

WYROK
z dnia 2 lutego 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 lutego 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 stycznia 2016 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) PANLAS s.c. J. P., G. P. (pełnomocnik wykonawców), (2) ZUL KONAR s.c. L. K., S. L., S. K., (3) Spółka Cywilna „Płuca Narodu” T. A., G. S., M. G., (4) ZŁOTY DĄB s.c. A J. T. S., (5) P.U.L. JAWOR s.c. P. W., A. W., adres dla pełnomocnika: Połoski 19, 21-530 Piszczac** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa - Lasy Państwowe – Nadleśnictwo Chotyłów, ul. Piszczacka 31, 21-530 Piszczac**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) A. B., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe A. B. (pełnomocnik wykonawców), (2) M. B., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe M. B., (3) A. D., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą ZUL DRWAL A. D., adres dla pełnomocnika: ul. Olimpijczyków 4, 21-500 Biała Podlaska** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) PANLAS s.c. J. P., G. P. (pełnomocnik wykonawców), (2) ZUL KONAR s.c. L. K., S. L., S. K., (3) Spółka Cywilna „Płuca Narodu” T. A., G. S., M. G., (4) ZŁOTY DĄB s.c. A J. T. S., (5) P.U.L. JAWOR s.c. P. W., A. W., adres dla pełnomocnika: Połoski 19, 21-530 Piszczac** 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: **(1) PANLAS s.c. J. P., G. P. (pełnomocnik wykonawców), (2) ZUL KONAR s.c. L. K., S. L., S. K., (3) Spółka Cywilna „Płuca Narodu” T. A., G. S., M. G., (4) ZŁOTY DĄB s.c. A J. T. S., (5) P.U.L. JAWOR s.c. P. W., A. W., adres dla pełnomocnika: Połoski 19, 21-530 Piszczac** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) PANLAS s.c. J. P., G. P. (pełnomocnik wykonawców), (2) ZUL KONAR s.c. L. K., S. L., S. K., (3) Spółka Cywilna „Płuca Narodu” T. A., G. S., M. G., (4) ZŁOTY DĄB s.c. A J. T. S., (5) P.U.L. JAWOR s.c. P. W., A. W., adres dla pełnomocnika: Połoski 19, 21-530 Piszczac** na rzecz **Skarbu Państwa - Lasy Państwowe – Nadleśnictwo Chotyłów, ul. Piszczacka 31, 21-530 Piszczac** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Lublinie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „*wykonanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Chotyłów w latach 2016-2018*”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 28 listopada 2015 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2015/S 231-420024.

W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie w ramach części I. zamówienia wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i zaniechania wykluczenia Konsorcjum ZUL z rzeczowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 24 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy Konsorcjum ZUL do złożenia wyjaśnień dotyczących potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia mimo, iż wystąpiły sprzeczności i niejasności pomiędzy złożonym wykazem zrealizowanych usług a poświadczeniem należytego wykonania zamówienia (referencjami), co może świadczyć o złożeniu przez Konsorcjum ZUL nieprawdziwych informacji w postępowaniu, a tym samym świadczy o niespełnieniu przez Wykonawcę warunku posiadania wiedzy i doświadczenia;
- 2) art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 24 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 26 ust. 4 w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania Wykonawcy Konsorcjum ZUL do złożenia wyjaśnień dotyczących potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, po uzyskaniu od Odwołującego istotnych informacji mających wpływ na wynik postępowania, a zwartych w piśmie do Zamawiającego z dnia 4 stycznia 2016 r., w zakresie niemożliwości prawidłowości i terminowości zrealizowania zamówienia przez Konsorcjum ZUL osobami i potencjałem technicznym przedstawionym przez Wykonawcę w Wykazie Osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia (załącznik nr 7 do SIWZ) oraz w Wykazie Urzędzeń Technicznych (załącznik nr 8 do SIWZ);
- 3) art. 24 ust. 2 pkt. 3 i 4 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp przez brak wykluczenia Wykonawcy Konsorcjum ZUL z przedmiotowego postępowania pomimo, że Wykonawca złożył w postępowaniu nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania, a mianowicie:
 - a) w Wykazie Głównych Usług, stanowiącym załącznik nr 6 do SIWZ,

potwierdzającym spełnienie warunku opisanego w rozdziale 6. ust. 6.2. pkt 2 ppkt 2.1 (dla części I) SIWZ ww. Wykonawca oświadczył, że w latach 2013 - 2014 wykonał co najmniej jedną usługę (na podstawie jednej umowy), polegającą na wykonaniu prac z zakresu zagospodarowania lasu i pozyskania drewna na kwotę nie mniejszą niż 505.000,00 zł brutto, co nie jest zgodne z rzeczywistym stanem faktycznym;

