J. K. przedsiębiorcy prowadzący działalność gospodarczą jako wspólnicy spółki cywilnej Usługi Leśne „Nawałnica” D. S., J. K. s.c., A. S. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą A. S. Przedsiębiorstwo Usługowe Handlowe, Kurowo 5, 76-020 Bobolice w postępowaniu prowadzonym przez Skarb Państwa PGL Lasy Państwowe Nadleśnictwo Rytel, Rytel-Dworzec 4, 89-642 Rytel**

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu Skarbowi Państwa PGL Lasy Państwowe Nadleśnictwu Rytel unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, oraz dokonanie powtórnego badania i oceny ofert z udziałem oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Winkolas Sp. z o.o., W. W. prowadzący działalność gospodarczą pod**

nazwą Zakład Usług Leśnych W. W., Przedsiębiorstwo Usług Leśnych Forest Sp. z o.o., Z. C. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Z. C. Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe „BIO-ZBYT”, K. C. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą AGRO-LAS G. K., R. B. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Usługowo-Handlowa „Drewmix” R. B., P. N. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowo Usługowa MAXIMUS P. N., E. M. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą F.H.U. „SOKÓŁ” E. M., D. S. i J. K. przedsiębiorcy prowadzący działalność gospodarczą jako wspólnicy spółki cywilnej Usługi Leśne „Nawałnica” D. S., J. K. s.c., A. S. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą A. S. Przedsiębiorstwo Usługowe Handlowe,

2. kosztami postępowania obciąża Skarb Państwa PGL Lasy Państwowe Nadleśnictwo Rytel, Rytel-Dworzec 4, 89-642 Rytel i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Winkolas Sp. z o.o., W. W. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Leśnych W. W., Przedsiębiorstwo Usług Leśnych Forest Sp. z o.o., Z. C. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Z. C. Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe „BIO-ZBYT”, K. C. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą AGRO-LAS G. K., R. B. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Usługowo-Handlowa „Drewmix” R. B., P. N. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowo Usługowa MAXIMUS P. N., E. M. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą F.H.U. „SOKÓŁ” E. M., D. S. i J. K. przedsiębiorcy prowadzący działalność gospodarczą jako wspólnicy spółki cywilnej Usługi Leśne „Nawałnica” D. S., J. K. s.c., A. S. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą A. S. Przedsiębiorstwo Usługowe Handlowe, Kurowo 5, 76-020 Bobolice tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Skarbu Państwa PGL Lasy Państwowe Nadleśnictwo Rytel, Rytel-Dworzec 4, 89-642 Rytel na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Winkolas Sp. z o.o., W. W. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Leśnych W. W., Przedsiębiorstwo Usług Leśnych Forest Sp. z o.o., Z. C. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Z. C. Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe „BIO-ZBYT”, K. C. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą AGRO-LAS G. K., R. B. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Usługowo-Handlowa „Drewmix” R. B., P. N. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowo Usługowa

MAXIMUS P. N., E. M. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą F.H.U. „SOKÓŁ” E. M., D. S. i J. K. przedsiębiorcy prowadzący działalność gospodarczą jako wspólnicy spółki cywilnej Usługi Leśne „Nawałnica” D. S., J. K. s.c., A. S. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą A. S. Przedsiębiorstwo Usługowe Handlowe, Kurowo 5, 76-020 Bobolice kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) poniesioną tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Słupsku.

Przewodniczący :

Uzasadnienie

Skarb Państwa PGL Lasy Państwowe Nadleśnictwo Rytel (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenach pokłęskowych Nadleśnictwa Rytel w roku 2018”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2017 poz. 1579 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 28 listopada 2017 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod pozycją 2017/S 228-475278.

W dniu 26 lutego 2018 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Winkolas Sp. z o.o., W. W. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Leśnych W. W., Przedsiębiorstwo Usług Leśnych Forest Sp. z o.o., Z. C. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Z. C. Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe „BIO-ZBYT”, K. C. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą AGRO-LAS G. K., R. B. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Usługowo-Handlowa „Drewmix” R. B., P. N. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowo Usługowa MAXIMUS P. N., E. M. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą F.H.U. „SOKÓŁ” E. M., D. S. i J. K. przedsiębiorcy prowadzący działalność gospodarczą jako wspólnicy spółki cywilnej Usługi Leśne „Nawałnica” D. S., J. K. s.c., A. S. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą A. S. Przedsiębiorstwo Usługowe Handlowe (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- art. 24 ust. 1 pkt. 12 ustawy Pzp poprzez niezgodne z przepisami wykluczenie Odwołującego,
- art. 91 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej dla pakietu nr XII,
- art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt. 12 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt. 5 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania oraz zasady proporcjonalności, polegające na tym, że dokonano bezpodstawnego wykluczenia Odwołującego, zaś jego ofertę odrzucono, mimo że odpowiada wytycznym SIWZ oraz złożona została zgodnie z przepisami obowiązującymi dla zamówień publicznych,
- art. 7 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyboru

oferty Odwołującego, mimo faktu, iż była ofertą najkorzystniejszą.

Odwołujący podniósł, że podejmując decyzję o wyborze oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający naruszył zasadę uczciwej konkurencji, równego traktowania oraz proporcjonalności, określoną w art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, dokonując wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób nie zapewniający obiektywizmu przy badaniu i ocenie ofert w zakresie pakietu nr XII.

Odwołujący stwierdził, że w swojej ofercie jednoznacznie potwierdził w treści JEDZ fakt wypełnienia warunku udziału w postępowaniu, zaś w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wystosowane na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp złożył wszystkie wymagane dokumenty, jak również jednoznacznie potwierdził spełnienie warunku udziału w postępowaniu. W odpowiedzi na ww. wezwanie przedstawiono środki dowodowe potwierdzające należyte wykonanie zamówienia poprzez przedstawienie kopii zapłaconych faktur. Powyższe wynikało, jak wyjaśnił Odwołujący, z obiektywnych, niezależnych od wykonawcy firmy „Drewnix” R. B., sytuacji. Odwołujący podał, że firma „Drewnix” R. B. w okresie od sierpnia 2017 r. do grudnia 2017 r. wykonywała prace z zakresu zrywki i pozyskania drewna na powierzchniach pokłeskowych na rzecz Nadleśnictwa Rytel, jako zgłoszony podwykonawca firmy OLCHA K. Ł.. Niestety, mimo faktu wykonania wszystkich prac prawidłowo, odebrania ich przez podmiot zamawiający, firma OLCHA K. Ł. nie wystawiła referencji. Jak zauważył Odwołujący, podmiotem, na rzecz którego były wykonywane prace z zakresu zrywki i pozyskania drewna na powierzchniach pokłeskowych w okresie od sierpnia 2017 r. do grudnia 2017 r. przez firmę „Drewnix” R. B. było Nadleśnictwo Rytel. Nadleśnictwo miało również wiedzę o fakcie wykonywania przez firmę „Drewnix” R. B. tych prac, bowiem była ona zgłoszona jako podwykonawca firmy OLCHA K. Ł..

Odwołujący wskazał, że dokumentem służącym potwierdzeniu spełniania warunku udziału w postępowaniu jest oświadczenie wykonawcy, składane w formie określonej w art. 25a ustawy Pzp. Przyjmuje się, jak zaznaczył Odwołujący, że oświadczenie składane przez wykonawcę składane jest w dobrej wierze. Oświadczenia woli, wobec braku szczegółowych w tym zakresie regulacji w przepisach ustawy Pzp, w ocenie Odwołującego, interpretować należy zgodnie z postanowieniami kodeksu cywilnego, stosownie do art. 14 ustawy Pzp. Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 listopada 2010 r., sygn. akt KIO 2317/10. Zdaniem Odwołującego, jedynie w sytuacji, w której zachodziłaby sprzeczność pomiędzy oświadczeniem wykonawcy, a środkami dowodowymi, co sugerowałoby, iż informacje zawarte w oświadczeniu nie są zgodne ze stanem faktycznym, Zamawiający mógłby złożyć oświadczenie kwestionować. Odwołujący zwrócił uwagę na dyspozycję § 2

ust. 4 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r., poz. 1126) i podkreślił, że podmiotem, na rzecz którego były wykonywane usługi był sam Zamawiający. W przekonaniu Odwołującego, nie sposób nie uznać, iż Zamawiający posiadał stosowaną wiedzę o fakcie wykonania właściwej ilości usług z zakresu pozyskania i zrywki na terenach pokłęskowych na terenie Leśnictwa Lutom.

W ocenie Odwołującego, mocnym dowodem na poparcie twierdzenia o należyтым wykonaniu zamówienia jest przekazanie Zamawiającemu odpowiednich faktur VAT, wraz z dowodami ich pełnego opłacenia. Jak zaznaczył Odwołujący, dokumentom tym nie można odmówić wiarygodności – zleceniodawca, gdy przyjmuje fakturę VAT, a następnie płaci za nią w całości, to czyni tak wyłącznie w przypadku, gdy powierzony zakres zadania został wykonany należycie. Odwołujący podkreślił, że faktura jest zawsze skutkiem wykonania prac. Kolejność postępowania wykonawcy jest szczegółowo określona w umowach z Nadleśnictwami - procedura odbioru zlecenia, uprawnienie do zafakturowania oraz terminy płatności. Odwołujący podał, że w praktyce wygląda to tak, że wykonawca zgłasza wykonane prace (w spornej sprawie „Drewmix” R. B. jako podwykonawca zgłaszał je firmie OLCHA K. Ł., następnie firma OLCHA K. Ł. zgłasza gotowość do odbioru Nadleśnictwu Rytel), prace odbiera właściwy przedstawiciel Nadleśnictwa, po odbiorze wykonawca firma OLCHA K. Ł. wystawia fakturę Nadleśnictwu Rytel, zaś równolegle „Drewmix” R. B. jako podwykonawca wystawia fakturę firmie OLCHA K. Ł.. Tym samym, zdaniem Odwołującego, nie sposób wywieść, tak jak uzasadniał Zamawiający, iż data faktury jest determinantem wykonania zleconych prac. Wobec powyższego, za bezzasadną uznał Odwołujący interpretację Zamawiającego, który nie uznał faktur wystawionych po terminie składania ofert (tj. 14 grudnia 2017 r.).

Za bezzasadne uznał również Odwołujący wezwanie do uzupełnienia dokumentów poświadczających spełnienie warunku opisanego w pkt. 6.2. ppkt. 3.1 tiret II. SIWZ. Jak stwierdził Odwołujący, z ostrożności procesowej można byłoby podnieść, iż zasadnym było wyjaśnienie treści dokumentów, nie zaś uznanie ich za nie potwierdzające warunki udziału. W ocenie Odwołującego, wyznaczony termin na uzupełnienie dokumentów był bardzo krótki, bowiem wyznaczenie terminu trzydniowego na uzupełnienie tak istotnych dokumentów, jakimi są poświadczenia należytego wykonania usługi niewątpliwie powoduje sytuację, w której wykonawca jest traktowany z naruszeniem fundamentalnych zasad art. 7 ustawy Pzp. Pomimo uznania wezwania za bezzasadne Odwołujący uzupełnił wymagane wezwaniem środki dowodowe w oznaczonym dniu, jednakże z przyczyn niezależnych (zdarzenie komunikacyjne, które spowodowało unieruchomienie samochodu) z opóźnieniem 4 godzinnym. Istotna jest, zdaniem Odwołującego, okoliczność, że Konsorcjant wiozł

dokumenty w oryginale ze Szczecinka, oddalonym od siedziby Zamawiającego o ok. 94 km. Przejechanie tej trasy zajmuje prawie 1,5 godziny (przy czym nie ma możliwości skorzystania z transportu publicznego). Samochód, którym podróżował członek Konsorcjum p. D. S. w wyniku zdarzenia komunikacyjnego musiał zostać zmieniony w trakcie podróży, co spowodowało opóźnienie niezależne od wykonawcy. Odwołujący zaznaczył, że Konsorcjant próbował zawiadomić Zamawiającego o opóźnieniu, jednakże nie udało mu się skutecznie zadzwonić do Nadleśnictwa. Istotnym jest jednakże, jak podkreślił Odwołujący, że wszystkie wymagane dokumenty zostały złożone. Odwołujący zauważył, że sytuacja była następstwem okoliczności, na które obiektywnie rzecz ujmując, przy dochowaniu należytej staranności, wykonawca nie miał i nie mógł mieć wpływu (zdarzeniem takim jest niewątpliwie zdarzenie komunikacyjne).

Odwołujący zwrócił uwagę, że w złożonych na wezwanie Zamawiającego dokumentach zawarto ponownie oświadczenie wykonawcy o należywym wykonaniu zamówienia wraz z dodatkowym oświadczeniem złożonych przez członka konsorcjum - firmę „Drewmix” R. B. oraz z oświadczeniem Leśniczego C. Ł. (pracownika Nadleśnictwa Rytel) o wykonaniu w ramach usługi pozyskania i zrywki na powierzchniach pokłeskowych o wielkości 600m³ w dniach 1-8 grudnia 2017 r. (czyli przed wyznaczonym terminem składania ofert). Jednocześnie Leśniczy potwierdził, że prace zostały odebrane, a jedynie ich wprowadzenie do SILPu lasów Państwowych nastąpiło w terminie późniejszym. Odwołujący zaznaczył, że sam Zamawiający potwierdza, jaką faktycznie wielkość usługi wykonawca wykonał, tym samym wszelkie wątpliwości w zakresie złożonych środków dowodowych oraz oświadczenia Konsorcjum firm LAS rozwiął sam podmiot Zamawiający – podmiot, na rzecz którego usługi były wykonane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane. Tym samym, w przekonaniu Odwołującego, Odwołujący wywiódł, że posiada wymaganą wiedzę i doświadczenie.

Odwołujący dodatkowo stwierdził, że czynność wniesienia wymaganych dodatkowych środków dowodowych z opóźnieniem bezwzględnie nie może wpływać na ocenę tych dokumentów i oświadczeń, które już wcześniej zostały złożone. W judykaturze podkreśla się, jak zauważył Odwołujący, że po upływie terminu na złożenie uzupełnień Zamawiający musi wziąć pod uwagę oświadczenia pierwotnie zawarte w ofercie (*sensu largo*) oraz dokumenty złożone w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp wraz z tłumaczeniami, polemikami oraz uzupełnieniami wykonawcy. Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 sierpnia 2016 r., sygn. akt KIO 2203/17.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy ŻUBR Zakład Usług Leśnych Trzcińscy

spółka jawna w pakiecie nr XII,

- powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- uznania oferty Odwołującego za ważną,
- dokonania wyboru oferty Odwołującego w oparciu o art. 91 ust. 1 ustawy Pzp,
- obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, treść oferty złożonej przez Odwołującego, dokumenty przekazane przez Odwołującego Zamawiającemu wraz z pismem z dnia 15 stycznia 2018 r., pismo Zamawiającego z dnia 25 stycznia 2018 r., odpowiedź Odwołującego z dnia 29 stycznia 2018 r., informację o wykluczeniu Odwołującego z postępowania i odrzuceniu złożonej przez Odwołującego oferty z dnia 14 lutego 2018 r., jak również stanowiska stron postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając go tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Rozpoznając odwołanie w granicach podniesionych zarzutów Izba uznała, że podlega ono uwzględnieniu.

Przedmiotem sporu jest skuteczność wykazania przez Odwołującego spełniania warunku udziału w postępowaniu opisanego przez Zamawiającego w pkt 6.2. ppkt. 3.1. II. b) SIWZ oraz prawidłowość oceny przez Zamawiającego dokumentów złożonych przez Odwołującego na potwierdzenie spełniania tego warunku.

Izba ustaliła, że na wezwanie Zamawiającego wykonane w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp Odwołujący złożył pismo z dnia 15 stycznia 2018 r., w którym oświadczył, że „Konsorcjum, jako spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącym pakietu XII, o którym mowa w pkt. 7.1.b) SIWZ, wskazuje fakt wykonania przez członka Konsorcjum R.B.

usług w Nadleśnictwie Rytel w okresie od sierpnia 2017 do końca 2017 roku o łącznej wartości 891 334,60 zł brutto będąc podwykonawcą firmy OLCHA K. Ł.. Na okoliczność iż odmówiono wystawienia referencji dla firmy R. B. Drewmix przez Firmę OLCHA K. Ł. przedstawiamy stosowne dokumenty dowodzące fakt spełniania warunku. Wykonawca oświadcza iż na dzień składania ofert przerób firmy Drewmix R. B. prac z zakresu pozyskania i zrywki drewna na terenach pokłeskowych wynosił ponad 500 000 zł brutto w jednej umowie.”.

Do ww. oświadczenia Odwołujący dołączył m.in. faktury wraz z potwierdzeniami zapłaty.

Izba ustaliła również, że w piśmie z dnia 25 stycznia 2018 r. Zamawiający stwierdził, że Odwołujący nie wykazał się wykonaniem usługi pozyskania i zrywki drewna na powierzchniach pokłeskowych o wartości 500 000 zł. Zamawiający poinformował Odwołującego, że nie może uznać usług wykonanych przez firmę Drewmix, gdyż suma brutto z faktur wystawionych przed upływem terminu składania ofert (a na tę datę wykonawca powinien wykazać się spełnieniem warunku) wynosi 499 531,44 zł. Na skutek powyższego, Zamawiający wezwał Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów.

W odpowiedzi na ww. wezwanie Odwołujący w piśmie z dnia 29 stycznia 2018 r. oświadczył, że wyłączną przyczyną zaniechania okazania referencji obejmujących całość wykonanych do dnia składania ofert prac na terenach pokłeskowych o wartości przenoszącej kwotę 500 000 zł brutto jest odmowa sporządzenia takiego dokumentu przez zleceniodawcę panią K. Ł., motywowana ubieganiem się przez panią Ł. o przedmiotowe zamówienie publiczne. Odwołujący złożył również osobne oświadczenie w tym przedmiocie. Do pisma z dnia 29 stycznia 2018 r. Odwołujący dołączył także oświadczenie Leśniczego Leśnictwa Lutom pana C. Ł. z dnia 12 stycznia 2018 r., w którym pan Łapiński oświadcza, że „Firma Usługowo Handlowa DREWMIX R. B. będąca podwykonawcą Firmy OLCHA K. Ł. wykonała pozyskanie i zrywkę drewna w dniach 1-8 grudnia w ilości ponad 600 m³. Drewno było odebrane bez uwag jakościowych ale wprowadzone do SILPu Lasów Państwowych w późniejszym terminie.”.

Pismem z dnia 14 lutego 2018 r. Zamawiający zawiadomił Odwołującego o wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp z uwagi na nie udzielenie w wyznaczonym terminie odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zamawiający podał, że wyznaczył termin uzupełnienia dokumentów na dzień 29 stycznia 2018 r. godz. 9.00, zaś Odwołujący przedłożył dokumenty, ale po wyznaczonej przez Zamawiającego godzinie. Zamawiający wskazał, że złożenie dokumentów po terminie wyznaczonym przez Zamawiającego jest traktowane, zgodnie

z orzecnictwem krajowej Izby Odwoławczej, jako niezłożenie dokumentów w świetle art. 46 ustawy Pzp, gdyż Zamawiający może dokonywać jedynie badania i oceny dokumentów złożonych przez wykonawcę w terminie i godzinie wyznaczonej w wezwaniu.

Izba stwierdziła, że stanowisko Zamawiającego przedstawione w pismach z dnia 25 stycznia 2018 r. oraz 14 lutego 2018 r. wskazuje, że Zamawiający nie podał w wątpliwość faktu realizacji usług przez firmę „Drewmix” R. B.. Zamawiający nie zakwestionował też złożonych przez Odwołującego faktur oraz dowodów ich zapłaty, za wyjątkiem faktury z dnia 29 grudnia 2017 r., jako że została ona wystawiona po dniu składania ofert. Zamawiający nie zakwestionował także braku możliwości złożenia przez Odwołującego referencji wydanych przez firmę OLCHA K. Ł.. Powyższe kwestie nie budziły wątpliwości Zamawiającego, a zatem nie stanowią przedmiotu sporu. Spór dotyczy zatem skuteczności wykazania przez Odwołującego, iż do dnia składania ofert, tj. 12 grudnia 2017 r. (zgodnie z pkt 10 Protokołu postępowania) wykonał usługę pozyskania i zrywki drewna na powierzchniach pokłeskowych o wartości 500 000 zł, przy czym Zamawiający za skuteczne uznał wykazanie realizacji takich usług na kwotę 499 531,44 zł. Wątpliwości Zamawiającego dotyczyły zatem usług o wartości 468,56 zł, które miały zostać uwzględnione w złożonej przez Odwołującego fakturze wystawionej w dniu 29 grudnia 2017 r., tj. po terminie składania ofert.

Rozstrzygając spór Izba miała na uwadze dyspozycję § 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z którą dowodami określającymi czy usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane lub, w przypadku świadczeń okresowych i ciągłych, są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy. W przedmiotowej sprawie Odwołujący już w odpowiedzi na wezwanie do przekazania dokumentów na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp w piśmie z dnia 15 stycznia 2018 r. wskazał, że firma OLCHA K. Ł. odmówiła Odwołującemu wystawienia referencji. W celu udowodnienia, że Odwołujący realizował określone usługi na rzecz tego podmiotu Odwołujący złożył Zamawiającemu faktury wraz z dowodami ich zapłaty.

Izba wzięła pod uwagę okoliczność, iż Zamawiający nie kwestionował faktu odmowy wydania Odwołującemu przez firmę OLCHA K. Ł. referencji. Izba zważyła także, że dodatkowe informacje w tym zakresie Zamawiający mógłby pozyskać w drodze wyjaśnień udzielonych przez Odwołującego na wezwanie w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Wobec

uznania przez Zamawiającego braku możliwości złożenia przez Odwołującego referencji dotyczących wykazywanych usług, Zamawiający, zgodnie z § 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, powinien był oprzeć ocenę spełnienia warunku na złożonym przez Odwołującego w dniu 15 stycznia 2018 r. oświadczeniu. Jak wskazano powyżej, w oświadczeniu tym Odwołujący potwierdził realizację przez firmę „Drewmix” R. B. prac z zakresu pozyskania i zrywki drewna na terenach pokłeskowych na dzień składania ofert na kwotę ponad 500 000 zł brutto w jednej umowie. Dodatkowo, na poparcie złożonego oświadczenia, Odwołujący przedłożył faktury, w których wskazano jako nabywcę firmę OLCHA K. Ł., a także m.in. adresy leśne, rodzaj usług, ilości, wartość usług. Odwołujący złożył też dowody opłacenia ww. faktur w pełnych kwotach.

Mając na uwadze stanowisko Zamawiającego, jak też dokumenty przekazane przez Odwołującego w dniu 15 stycznia 2018 r., Izba stwierdziła, że Odwołujący skutecznie wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia. W tych okolicznościach, bez znaczenia dla uznania braku podstaw do wykluczenia Odwołującego pozostaje fakt spóźnienia Odwołującego w przekazaniu dokumentów na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Izba przychyliła się przy tym do poglądu wyrażanego w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, iż nawet w sytuacji braku odpowiedzi wykonawcy na wezwanie do uzupełnienia dokumentów, czy, jak to miało miejsce w przedmiotowej sprawie, w sytuacji spóźnienia w ich przekazaniu, zamawiający zobowiązany jest do oceny spełnienia przez tego wykonawcę warunków, nie zaś do automatycznego wykluczenia wykonawcy.

Rozpoznając zarzuty przedstawione w odwołaniu Izba nie wzięła pod uwagę dokumentów przekazanych przez Odwołującego w dniu 29 stycznia 2018 r., jako że zostały one przekazane po terminie wyznaczonym przez Zamawiającego. Izba pominęła również złożone przez Odwołującego oraz Zamawiającego oświadczenia pana C. Ł. z dnia 12 stycznia 2018 r. oraz 28 lutego 2018 r., jako że były one ze sobą sprzeczne, a wyjaśnienie owej sprzeczności, z uwagi na motywy przedstawione powyżej, nie było konieczne dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy. Izba przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy nie wzięła pod rozwagę argumentacji zawartej w odpowiedzi na odwołanie, iż Zamawiający nie posiadał wiedzy o wykonywaniu prac przez firmę „Drewmix” R. B. jako podwykonawcy firmy OLCHA K. Ł.. Zamawiający okoliczności tej nie podnosił ani w wezwaniu Odwołującego do uzupełnienia dokumentów z dnia 25 stycznia 2018 r., ani też w piśmie informującym o wykluczeniu Odwołującego z postępowania z dnia 14 lutego 2018 r. Dodatkowo, Odwołujący nie może ponosić

konsekwencji uchybień wykonawcy, na rzecz którego realizował usługę.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba stwierdziła, że potwierdziły się zarzuty naruszenia przez Zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp.

Z uwagi na powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący :