

WYROK
z dnia 9 maja 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 maja 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 kwietnia 2019 r. przez **Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: G. O. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „Zakład Usług Leśnych” G. O.**, Jaškowo 64A, 12-200 Pisz (Lider Konsorcjum), **B. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „Usługi Leśne” B. S.**, Wiartel 27/2, 12-200 Pisz, **R. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych „SAM-LAS” R. S.**, Wiartel 27/2, 12-200 Pisz, **E. Z. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych „ALFA”**, ul. Jeziorna 19, 12-200 Pisz, **„Woodmex” s.c. Z. J., M. F.**, Wejsuny 78b, 12-200 Ruciane Nida, **Zakład Usług Leśnych „RAFIL” Spółka jawna R. P., S. P.**, ul. Orzyska 1, 12-200 Pisz, **„BUD-LAS” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, Wiartel 3, 12-200 Pisz, **S. N. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych „NAREL” S. N.**, Wejsuny 108, 12-200 Ruciane Nida, **D. C. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych DAN-WOOD D. C.**, Babrosty 7A, 12-200 Pisz, **Z. Z., I. Z. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych Z. Z. I. Z.**, ul. Plac Wolności 1, 11-730 Mikołajki, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Skarb Państwa, Państwowe Gospodarstwo Leśne, Lasy Państwowe, Nadleśnictwo Maskulińskie**, ul. Rybacka 1, 12-200 Ruciane-Nida.

orzeka:

- 1 Oddala odwołanie.**
- 2 Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2 zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3.600 zł 00 gr. (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 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 Olsztynie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego Państwowe Gospodarstwo Leśne, Lasy Państwowe, Nadleśnictwo Maskulińskie, na *wykonanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Maskulińskie w roku 2019* (nr postępowania: SA.270.3.2019), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 17.01.2019 r., 2019/S 012-024176, wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dla pakietu nr 3 (Konsorcjum w składzie: Green Forest Sp. z o.o., T. B. PPUH „BARTEK”) Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie – G. O. („Zakład Usług Leśnych” G. O.) - Lider Konsorcjum, B. S. („Usługi Leśne” B. S.), R. S. (Zakład Usług Leśnych „SAM-LAS” R. S.), E. Z. (Zakład Usług Leśnych „ALFA”), „Woodmex” s.c. Z. J., M. F., Zakład Usług Leśnych „RAFIL” Spółka jawna R. P., S. P., „BUD-LAS” Sp. z o.o., S. N. (Zakład Usług Leśnych „NAREL” S. N.), D. C. (Zakład Usług Leśnych DAN-WOOD D. C.), Z. Z., I. Z. (Zakład Usług Leśnych Z. Z. I. Z.) (dalej jako Odwołujący), wnieśli w dniu 18 kwietnia 2019 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 715/19).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum 1 (Green Forest Sp. z o.o., T. B. PPUH „BARTEK”) oraz zaniechanie uznania oferty tego Wykonawcy za odrzuconą, w sytuacji gdy z oświadczeń złożonych w dokumentach JEDZ dla Pakietu nr 1 i 3 jednoznacznie wynikało, że nie wykazał on spełnienia warunków uczestnictwa w postępowaniu ponieważ dla obu Pakietów wskazał ten sam zakres doświadczenia (referencje), co było sprzeczne z wymogami zawartymi w pkt 6.5 siwz;
- 2) art. 7 ust. 1 Pzp poprzez niewłaściwe zastosowanie art. 26 ust. 3 Pzp polegające na wezwaniu Konsorcjum 1 po zakończeniu postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia na Pakiet nr 1 (tj. po zawarciu umowy na świadczenie usług z Odwołującym, którego ofertę Zamawiający wybrał w Pakiecie nr 1) do złożenia dokumentu JEDZ dla Pakietu nr 1. Pozwoliło to na zmianę przez Konsorcjum 1 doświadczenia wykazanego w postępowaniu dla tego Pakietu na inne niż pierwotnie wskazane. Miało to ten skutek, że Konsorcjum 1 uniknęło zarzutu posłużenia się tym samym doświadczeniem w Pakiecie nr 1 i 3;
- 3) art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum 1 pomimo wystąpienia przesłanek przemawiających za uznaniem, że działania Konsorcjum 1 noszą znamiona co najmniej wprowadzenia Zamawiającego w błąd, co do istotnych okoliczności i właściwości Konsorcjum 1 jako uczestnika postępowania oraz poprzez nieprawidłowe zastosowanie art. 26 ust. 3 Pzp w celu usunięcia wady oświadczeń i

dokumentów uznanych za złożone w okolicznościach wskazanych w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum 1 jako najkorzystniejszej dla Pakietu nr 3, dokonania ponownego badania i oceny ofert złożonych dla Pakietu nr 3.