- b) Wykonawca posłużył się w Wykazie Głównych Usług, stanowiącym załącznik nr 6 do SIWZ, nieprawdziwymi wartościami wykonanych usług w Nadleśnictwie Biała Podlaska w latach 2013, 2014, tj. kwotą 629.262,64 zł brutto w roku 2013, oraz kwotą 541.042,67 zł brutto w roku 2014. Każda z podanych kwot wynika z więcej niż jednej umowy, co jest niezgodne z warunkiem postawionym przez Zamawiającego w SIWZ oraz z rzeczywistym stanem faktycznym.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
2. nakazanie Zamawiającemu dokonania weryfikacji i wyjaśnienia niejasności w poświadczeniu wykonanych usług i oświadczeniu Wykonawcy, zawartym w Wykazie, stanowiącym (załącznik nr 6 do SIWZ) oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania weryfikacji i wyjaśnienia Wykazu Osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia (załącznik nr 7 do SIWZ) i Wykazu Urządzeń Technicznych dostępnych Wykonawcy (załącznik nr 8 do SIWZ);
3. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia badania i oceny ofert złożonych w ww. postępowaniu oraz dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty w części I. przedmiotowego zamówienia;
4. w razie braku wyjaśnienia wątpliwości i stwierdzenia, że dane zawarte w wykazach stanowiących załącznik nr 6, 7 i 8 do SIWZ nie są zgodne z prawdą, nakazanie Zamawiającemu wykluczenia Wykonawcy z uwagi na niepotwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu i składanie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania;
5. zasądzenie na rzecz Odwołującego od Zamawiającego zwrotu kosztów postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący podał, że we wskazanym postępowaniu w ramach części I. zamówienia zostały złożone dwie oferty - Odwołującego oraz Konsorcjum ZUL (zwany dalej „Wykonawca”, „Przystępujący”). Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą, ofertę złożoną przez Konsorcjum ZUL. Oferta Odwołującego nie została odrzucona, a jedynie uzyskała mniejszą ilość punktów.

Dalej Odwołujący podniósł, że Zamawiający w rozdziale 6. Specyfikacji Istotnych

Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”) określił, iż o udzielenia zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełnią warunek wiedzy i doświadczenia, tj. dla części I: lit. a) „zrealizował lub zrealizuje (przy czym w tym wypadku będzie liczona wartość zrealizowanej części umowy) co najmniej jedną usługę (przez usługę rozumie się wykonanie prac na podstawie jednej umowy) polegającą na wykonaniu prac z zakresu zagospodarowania lasu, pozyskania drewna i zrywki na kwotę nie mniejszą niż 505 000 zł (brutto)”. Dla oceny spełnienia tego warunku Wykonawca był zobowiązany dołączyć Wykaz wykonanych Głównych Usług, stanowiący załącznik nr 6 do SIWZ, z podaniem ich wartości, przedmiotu dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane.

W związku z tak określonym warunkiem Wykonawca - Konsorcjum ZUL dołączył do oferty Wykaz Głównych Usług (załącznik nr 6 do SIWZ), w którym oświadczył, że w latach 2013-2015 wykonał usługi polegające na wykonywaniu prac z zakresu zagospodarowania lasu, zrywki i pozyskania drewna na kwotę nie mniejszą niż 505.000,00 zł brutto. Odwołujący podał, że w tym zakresie Wykonawca polegał na wiedzy i doświadczeniu uczestnika tego Konsorcjum, tj. Zakładu Usług Leśnych DRWAL A. D. .

Zdaniem Odwołującego, w przedmiotowym dokumencie Wykonawca posłużył się jednak nieprawdziwymi wartościami brutto wykonanych usług w latach 2013-2014, tj. Wykonawca podał, że w roku 2013 wykonał wskazane wyżej prace na kwotę brutto 629.262,64 zł, zaś w roku 2014 na kwotę brutto 541.042,67 zł.

Tymczasem w *Ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia*, opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2013/S 001-000480, sekcja V.4) - Część nr 3 - Prace w leśnictwie Rudka z zakresu gospodarki leśnej wskazano, że całkowita końcowa wartość zamówienia to 473.860,43 zł netto. Natomiast, z informacji uzyskanych przez Odwołującego wynika, że Wykonawca zrealizował to zamówienie w 2013 r. (ze wszystkich faktur VAT) na łączną kwotę 503.525,46 zł brutto.

Jeśli chodzi o rok 2014 to w *Ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia*, opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2014/S 007-008519, sekcja V.4)- Część nr 11- Prace w leśnictwie Leśna Podlaska, Nadleśnictwo Biała Podlaska z zakresu gospodarki leśnej wskazano, że całkowita końcowa wartość zamówienia to 310.109,35 zł netto.

Zatem, w ocenie Odwołującego, żadna z wartości zrealizowanej usługi, przedstawionej przez Wykonawcę w Wykazie Głównych Usług, nie jest większa niż kwota wykazana przez Zamawiającego w rozdziale 6. ust. 6.2. pkt. 2 ppkt 2.1 (dla części I) SIWZ, tj. nie mniej niż 505.000 zł,00 brutto.

Ponadto, zdaniem Odwołującego, Wykonawca złożył także nieprawdziwe informacje w Wykazie Głównych Usług (załącznik nr 6 do SIWZ) w zakresie ilości umów, na podstawie których wykonywał usługę, gdyż poświadczył, że zrealizował te usługi na podstawie jednej

umowy, którą realizował w 2013 r., tj. od 01.01.2013 do 31.12.2014 r., zaś w 2014 r. od 01.01.2014 r. do 31.12.2014 r.

Tymczasem, na co zwrócił uwagę Odwołujący, z *Ogłoszenia o udzieleniu zamówienia*, opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2013/S 001-000480 wynika, że z Wykonawcą podpisano umowy na dwie części zamówienia, tj. część nr 3 - Prace w leśnictwie Rudka z zakresu gospodarki leśnej oraz na część nr 5 - Prace Szkółkarskie na szkółce Rudka, a zatem z Wykonawcą Zakład Usług Leśnych DRWAL A. D. podpisano dwie odrębne umowy. Analogiczna sytuacja dotyczy 2014 r., ze wskazanym uczestnikiem podpisano dwie odrębne umowy, na część nr 7 i 11 zamówienia.

Tym samym, zdaniem Odwołującego, Wykonawca złożył nieprawdziwe informacje dotyczące zarówno wartości brutto realizowanych umów, ponieważ zsumował wartości realizowanych usług z dwóch odrębnych umów oraz dotyczące ilości umów, na podstawie których wykonał usługi. W Wykazie Głównym Usług (załącznik nr 6 do umowy) Wykonawca ukrył fakt realizacji usług w roku 2013 i 2014 na podstawie dwóch umów.

Powyższe, w ocenie Odwołującego, znajduje potwierdzenie nie tylko w Ogłoszeniu o udzielaniu zamówienia w Nadleśnictwie Biała Podlaska w latach 2013 i 2014, ale także w samych referencjach załączonych przez Wykonawcę do oferty. Z dokumentu tego wynika bowiem, że Wykonawca wykonał prace leśne na „łączną kwotę brutto (...)”.

Zatem, Odwołujący wnioskuje, że oświadczenie Wykonawcy w tym zakresie nie odpowiada treści zawartych przez niego umów i wykazanych jako dowód spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia.

Opisane wyżej okoliczności oznaczają, w opinii Odwołującego, że zawarte w Wykazie Głównych Usług (załącznik nr 6 do SIWZ) oświadczenie potwierdzające spełnienie opisanego wyżej warunku wiedzy i doświadczenia jest nieprawdziwe.

W kontekście powyższego, zdaniem Odwołującego, należy uznać, że z tych powodów Wykonawca winien podlegać wykluczeniu z udziału w przedmiotowym postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp oraz na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. W związku z powyższym, w ocenie Odwołującego, Zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp przez brak wykluczenia Wykonawcy Konsorcjum ZUL z przedmiotowego postępowania.

Nadto, Odwołujący podniósł, że z punktu widzenia instytucji wykluczenia, uregulowanej w art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, ważna jest czynność wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, nie zaś sam fakt, czy wykonawca spełnia te warunki. Zatem, to na Wykonawcy spoczywał obowiązek udowodnienia Zamawiającemu, w dopuszczalnej i żądanej przez niego formie, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Wykonawca Konsorcjum ZUL w procedurze ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego powinien dołożyć należytej staranności, aby wykazać, że spełnia warunki

udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu z postępowania. Wszelkie zaniechania w tym zakresie winny nieść dla niego negatywne konsekwencje. Odwołujący zwrócił również uwagę, że udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego obligował również Wykonawcę do przygotowywania oferty i wymaganych, zgodnie z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, oświadczeń i dokumentów z należytą starannością, która wymagała od Wykonawcy Konsorcjum ZUL konieczności oceny i weryfikacji informacji podawanych w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu niezależnie od tego, czy pochodzą od samego Wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia czy od innych osób i podmiotów, na które wykonawca się powołuje, czego Wykonawca nie uczynił.

Zgodnie bowiem z ugruntowaną linią orzecniczą wypracowaną przez Sądy Okręgowe (wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie Warszawa-Praga z 19 lipca 2012 r., sygn. akt: IV Ca 683/12, wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z 25 stycznia 2013 r., sygn. akt: II Ca 1285/12, wyrok Sądu Okręgowego w Toruniu z 6 grudnia 2012 r., sygn. akt: VI Ga 134/12) *„złożenie nieprawdziwych informacji powodujące negatywne konsekwencje dla wykonawcy musi być dokonane w warunkach winy umyślnej, a więc z zamiarem wprowadzenia zamawiającego w błąd w celu uzyskania zamówienia”* - co w niniejszej sprawie niewątpliwie miało miejsce. Wykonawca przedstawił bowiem w Wykazie Głównych Usług (załącznik nr 6 do SIWZ) wartości brutto zrealizowanych usług, sumując je z dwóch odrębnych umów. Co więcej, nie podał w tym dokumencie faktu realizacji w roku 2013 dwóch umów oraz w 2014 r. dwóch umów. Celem tego, zdaniem Odwołującego, było świadome i celowe wprowadzenie Zamawiającego w błąd co do spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu i wykorzystanie tego błędu w celu uzyskania zamówienia.

Niezwykle istotnym z punktu widzenia podania nieprawdziwych informacji pozostaje także fakt, że informacje te nie pochodziły z zamówienia realizowanego dla Nadleśnictwa Chotyłów, lecz dla zupełnie innego Zamawiającego. Zatem, Zamawiający - Nadleśnictwo Chotyłów nie miał świadomości, co do nieprawdziwych oświadczeń, złożonych przez Wykonawcę.

Resumując, Odwołujący podniósł, że Wykonawca poprzez świadome i celowe działanie wprowadził Zamawiającego w błąd, że spełnia on warunek posiadania wiedzy i doświadczenia. W rzeczywistości jednak, gdyby przedstawił stan faktyczny wynikający z treści podpisanych przez niego umów w Nadleśnictwie Biała Podlaska w roku 2013 i 2014 oraz faktur VAT z roku 2013 i 2014 okazałoby się, że nie spełnia żądanego warunku nie tylko z jednej z tych umów, ale z żadnej z wymienionych w Wykazie Głównych Usług, co skutkowałoby odrzuceniem jego oferty i jego wykluczeniem na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

W zakresie zarzutów opisanych w pkt 1 i 2 petitum odwołania Odwołujący podniósł, że Wykonawca w celu potwierdzenia spełnienia warunku posiadania wiedzy i

doświadczenia, który przedstawił w Wykazie Głównych Usług (załącznik nr 6 do SIWZ), załączył Poświadczenie z dnia 1 grudnia 2015 r., wystawione przez Nadleśnictwo Biała Podlaska. Z treści tego dokumentu wynika, że uczestnik Konsorcjum ZUL – A. D. prowadzący działalność gospodarczą jako Zakład Usług Leśnych DRWAL „wykonał należycie prace z zakresu gospodarki leśnej dotyczące pozyskania i zrywki drewna, hodowli i ochrony lasu, melioracji agrotechnicznych, utrzymania obiektów leśnych i prace szkółkarskie”. Przy czym Poświadczenie zawiera wskazanie kwot wykonanych usług w latach 2013-2015. Z treści złożonego zaś Wykazu Głównych Usług (załącznik nr 6 do SIWZ) wynika, że wykonał usługi polegające na wykonywaniu prac z zakresu „zagospodarowania lasu, zrywki i pozyskania drewna”. Zatem, przedmiotowe Poświadczenie zawiera znacznie szerszy wykaz rodzaju wykonanych usług niż wynika to zarówno z rodzaju tych usług, zawartych w Wykazie Głównych Usług (załącznik nr 6 do SIWZ), jak też z warunku określonego przez Zamawiającego w rozdziale 6. ust. 6.2. pkt 2.1. lit. a, tj. „wykonanie prac z zakresu zagospodarowania lasu, zrywki i pozyskania drewna (...)”.

Podkreślenia wymaga, zdaniem Odwołującego, że prace dotyczące szkółkarstwa, hodowli i ochrony lasu stanowiły odrębną część zamówienia, tj. część III. oraz część IV. i na te części zamówienia Zamawiający określił odrębnie warunki posiadania wiedzy i doświadczenia, co opisał w SIWZ na str. 3 - 10. Zatem, w ocenie Odwołującego, prace szkółkarskie oraz hodowla i ochrona lasu nie były objęte zakresem zamówienia w części I., a co za tym idzie, rodzaju tych prac nie zawierał warunek posiadania wiedzy i doświadczenia sprecyzowany przez Zamawiającego w rozdziale 6. ust. 6.2. pkt. 2.1. lit. a SIWZ na część I. zamówienia. W świetle przedmiotowego, Poświadczenie przedstawione przez Wykonawcę obejmowało zakres prac zarówno z części I., jak też z części III. i IV. Tym samym, jeśli Wykonawca złożył ofertę na część I., winien wykazać, że posiada wiedzę i doświadczenie tylko w zakresie części I., tj. zagospodarowania lasu, pozyskania i zrywki drewna na kwotę nie mniejszą niż 505.000,00 zł brutto. Tymczasem Wykonawca przedstawił, że spełnia ww. warunek na kwotę 629.262,64 zł brutto (rok 2013) i 541.042,67 zł brutto (rok 2014), ale w zakresach wynikających zarówno z części nr I., ale także z części III. i IV.

W opisanej wyżej sytuacji, zdaniem Odwołującego, Zamawiający winien wezwać Wykonawcę Konsorcjum ZUL do złożenia wyjaśnień, dotyczących potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia, tj. wykonania prac z zakresu zagospodarowania lasu, zrywki i pozyskania drewna na kwotę nie mniejszą niż 505.000,00 zł brutto i wyjaśnienia rozbieżności i niejasności pomiędzy zakresem i rodzajem usług wynikających z treści tego Poświadczenia a zakresem i rodzajem tych usług, jaki wynika z treści złożonego Wykazu Usług Głównych.

Wyjaśnienia wymagały, w opinii Odwołującego, także wartości brutto wykonanych usług wskazanych zarówno w Poświadczeniu, jak też w ww. Wykazie. Skoro bowiem z

Poświadczenia wynikały wartości wykonanych usług, obejmujące zarówno zakres z części I. oraz III. i IV., to w kontekście tego trudno było jednoznacznie stwierdzić, że wymagany zakres w części I., tj. wykonanie prac z zakresu zagospodarowania lasu, zrywki i pozyskania drewna, Wykonawca wykonał na kwotę nie mniejszą niż 505.000,00 zł brutto. Nadto, Odwołujący zwrócił uwagę, że wartości brutto zrealizowanych usług w części III. i IV. Zamawiający określił na zupełnie inne kwoty.

Zdaniem Odwołującego, powyższe jest uzasadnione tym bardziej, że z *Ogłoszeń o udzieleniu zamówienia*, opublikowanych w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerami: 2013/S 001-000480 oraz 2014/S 007-008519, w Nadleśnictwie Biała Podlaska (tym, który wystawił Poświadczenie Wykonawcy) wprost wynika, że hodowla i ochrona lasu oraz prace szkółkarskie stanowiły odrębny przedmiot umowy.

Wobec powyższego Zamawiający naruszył, w ocenie Odwołującego, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 24 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania Wykonawcy Konsorcjum ZUL do złożenia wyjaśnień dotyczących potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia.

Odwołujący wyjaśnił również, że niezależnie od powyższego, Zamawiający został poinformowany pismem z dnia 4 stycznia 2016 r. o faktach dotyczących Wykonawcy i jednocześnie mających lub mogących mieć wpływ na prawidłowość wykonania przedmiotu zamówienia oraz przebieg samego zamówienia. Oferta Wykonawcy została bowiem wybrana jako najkorzystniejsza także w Nadleśnictwie Biała Podlaska na ten sam zakres zamówienia oraz na ten sam okres, tj. 2016 - 2018. W ofercie złożonej w Białej Podlaskiej Wykonawca wykazał ten sam potencjał techniczny oraz osoby zdolne do wykonania zamówienia co w ofercie w Nadleśnictwie Chotyłów.

Dalej Odwołujący wyjaśnił, że Zamawiający określił warunki w zakresie dysponowania potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. W rozdziale 6 ust. 3 pkt 3.1. lit. a SIWZ Zamawiający określił, że Wykonawca w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia winien wykazać, że dysponuje 13 osobami, które ukończyły z wynikiem pozytywnym szkolenie dopuszczające do pracy z pilarką (...). Jednocześnie Zamawiający żądał, aby Wykonawca zagwarantował, że dysponuje tymi osobami na podstawie umowy o pracę (str. 7, ust. 3.5. SIWZ). Ponadto, Zamawiający w rozdziale 6 ust. 3 pkt 3.1. lit. a SIWZ określił, że warunek dysponowania potencjałem technicznym zostanie spełniony, jeśli Wykonawca wykaże, że dysponuje „*co najmniej 3 szt. ciągników zrywkowych lub ciągników przystosowanych do zrywki drewna*”.

Wykonawca w Wykazie Urządzeń Technicznych (załącznik nr 8 do SIWZ) wskazał rodzaj urządzeń technicznych, którymi dysponuje. Natomiast w Wykazie Osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia (załącznik nr 7 do SIWZ) wskazał osoby, którymi będzie dysponował na podstawie umowy o pracę.

Jednocześnie Odwołujący podkreślił, że w ofercie Wykonawcy nie zostało zaznaczone, że będzie korzystał z pomocy podwykonawców, zaś Zmawiający w rozdziale 3 ust. 3.5. SIWZ (str. 7 SIWZ) wskazał, że *„obowiązek realizacji przedmiotu zamówienia przy pomocy osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę dotyczy również realizacji zamówienia przy pomocy podwykonawców”*.

Zatem, zdaniem Odwołującego, skoro Zamawiający otrzymał od Odwołującego pisemną informację, z treści której wynika, że w realizacji dwóch odrębnych umów Wykonawca wykorzysta ten sam potencjał techniczny i te same osoby do realizacji zamówienia, to winien zażądać od Wykonawcy wyjaśnień, dotyczących potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, wymienionymi w Wykazach, stanowiących załącznik nr 7 i 8 SIWZ.

Powyższe jest uzasadnione, w ocenie Odwołującego, tym bardziej wobec zapisów rozdziału 6 ust. 6.5. SIWZ, tj. *„jeżeli Wykonawca ubiega się o udzielnie kilku części zamówienia, to nie może celem wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu wskazać tego samego doświadczenia, tego samego potencjału technicznego i tych samych osób przewidzianych do realizacji zamówienia (...)”*. Analogiczne znajduje to odzwierciedlenie zastosowanie do innych umów. Wiadomym jest bowiem, że każda część zamówienia jest odrębnym zamówieniem.

Wobec powyższego, zdaniem Odwołującego uprawniony jest wniosek, że Wykonawca wskazał celem wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu zarówno w Białej Podlaskiej, jak też w Chotyłowie spełnienie warunków posiada potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia za pomocą tego samego potencjału technicznego i tych samych osób. Gdyby przyjąć, że oferta tego Wykonawcy została wybrana jako najkorzystniejsza tylko co jednego postępowania zarzut byłby bezpodstawny. Jednak Zmawiający Nadleśnictwo Chotyłów otrzymało pisemną informację, że oferta tego Wykonawcy została wybrana jako najkorzystniejsza także w Nadleśnictwie w Białej Podlaskiej, na ten sam zakres oraz okres realizacji zamówienia. Z tych względów, w ocenie Odwołującego, Zamawiający winien zażądać opisanych wyżej wyjaśnień.

Gdyby bowiem przyjąć, że Zamawiający wezwał Wykonawcę do wyjaśnień treści oferty w tym zakresie i Wykonawca dopiero na tym etapie uzupełni, że będzie realizował ten zakres za pomocą podwykonawców w związku z wybraniem jego oferty także w Nadleśnictwie w Białej Podlaskiej, to należy uznać takie działanie za niedopuszczalną zmianę oferty. Potwierdza to orzecznictwo KIO (wyrok KIO z 6 lutego 2014 r., sygn. akt: KIO 96/14; wyrok KIO z 27 marca 2013 r., sygn. akt: KIO 540/13).

Tym samym, zdaniem Odwołującego, Zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 24 ust. 2 pkt 3 w z w. z art. 26 ust. 4 w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie

wezwania Wykonawcy Konsorcjum ZUL do złożenia wyjaśnień dotyczących potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

Nie bez znaczenia, zdaniem Odwołującego, jest fakt, że Zamawiający został poinformowany również o nienależytym wykonaniu usług w okresie 3 lat poprzedzających wszczęcie postępowania, tj. w Nadleśnictwie Biała Podlaska, gdzie nienależycie wykonał 29% części zamówienia i naliczono kary umowne oraz o fakcie naruszenia konkurencji przez Wykonawcę w postępowaniu w 2013 r., wskutek czego jego oferta po przeprowadzeniu postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą została odrzucona.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiot zamówienia został podzielony na 6 części. Część I obejmuje „*prace z zakresu gospodarki leśnej w leśnictwach: Nęple, Wólka Dobryńska, Zalesie dotyczące pozyskania i zrywki drewna, hodowli i ochrony lasu, ochrony przeciwpożarowej lasu oraz inne wyszczególnione w załączniku na daną część zamówienia*” (rozdział 3. ust. 3.1. SIWZ).

W postępowaniu mogli brać udział wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp dotyczące, w szczególności wiedzy i doświadczenia (rozdział 6. ust. 6.2. pkt 2 SIWZ). Jednocześnie Zamawiający wskazał, że „*warunek ten zostanie 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):*

a) zrealizował lub realizuje (przy czym w tym przypadku będzie liczona wartość zrealizowanej części umowy) co najmniej jedną usługę (przez usługę rozumie się wykonywanie prac na podstawie jednej umowy) polegającą na wykonywaniu prac z zakresu zagospodarowania lasu, zrywki i pozyskania drewna, na kwotę nie mniejszą niż 505 000 zł (brutto).

b) nie dopuścił się niewykonania lub nienależytego wykonania usług polegających na wykonywaniu prac z zakresu zagospodarowania lasu, zrywki i pozyskania drewna na kwotę przekraczającą 101 000 zł (brutto).” (rozdział 6. ust. 6.2. pkt 2 ppkt 2.1.) SIWZ).

Zamawiający postanowił, że „*celu oceny spełnienia przez Wykonawcę warunków w postępowaniu dla każdej części zamówienia, Wykonawca do ofert powinien załączyć następujące oświadczenia i dokumenty: (...) wykaz wykonanych głównych usług, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych np. pielęgnacja upraw, czy pielęgnacja szkółki również wykonywanych, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi*

zostały wykonane oraz załączeniem dowodów, że usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie - zgodnie z załącznikiem nr 6 do SIWZ.

Dowodami są: (1) poświadczenie, z tym z e w odniesieniu do nadal wykonywanych usług okresowych lub ciągłych poświadczenie powinno być wydane nie wcześniej niż na 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert; (2) oświadczenie Wykonawcy – jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia, o kto rym mowa w pkt 1. W przypadku, gdy Zamawiający jest podmiotem, na rzecz którego usługi wykazane w wykazie, zostały wcześniej wykonane, Wykonawca nie ma obowiązku przedkładania w/w dowodów. W przypadku składania oferty wspólnej Wykonawcy składają jeden wspólny w/w wykaz dla każdej części” (rozdział 7 ust. 7.2. lit. b SIWZ).

Konsorcjum ZUL przedłożyło wraz z ofertą Wykaz głównych usług (str. 32 oferty), w którym wskazano m.in. następujące usługi referencyjne: zrealizowane przez członka Konsorcjum – A. D. na rzecz Nadleśnictwa Biała Podlaska w zakresie gospodarki leśnej, w okresie 01.01.2013 r. – 31.12.2013 r. na kwotę 629.262,64 zł (poz. 1 Wykazu) oraz w okresie 01.01.2014 r. – 31.12.2014 r. na kwotę 541.042,67 zł. Jednocześnie Przystępujący przedłożył Poświadczenie z dnia 1 grudnia 2015 r., który to dokument sporządzony został przez Nadleśnictwo Biała Podlaska, potwierdzający, że Zakład Usług Leśnych „DRWAL” A. D. z siedzibą w Wólce Plebańskiej (członek Konsorcjum ZUL) „wykonał należycie prace z zakresu gospodarki leśnej dotyczące pozyskania i zrywki drewna, hodowli i ochrony lasu, melioracji agrotechnicznych, utrzymania obiektów leśnych i prace szkółkarskie. W 2013 r. wykonał prace leśne na łączną kwotę brutto 629 22,64 PLN. W 2014 r. wykonał prace leśne na łączną kwotę brutto 541 042, 67 PLN. (...)”

Pismem z dnia 17 stycznia 2016 r. pełnomocnik Odwołującego zwrócił się do Nadleśnictwa Biała Podlaska z wnioskiem „o udostępnienie referencji Zakładu Usług Leśnych DRWAL A. D. z lat 2013 i 2014 z prac zagospodarowania, pozyskania i zrywki drewna oraz szkółkarstwa i nasiennictwa z rozgraniczeniem kwotowym na poszczególne przedmioty zamówienia.”

W odpowiedzi (pismo z dnia 28 stycznia 2016 r.) pełnomocnik Odwołującego przedstawił pismo, które co prawda nie stanowi odpowiedzi na pismo z dnia 17 stycznia 2016 r., ale na pismo z dnia 14 stycznia 2016 r. i jak wskazuje prezentata, nie wpłynęło do pełnomocnika Odwołującego, jednakże niezależnie od powyższego potwierdzono w jego treści, że „w poszczególnych latach wykonane prace przedstawiały się następująco:

- 2013 rok – 629.262,64 zł.
z czego: - zagospodarowanie, zrywka i pozyskanie 503.525,46 zł.
- prace z zakresu szkółkarstwa i nasiennictwa 125.737,18 zł.
- 2014 rok – 541.042,67 zł.
z czego: - zagospodarowanie, zrywka i pozyskanie 439.660,78 zł.

- prace z zakresu szkółkarstwa i nasiennictwa 101.381,89 zł. (...).

Pełnomocnik Zamawiającego na rozprawie przedłożył pismo z dnia 1 lutego 2016 r. skierowane przez Nadleśnictwo Biała Podlaska do Nadleśnictwa Chotyłów, w którym potwierdzono tożsame okoliczności jak w ww. piśmie z dnia 28 stycznia 2016 r. Dodatkowo zawarto informację, że: *„Prace były wykonywane na podstawie jednej umowy zawieranej z Wykonawcą na dany rok. Realizacja umów odbywała się należycie, bez uwag.”*

Nadto, pełnomocnik Zamawiającego przedłożył na rozprawie pismo z dnia 1 lutego 2016 r. skierowane przez Nadleśnictwo Biała Podlaska do Nadleśnictwa Chotyłów, w którym wskazano, że *„Konsorcjum B. reprezentowane przez lidera Przedsiębiorstwo Wielobranżowe M. B. wykonał usługi z zakresu prac leśnych w 2014 roku na podstawie umowy SA-2710-0008-14/750. W czasie trwania umowy w okresie od 01.06.2014 do 30.06.2014 wykonał prace pielęgnacyjne niewłaściwie tzn. zostały ścięte sadzonki dębu w ilości 700 szt. i lipy w ilości 150 szt., za powyższe ukarano wykonawcę karami umownymi zgodnie z § 11 pkt. 1. Wystawiono Notę Nr 32 z dnia 15.07.2014 r. na kwotę 488,40 zł. (co stanowiło 20% wartości prac pielęgnacyjnych z kwoty 2.442,00 zł.) Kwota powyższa została wpłacona dnia 06.08.2014 r. w kasie Nadleśnictwa KP nr 487. Wartość naliczonych kar umownych w stosunku do całości wykonanej umowy na kwotę brutto 620.856,27 zł (z pakietu 7 i 11) – stanowi 0,078666%.”*

Z umowy nr ZT-2710-0002-13/631 zawartej w dniu 28 grudnia 2012 r. pomiędzy A. D. prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych „DRWAL” A. D. wynika, że jej przedmiotem jest wykonanie zadań z zakresu gospodarki leśnej na 2013 r. (§ 1 ust. 1 przedmiotowej umowy). Jednocześnie zastrzeżono, że *„wielkości zadań gospodarczych ujęte w złożonej ofercie są wielkościami szacunkowymi i nie mogą być traktowane jako ostateczne. W toku wykonywania usługi może wystąpić konieczność zwiększenia rozmiaru niektórych elementów realizowanego zamówienia, aby spełnić pełny zakres prac opisanych w przedmiocie zamówienia. Ustala się, że zwiększenie rozmiaru zadań nie może spowodować przekroczenia maksymalnej wartości zamówienia w wysokości 125% ceny ofertowej brutto”* (§ 1 ust. 2 rzeczony umowy). Cena za wykonanie części nr 3 została określona na poziomie 473.860,43 zł netto (511.769,26 zł brutto), zaś dla części nr 5 określono ją w wysokości 102.484.09 zł netto (110.682,82 zł brutto) - § 3 ust. 1 powołanej umowy. Jednocześnie strony postanowiły, że *„określone wyżej wynagrodzenie odpowiada zakresowi prac przedstawionemu w formularzu ceny ofertowej, który stanowi załącznik do SIWZ i jest wynagrodzeniem kosztorysowym. (...) W przypadku, gdy do całkowitego wykonania przedmiotu zamówienia, niezbędne będzie zwiększenie rozmiaru zadania, określonego w poszczególnych pozycjach formularza cenowego, wypłata wynagrodzenia będzie następowała w oparciu o stawki z formularza ceny ofertowej. W związku z § 1 ust. 2 niniejszej umowy ustala się, że maksymalna wartość zamówienia w wysokości 125% ceny*

ofertowej brutto i wynosi: dla części nr 3 – 639 711,58 zł; dla części nr 5 – 138 353,53 zł, razem: 778 065,11 zł” - § 3 ust. 2, 3 i 4 przywoływanej umowy.

Z *Ogłoszenia o udzieleniu zamówienia*, opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 2 stycznia 2013 r. pod numerem 2013/S 001-000480 wynika, że Nadleśnictwo Biała Podlaska udzieliło zamówienia, którego przedmiotem były „*usługi z zakresu gospodarki leśnej w Nadleśnictwie Biała Podlaska w 2013 r.*” Zamówienia udzielono na część 3 i 5 A. D., zaś z informacji na temat wartości zamówienia wynika, że odnośnie 3 części zamówienia początkowa szacunkowa wartość zamówienia została określona na kwotę 473.904,69 zł, zaś całkowita końcowa wartość zamówienia wynosiła 473.860,43 zł (sekcja V.4 – część nr 3). Jeśli idzie zaś o część 5. zamówienia to wartości te kształtowały się odpowiednio: 102.469,01 zł i 102.484,09 zł (sekcja V.4 – część nr 5).

Z *Ogłoszenia o udzieleniu zamówienia*, opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 10 stycznia 2014 r. pod numerem 2014/S 007-008519 wynika, że Nadleśnictwo Biała Podlaska udzieliło zamówienia, którego przedmiotem były „*usługi z zakresu gospodarki leśnej w Nadleśnictwie Biała Podlaska w 2014 r.*” Zamówienia udzielono na część 7. i 11. Konsorcjum B. . Zaś z informacji na temat wartości zamówienia wynika, że odnośnie 7. części zamówienia początkowa szacunkowa wartość zamówienia została określona na kwotę 291.582,96 zł netto, natomiast całkowita końcowa wartość zamówienia wynosiła 255.295,42 zł netto (sekcja V.4 – część nr 7). Jeśli idzie zaś o część 5. Zamówienia, to wartości te kształtowały się odpowiednio: 329.672,80 zł netto i 310.109,35 zł netto (sekcja V.4 – część nr 11).

Zamawiający zastrzegł również, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy dysponują odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Zamawiający wskazał, odnośnie części I. zamówienia, że „*warunek ten, w zakresie dysponowania potencjałem technicznym zostanie spełniony, jeśli Wykonawca wykaże, że dysponuje co najmniej 3 szt. ciągników zrywkowych lub ciągników przystosowanych do zrywki drewna*” (rozdział 6 ust. 6.2. pkt 3 ppkt 3.I.) SIWZ). Natomiast, warunek w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia zostanie spełniony, jeśli Wykonawca wykaże, że dysponuje co najmniej 13 osobami, które ukończyły z wynikiem pozytywnym szkolenie dopuszczające do pracy z pilarką zgodnie z § 21 rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 24 sierpnia 2006 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy przy wykonywaniu niektórych prac z zakresu gospodarki leśnej (Dz. U. Nr 161, poz. 1141) lub odpowiadające im uprawnienia wydane w innych Państwach Członkowskich Unii Europejskiej uznane zgodnie z przepisami ustawy z dnia 18 marca 2008 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (Dz. U. Nr 63, poz. 394 z późn. zm.) - rozdział 6 ust. 6.2. pkt 3 ppkt 3.I.) SIWZ.

Zamawiający postanowił, że „celu oceny spełnienia przez Wykonawcę warunków w postępowaniu dla każdej części zamówienia, Wykonawca do ofert powinien załączyć następujące oświadczenia i dokumenty: (...)

c) wykaz urządzeń technicznych dostępnych Wykonawcy wraz z informacją o podstawie dysponowania zasobami (załącznik nr 8 do SIWZ);

d) wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nich czynności wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami (załącznik nr 7 do SIWZ)” - rozdział 7 ust. 7.2. lit. c i d SIWZ.

Konsorcjum ZUL przedłożyło wraz z ofertą Wykaz urządzeń technicznych dostępnych Wykonawcy (str. 36 oferty) oraz Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia (str. 37 - 38 oferty).

Pismem z dnia 4 stycznia 2016 r. Odwołujący poinformował Zamawiającego, „że w Ofercie przetargowej z dnia 18.12.2015 r. – Konsorcjum ZUL – nie zostały zawarte istotne informacje mogące mieć wpływ na prawidłowość wykonania przedmiotu zamówienia oraz przebieg samego postępowania przetargowego.

Konsorcjum ZUL jest jednocześnie uczestnikiem postępowań w przetargach nieograniczonych na wykonanie usług leśnych w Nadleśnictwach Chotyłów, Sarnaki i Biała Podlaska (ten sam czas realizacji zadania).

W Nadleśnictwie Biała Podlaska oferta ww. Konsorcjum