Uzasadnienie faktyczne i prawne.

Odwołujący i Konsorcjum 1 złożyli oferty na Pakiety nr 1 i 3. Zamawiający w dniu 21.03.2019 r. dokonał wyboru oferty Odwołującego dla Pakietu nr 1, a o wyborze oferty Konsorcjum 1 dla Pakietu nr 3 poinformował w dniu 8.04.2019 r.

Dla każdego z Pakietów Zamawiający określił warunki, w tym dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej (pkt 6.2 siwz), w ramach której wymagał posiadania doświadczenia z okresu ostatnich 3 lata przed upływem terminu składania ofert w realizacji co najmniej jednej usługi (rozumianej jako wykonanie prac na podstawie 1 umowy) polegającej na wykonywaniu prac z zakresu zagospodarowania lasu, zrywki i pozyskania drewna na kwotę: dla Pakietu nr 1 - nie mniejszą niż 2 000 000,00 zł brutto, a dla Pakietu nr 3 – nie mniejszą niż 3 000 000,00 zł brutto.

Konsorcjum 1 wykazało się doświadczeniem współkonsorcjanta PPHU „BARTER” T. B., jakie wynika z usługi realizowanej na rzecz Nadleśnictwa Drewnica w ramach jednej umowy, wykazane w formularzach JEDZ wspólnie dla obu Pakietów. Powyższe miało ten skutek, że Wykonawca nie wykazał, iż spełnia warunek udziału w postępowaniu wstępnym oświadczeniem złożonym w JEDZ. W takiej sytuacji Konsorcjum 1 powinno zostać wykluczone z postępowania zarówno w części dotyczącej Pakietu nr 1 jak i Pakietu nr 3 ponieważ w żadnej z nich nie wykazało spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Nie można w sytuacji, gdy zapisy siwz były jednoznaczne uznać, iż Wykonawca popełnił błąd lub że JEDZ stanowiący złącznik do oferty jest nieścisły. Jednocześnie od momentu upływu terminu do składania ofert Wykonawca nie miał możliwości zmiany oświadczenia złożonego w JEDZ, co prowadziłoby do istotnej zmiany samej oferty, jak również stanowiłoby rażące naruszenie zasady równości wszystkich uczestników postępowania. W zaistniałej sytuacji wykluczenie Konsorcjum 1 w obu Pakietach otwierałoby drogę dla Odwołującego do uzyskania zamówienia.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 3 Pzp Odwołujący wskazał na chronologię zdarzeń, jakie miały miejsce w postępowaniu. Po otwarciu ofert (25.02.2019 r.) Odwołujący dwukrotnie, tj. w dniu 26 i 28 lutego 2019 r. zwracał Zamawiającemu uwagę na wątpliwości dotyczące wykazania wymaganego doświadczenia

dla Pakietów nr 1 i 3 – jakie miało dotyczyć usługi o określonej wartości zrealizowanej w ramach jednej umowy z uwagi na posłużenie się tym samym doświadczeniem współkonsorcjanta w obu Pakietach. Zamawiający w dniu 25.03.2019 r. wystąpił do Nadleśnictwa Drewnica o udzielenie informacji dotyczących usługi, w szczególności o potwierdzenie, czy konsorcjant świadczył usługi w latach 2016-2018 i które z nich były realizowane na podstawie jednej umowy. Nadleśnictwo Drewnica pismem z dnia 25.03.2019 r. odpowiedziało, że usługi były wykonywane z dwóch umów – jedna na kwotę 4.010.782,50 zł i druga na kwotę 1.738.648,75 zł. Następnie Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp wezwał Konsorcjum 1 do złożenia wyjaśnień, czy konsorcjant zrealizował lub realizuje co najmniej 1 umowę na usługi leśne o wartości minimum 3 mln zł. brutto pod rygorem wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp. Po wpłynięciu odpowiedzi (pismo z 29.03.2019 r.) Zamawiający wezwał w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy Konsorcjum 1 do złożenia oświadczenia JEDZ dla Pakietu nr 1, które potwierdzałyby wstępnie, iż Wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu opisany w pkt 6.2. ust. 3 lit. a ppkt I dla Pakietu nr 1 oraz warunek, o którym mowa w pkt 6.5 siwz. Niezłożenie dokumentu JEDZ dla Pakietu nr 1 zostało obarczone skutkiem w postaci wykluczenia Wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp. Konsorcjum 1 przedłożyło w dniu 4.04.2019 r. nowy dokument JEDZ dla Pakietu nr 1, w którym wskazało inne doświadczenie dotyczące usługi wykonywanej na rzecz Nadleśnictwa Pisz, które było niewystarczające z pkt widzenia siwz zarówno pod względem czasu jak i wartości świadczenia. Ponadto obrót nie wynikał z jednej umowy.

W ocenie Odwołującego działania Zamawiającego były niedopuszczalne, gdyż dotyczyły zakończonej części postępowania. W dniu 2.04.2019 r. Zamawiający zawarł z Odwołującym umowę na wykonanie usług objętych Pakietem nr 1.

Powyższe doprowadziło do pogorszenia sytuacji Odwołującego w toczącym się postępowaniu na Pakiet nr 3 i uprzywilejowało Konsorcjum nr 1 w ten sposób, że doświadczenie wskazane dla Pakietu nr 3 nie było już identyczne z doświadczeniem dla Pakietu nr 1. Tym samym uniknęło ono ryzyka wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 na Pakiet nr 3.

Odwołujący powołał się na wyrok TSUE w sprawie C-387/14 Esaprojekt Sp. z o.o. przeciwko Województwu Łódzkiemu, w którym Trybunał odnosił się do szeregu pytań zmierzających do ustalenia, w jakich okolicznościach oferenci mogą dokonywać zmian w swoim wykazie zamówień, przy których realizacji zdobyli doświadczenie oraz powoływać się na doświadczenie innych podmiotów. Zgodnie z orzeczeniem krytycznym momentem, po którym zmiany dokumentów podlegają znaczącym ograniczeniom jest dzień kończący okres składania ofert w postępowaniu. W przedmiotowej sprawie Zamawiający swoim nieuprawnionym działaniem przesunął jednemu uczestnikowi możliwość istotnej modyfikacji

dokumentów, wykraczającą poza czynności dotyczące danej części postępowania, co oddziaływało na wynik w innej części zamówienia.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 16 i 17 Pzp Odwołujący uzasadniał nieuprawnionym działaniem Zamawiającego, który wbrew zapisom siwz, dopuścił możliwość oceny tego samego doświadczenia w odniesieniu do obu Pakietów (nr 1 i 3). Zamawiający nie mógł zastosować art. 26 ust. 3 Pzp w celu poprawienia lub usunięcia wad oświadczeń i dokumentów złożonych przez Konsorcjum 1. Zgodnie bowiem z ugruntowanym orzecznictwem KIO dokumenty uczestnika postępowania, którego działanie wyczerpuje znamiona art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17, nie mogą zostać uzupełnione. Zamawiający w warunkach niniejszego postępowania nie powinien wzywać Konsorcjum 1 do zmiany JEDZ złożonego dla Pakietu nr 1, lecz powinien wykluczyć Konsorcjum 1 z udziału w postępowaniu na Pakiet nr 3 – w zależności od powyższych ustaleń na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17.

Zamawiający w dniu 6.05.2019 r. wniósł mailem odpowiedź na odwołanie wskazując na okoliczności, które miały czynić je bezzasadnym. Zamawiający uznał, iż w świetle ustalonej procedury oceny, tj. „procedury odwróconej”, o której mowa w art. 24aa Ustawy, oświadczenia składane wraz z ofertą podlegają ocenie dopiero po zakończeniu oceny ofert i tylko w odniesieniu do wykonawcy, którego oferta została oceniona najwyżej. Z uwagi na tą procedurę Zamawiający nie przeprowadził oceny oferty Konsorcjum 1 w zakresie Pakietu nr 1 i nr 2, gdzie najkorzystniejszą ofertę złożył Odwołujący. Natomiast w Pakiecie nr 3, gdzie oferta Konsorcjum 1 była najkorzystniejsza Zamawiający miał prawo wezwać Wykonawcę do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów i na tej podstawie stwierdzić, że spełnia ono warunki udziału w postępowaniu.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 z późn. zm.), w brzmieniu po nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020), zwanej dalej „Ustawą”.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do weryfikacji spełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 Ustawy, tj. istnienia po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku kwestionowanej czynności Zamawiającego. Odwołaniem Wykonawca zmierza do wzruszenia wyniku postępowania dla pakietu nr 3, w którym również złożył ofertę.

Uwzględnienie zarzutów dotyczących czynności wyboru oferty złożonej przez Konsorcjum 1, zgodnie z żądaniami Odwołującego, doprowadzić miałyby do wykluczenia z postępowania tego Wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę. Powyższe wskazuje, iż wniesienie odwołania stanowiło jedyną drogę do wzruszenia niekorzystnej dla Odwołującego czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej na pakiet nr 3 w tym postępowaniu, co wypełnia przesłanki określone w Ustawie.

Izba ustaliła i zważyła.

Na podstawie dowodów z dokumentacji postępowania, w tym treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz), oferty Konsorcjum 1, Izba dokonała poniższych ustaleń faktycznych stanowiących podstawę do wydania rozstrzygnięcia w przedmiocie podniesionych zarzutów.

Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego stosując procedurę przewidzianą w art. 24 aa Ustawy – tzw. procedurę odwróconą, w której najpierw dokonuje się oceny ofert, a następnie bada się, czy wykonawca którego oferta zostanie oceniona, jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu (pkt 2 siwz). Powyższe oznaczało, że w poszczególnych pakietach Zamawiający ograniczył ocenę spełnienia warunków udziału w postępowaniu wyłącznie do tych wykonawców, których oferty ocenił najwyżej. W pakiecie nr 1 Zamawiający nie oceniał zatem doświadczenia Konsorcjum 1, gdyż najwyżej ocenioną była oferta Odwołującego. Taką ocenę przeprowadził natomiast w pakiecie nr 3, gdzie oferta Konsorcjum 1 uzyskała najwyższą ocenę punktową.

Przedmiot zamówienia podzielony została na trzy pakiety, a oferty można było składać na jeden lub większą liczbę pakietów (pkt 3.1 ppkt 7 siwz).

Zgodnie z pkt 6.2 ppkt 3 lit a) siwz Zamawiający wymagał, w celu potwierdzenia zdolności technicznych lub zawodowych wykonawcy, posiadania doświadczenia zdobytego w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie), opisanego odrębnie dla każdego z pakietów, tj.:

- dla pakietu nr 1 – *zrealizował lub realizuje (przy czym w tym przypadku będzie liczona wartość zrealizowanej części przedmiotu umowy) co najmniej jedną usługę (przez usługę rozumie się wykonywanie prac na podstawie 1 umowy) polegającą na wykonywaniu prac z zakresu zagospodarowania lasu, zrywki i pozyskania drewna, na kwotę nie mniejszą niż 2 000 000,00 zł brutto;*

- dla pakietu nr 2 – *zrealizował lub realizuje (przy czym w tym przypadku będzie liczona wartość zrealizowanej części przedmiotu umowy) co najmniej jedną usługę (przez usługę*

rozumie się wykonywanie prac na podstawie 1 umowy) polegającą na wykonywaniu prac z zakresu zagospodarowania lasu, zrywki i pozyskania drewna, na kwotę nie mniejszą niż 2 000 000,00 zł brutto;

- dla pakietu nr 3 - zrealizował lub realizuje (przy czym w tym przypadku będzie liczona wartość zrealizowanej części przedmiotu umowy) co najmniej jedną usługę (przez usługę rozumie się wykonywanie prac na podstawie 1 umowy) polegającą na wykonywaniu prac z zakresu zagospodarowania lasu, zrywki i pozyskania drewna, na kwotę nie mniejszą niż 3 000 000,00 zł brutto;

Zgodnie z pkt 6.5 siwz Jeżeli Wykonawca ubiega się o udzielenie zamówienia na kilka Pakietów to nie może celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu wskazać tego samego doświadczenia, tych samych osób przewidzianych do realizacji zamówienia, ani tego samego potencjału finansowego w więcej niż jednym Pakiecie.

Zgodnie z pkt 6.6 siwz Na podstawie art. 22d ust. 2 Pzp Zamawiający może, na każdym etapie postępowania uznać, że wykonawca nie posiada wymaganych zdolności, jeżeli zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze wykonawcy może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia.

W celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu wykonawcy składali wraz z ofertą aktualne oświadczenie stanowiące wstępne potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw do wykluczenia, zawarte w formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (JEDZ) – pkt 7.1 lit. a) siwz. Zamawiający wymagał podania w JEDZ, w zakresie dotyczącym doświadczenia, informacji na temat usług wykonanych lub wykonywanych (...), wskazujących na podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane, terminu wykonywania usługi (dat dziennych rozpoczęcia i zakończenia realizacji), rodzaju oraz wartości (brutto) wykonywanych usług. Ponadto, Zamawiający wymagał złożenia wykazu usług, sporządzonego zgodnie z załącznikiem nr 10 do siwz, a także dowodów potwierdzających, że usługi zostały wykonane należycie – pkt 7.1 lit. b) i c) siwz. Dokumenty wskazane w pkt 7.1 lit. b – n siwz składane miały być w terminie określonym przez Zamawiającego w wezwaniu wystosowanym do wykonawcy po otwarciu ofert w trybie art. 26 ust. 1 Pzp.

Oferty należało składać do 25.02.2019 r. do godziny 11:00.

W postępowaniu oferty złożyło dwóch wykonawców, tj. Odwołujący (na pakiet nr 1, 2, 3) oraz Konsorcjum 1 (na pakiet nr 1 i 3). Wykonawcy byli wezwani do złożenia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 1 Ustawy, tj. Odwołujący w pakiecie nr 1 i 2, a Konsorcjum 1 w pakiecie nr 3 (dowód – protokół postępowania). Zamawiający wybrał ofertę Odwołującego,

jako najkorzystniejszą w pakietach nr 1 i 2 (zawiadomienie z dnia 21.03.2019 r.). W pakiecie nr 3 Zamawiający wybrał ofertę Konsorcjum 1 (zawiadomienie z 8.04.2019 r.).

Konsorcjum nr 1 w formularzach JEDZ, złożonych odrębnie dla pakietu nr 1 i 3 w części IV lit. c) przez współkonsorcjanta PPUH „BateR” T. B., wskazało doświadczenie opisane w ten sam sposób dla pakietu nr 1 i 3, dotyczące usług leśnych z zakresu pozyskania i zrywki drewna, zagospodarowania, ochrony i hodowli lasu, zrealizowanych na rzecz Nadleśnictwa Drewnica. Usługi te zostały opisane ze wskazaniem kwot oraz dat: 1.975.937,72 zł (02.01.2016-31.12.2016); 2.034.844,78 zł (01.01.2017-31.12.2017); 1.738.648,75 zł (24.01.2018-31.12.2018). Zsumowana wartość usługi została wskazana kwotą 5.749.431,25 zł.

12.03.2019 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum 1 do złożenia dokumentów, o których mowa w pkt 7.1 lit b – n siwz, w celu wykazania, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu opisane dla pakietu nr 3 oraz nie zachodzą podstawy do wykluczenia z postępowania.

W dniu 20.03.2019 r. Konsorcjum 1 przedłożyło Zamawiającemu dokumenty, w tym wykaz usług oraz referencję z dnia 14.02.2019 r. wystawioną przez Nadleśnictwo Drewnica. W wykazie usług wskazane zostały trzy pozycje dotyczące usług świadczonych na rzecz Nadleśnictwa Drewnica w roku 2016, 2017 i 2018 (analogicznie jak w JEDZ). Załączona referencja potwierdzała wartość brutto zrealizowanych w latach 2016-2018 r. usług wskazaną w wykazie usług oraz formularzu JEDZ, tj. 1.975.937,72 zł, 2.034.844,78 zł, 1.738.648,75 zł (łącznie wartość usług 5.749.431,25 zł.)

Zamawiający dodatkowo wystąpił do Nadleśnictwa Drewnica pismem z dnia 25.03.2019 r. o wyjaśnienie wystawionych referencji i wskazanie, które z wykazanych usług leśnych zrealizowanych przez PPUH „Bater” T. B. w latach 2016-2018 wykonane zostały w ramach jednej umowy.

W odpowiedzi z dnia 25.03.2019 r. Nadleśnictwo Drewnica wskazało, iż usługa realizowana była w ramach dwóch umów: nr 271/1/2016 o wartości 4.010.782,50 zł. oraz nr 270/3/2018 o wartości 1.738.648,75 zł.

Jednocześnie Zamawiający w dniu 29.03.2019 r. otrzymał odpowiedź Konsorcjum 1 na pismo z dnia 26.03.2019 r. (wezwanie do wyjaśnień), w którym wskazało, iż usługi zrealizowane na rzecz Nadleśnictwa Drewnica objęte były dwoma umowami: nr 271/1/2016 w okresie od 02.01.2016 do 31.12.2017 (o wartości 4.010.782,50 zł.) oraz nr 270/3/2018, realizowanej od dnia 24.01.2018 r. do 31.12.2019 r. Wartość usługi zrealizowanej w okresie od 24.01.2018 r. do 31.12.2018 r. wyniosła 1.738.648,75 zł.

W dniu 3.04.2019 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum 1 na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy do złożenia oświadczenia JEDZ dla części zamówienia objętej pakietem nr 1, w którym

zakończył czynności związane z oceną i wyborem oferty najkorzystniejszej (w dniu 2.04.2019 r. została podpisana umowa z Odwołującym). Zamawiający uzasadniał konieczność złożenia nowego oświadczenia w JEDZ, dotyczącego spełnienia warunku udziału w postępowaniu (doświadczenia) tym, że Wykonawca dla obu pakietów wskazał to samo doświadczenie, co miało naruszać wymóg z pkt 6.5 siwz. Zamawiający wskazał, iż brak złożenia oświadczenia stanowić będzie podstawę do wykluczenia Wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Ustawy.

W odpowiedzi z 4.04.2019 r. Konsorcjum 1 przedłożyło nowy formularz JEDZ dla pakietu nr 1, w którym w części IV lit. C wskazane zostało inne doświadczenie współkonsorcjanta PPUH „BateR” T. B. z okresu 2016-2018, dotyczące usług realizowanych na rzecz Nadleśnictwa Pisz. Usługi te zostały rozpisane w trzech pozycjach, każda przypisana dla okresu danego roku o wartościach: 1.001.115,17 zł, 998.065,32 zł, 720.752,85 zł (łącznie 2.719.933,34 zł). Wraz z oświadczeniem przedłożona została referencja z dnia 7.11.2018 r. Przedłożone dokumenty nie były przedmiotem oceny pod kątem spełnienia warunku udziału w postępowaniu dla pakietu nr 3.

W oparciu o poczynione ustalenia Izba uznała, iż odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Podniesione zarzuty naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12, 16, 17 oraz art. 26 ust. 3 Ustawy sprowadzały się do wspólnej okoliczności, która miała czynić czynność wyboru oferty Konsorcjum 1 w pakiecie nr 3 nieprawidłową. Było nią wskazanie w oświadczeniach wstępnych w JEDZ tego samego doświadczenia dla obu pakietów, co miało naruszać warunek, w którym Zamawiający zastrzegł, iż w takiej sytuacji wykonawcy nie mogli powoływać się na to samo doświadczenie. Zamawiający wezwaniem do uzupełnienia JEDZ dla pakietu nr 1 miał w sposób nieuprawniony doprowadzić do konwalidacji wprowadzających Zamawiającego w błąd oświadczeń Konsorcjum 1, co do spełniania warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący wskazywał, iż oferta Konsorcjum 1 podlegać powinna wykluczeniu w obu pakietach, które to żądanie pośrednio sformułował w odwołaniu, obok żądania unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum 1 w pakiecie nr 3.

Oddalając żądania Odwołującego Izba uznała, iż treść oświadczeń w JEDZ, chociaż w części dotyczących doświadczenia współkonsorcjanta była taka sama dla obu pakietów, to jednak nie wskazywała, aby Wykonawca wprowadzał Zamawiającego w błąd, stwarzając mylne wyobrażenie, co do stanu doświadczenia, jakie podmiot ten zdobył w ramach usług wykonywanych na rzecz Nadleśnictwa Drewnica. Nie było również podstaw do uznania, aby wskazanie na doświadczenie wynikające z umów realizowanych na rzecz Nadleśnictwa

Drewnica, mogło wprowadzać w błąd, co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Przede wszystkim należy zauważyć, iż Wykonawca w sposób zgodny ze stanem faktycznym podał informacje dotyczące wartości zrealizowanych w poszczególnych latach prac, co potwierdziły złożona później na wezwanie Zamawiającego referencja oraz wyjaśnienia samego Nadleśnictwa Drewnica. Dodatkowo treść oświadczenia wstępnego nie pozwalała nawet wstępnie jednoznacznie stwierdzić, że Wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu, gdyż prezentowane dane nie precyzowały w ramach ilu umów usługi były świadczone. Powyższe oznaczało, iż Zamawiający musiał wystąpić o wyjaśnienia i dopiero na tej podstawie mógł ocenić, czy Wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu. Nie mógł zatem takiej oceny ograniczyć wyłącznie do oświadczenia złożonego w formularzu JEDZ (niezależnie od tego w którym pakiecie taką ocenę miałyby prowadzić). Ponadto, Odwołujący formułując zarzut wprowadzenia Zamawiającego w błąd pominął okoliczność, iż faktycznie doświadczenie wskazane w JEDZ dotyczyło dwóch umów, co pozwalało wstępnie założyć, iż zrealizowane usługi mogły posłużyć wykazaniu spełnienia warunku udziału w postępowaniu w dwóch pakietach, uwzględniając fakt, iż jedna z usług jest nadal realizowana, a wartość określona w JEDZ i referencjach dotyczyła stanu wykonania tej umowy na dzień 31.12.2018 r. Nie obejmowała zatem kolejnych dwóch miesięcy, jakie upłynęły do dnia 25.02.2019 r., w którym upłynął termin składania ofert.

Ponieważ postępowanie prowadzone jest w trybie art. 24aa Ustawy, a w pakiecie nr 1 Zamawiający nie weryfikował doświadczenia Konsorcjum 1, nie można było zatem odmówić możliwości oceny jednej z usług wskazanych w ofercie na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w pakiecie nr 3. Dopiero po wezwaniu do złożenia dokumentów Konsorcjum 1 mogło odnieść się do ewentualnych wątpliwości lub uzupełnić na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy dokumenty potwierdzające, iż spełnia warunek udziału w postępowaniu. W ocenie składu orzekającego, w sytuacji gdy w postępowaniu stosowana jest procedura odwrócona (art. 24aa Ustawy), a oferta złożona została na więcej niż jedną część zamówienia, Zamawiający mógł dokonać oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu wyłącznie w części, w której oferta Konsorcjum 1 została najwyżej oceniona. W takiej sytuacji hipotetyczne następstwa oceny doświadczenia, którego Zamawiający nie zweryfikował (w pakiecie nr 1), nie mogły dyskwalifikować jego oferty w innej części zamówienia (pakiecie nr 3). Skoro Zamawiający nie oceniał doświadczenia Konsorcjum 1 opisanego dla pakietu nr 1, to również oświadczenia wstępne tego Wykonawcy nie były przedmiotem badania w ramach czynności związanych z oceną oferty Konsorcjum 1 złożoną w pakiecie nr 1. Sytuacji tej nie zmieniło wezwanie skierowane do Konsorcjum nr 1 o uzupełnienie oświadczenia JEDZ w pakiecie nr 1. Ponieważ czynność ta została podjęta już po zawarciu umowy na pakiet nr 1, co kończyło postępowanie o udzielenie zamówienia w tej

części, nie mogła ona wywołać skutków w procedurze przetargowej. Stąd Izba uznała, iż działanie Zamawiającego nie wpływało w żaden sposób na ocenę oferty złożonej przez Konsorcjum 1 na pakiet nr 3 i zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 Ustawy oddaliła.

Odnosząc się dalej do oceny doświadczenia Konsorcjum 1 w pakiecie nr 3, Zamawiający faktycznie dopiero przy tej ocenie mógł odnieść się do oświadczeń w JEDZ. Złożenie oferty na dwie części można porównać do złożenia oferty w dwóch różnych postępowaniach i przewidzianej dla tej sytuacji możliwości oceny potencjału wykonawcy na podstawie art. 22d ust. 2 Ustawy. Przepis ten wprowadza możliwość uznania na każdym etapie postępowania, że wykonawca nie posiada wymaganych zdolności, jeżeli zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze wykonawcy może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia. W orzeczeniu z 11.01.2018 r. (sygn. akt KIO 2709/19) Krajowa Izba Odwoławcza odnosiła się do celu regulacji ustawowej podkreślając między innymi, iż *stosowanie tej normy nie może opierać się na przesłankach formalnych i powodować jakiegokolwiek automatyzmu prowadzącego z jednej strony do bezrefleksyjnego uznawania warunków udziału w postępowaniu za spełnione, ale z drugiej strony – do wykluczania wykonawców w każdy przypadku ustalenia, że posłużył się on takim samym potencjałem w innym postępowaniu, bez względu na rzeczywisty wpływ takiej sytuacji na dostępność tego potencjału przy realizacji umowy. Tak jak nie można uznać, że wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu poprzez samo złożenie wymaganych dokumentów, bez względu na okoliczności, które dostępność określonego potencjału negują i bez względu na rzeczywistą możliwość korzystania z niego przy wykonywaniu zamówienia, tak nie sposób twierdzić, że wykonawca warunków nie spełnił, automatycznie wyciągając wniosek o negatywnym wpływie zaangażowania zasobów w inne zamówienie na podstawie informacji, że takie zaangażowanie na dzień składania ofert ma miejsce. Takie podejście również prowadziłoby do wypaczenia istoty regulacji ustawowej*”.

Przenosząc powyższe na okoliczności przedmiotowej sprawy, wynikające ze złożonych oświadczeń w JEDZ dla obu części zamówienia, Izba uznała, iż Zamawiający nie mógł automatycznie wykluczyć Konsorcjum 1 z postępowania w obu pakietach, na jakie złożył oferty. Nawet jeżeli doświadczenie wykazane dwoma umowami nie było wystarczające do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego dla obu pakietów, to oceniając doświadczenie Wykonawcy potrzebne do realizacji pakietu nr 3, Zamawiający powinien uwzględnić fakt, iż Wykonawca nie uzyskał zamówienia w pakiecie nr 1. Tym samym jego doświadczenie mogło być w całości zaliczone na poczet tej części zamówienia, jaką miałby szanse realizować. W procedurze odwróconej, która została przewidziana w tym postępowaniu, Zamawiający ograniczył ocenę zdolności Konsorcjum 1 wyłącznie do zamówienia objętego pakietem nr 3. Nie mógł rozszerzyć oceny podmiotowej przygotowania

zawodowego Konsorcjum 1 w celu ustalenia, czy również w pakiecie nr 1 posiada wymagane doświadczenie. Sytuacja mogłaby przedstawić się inaczej, jeżeli oferta Konsorcjum 1 zostałaby oceniona najwyżej w obu pakietach. Wówczas Zamawiający zobowiązany byłby ustalić, w której części Wykonawca nie spełniał warunku udziału w postępowaniu, wykorzystując wcześniej procedurę opisaną w art. 26 ust. 1 i 3 Ustawy. Również w takiej sytuacji nie można byłoby w sposób automatyczny wykluczyć Wykonawcy z postępowania, nawet jeżeli powołałby się on, wbrew wyraźnemu zakazowi zawartemu w siwz, na to samo doświadczenie. Taki zapis siwz miał na celu wyznaczenie zasad oceny doświadczenia koniecznego do ubiegania się o zamówienie w szerszym zakresie (obejmującym więcej niż jeden pakiet) i nie stanowił samodzielnej podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Zapis taki nie modyfikuje zasad ustawowych, które dotyczą oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, w szczególności nie wyłącza zastosowania art. 26 ust. 3 Ustawy. Gdyby nawet przyjąć, iż Wykonawca chciał złożyć ofertę na ilość części przewyższającą jego potencjał potrzebny do ubiegania się o ich udzielenie, to okoliczność ta nie została w sposób jednoznaczny ustalona. Zamawiający nie mógł bez oceny obu umów wskazanych w oświadczeniach w JEDZ ustalić, że Konsorcjum 1 spełniało warunek wyłącznie w zakresie jednego pakietu. Tym samym żądanie Odwołującego wykluczenia Konsorcjum 1 nie mogło być uwzględnione.

Podsumowując, Izba uznała, iż Zamawiający w sposób prawidłowy ocenił doświadczenie Konsorcjum 1 wymagane dla uznania, iż Wykonawca posiada wiedzę niezbędną do wykonania części zamówienia objętej pakietem nr 3. Jego dalsze doświadczenie mogłoby mieć znaczenie, gdyby wystąpiła realna możliwość udzielenia zamówienia Konsorcjum 1 również w pakiecie nr 1. Na moment wydania orzeczenia w sprawie nie budziło wątpliwości, iż Konsorcjum 1 mogło uzyskać zamówienie wyłącznie w jednej części, tj. objętej pakietem nr 3. Tym samym okoliczności dotyczące drugiej umowy realizowanej aktualnie na rzecz Nadleśnictwa Drewnica pozostawały poza przedmiotem zarzutu, który sprowadzał się faktycznie do wykazania, iż wskazanie w JEDZ tego samego doświadczenia dla obu pakietów na jakie Konsorcjum 1 złożyło oferty, powinno prowadzić do wykluczenia Wykonawcy z postępowania w pakiecie nr 3. Uwzględnienie takiego żądania oznaczałoby, iż Wykonawca podlegałby wykluczeniu niezależnie od ustalenia, czy doświadczenie jakie posiada pozwala na ubieganie się o zamówienie w obu pakietach. W okolicznościach jakie wynikały z faktu zakończenia oceny ofert złożonych na pakiet nr 1 nawet uwzględnienie żądania powtórzenia czynności oceny ofert w pakiecie nr 3 nie zmieniłoby wyniku oceny doświadczenia Konsorcjum 1, które wynikało ze zrealizowanej umowy na rzecz Nadleśnictwa Drewnica. Przyjęcie, iż samo wskazanie na to samo doświadczenie w obu

pakietach bez ich pełnej analizy, prowadziłyby do wypaczenia istoty badania zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia i nie mogło prowadzić do uwzględnienia odwołania.

W świetle powyższego Izba oddaliła odwołanie w całości na podstawie art. 192 ust. 1 Ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis wniesiony przez Odwołującego w kwocie 15.000,00 zł. oraz uzasadnione koszty Zamawiającego stwierdzone rachunkiem przedłożonym przed zamknięciem rozprawy w wysokości 3.600 zł, uwzględniające wynagrodzenie pełnomocnika.

Przewodniczący: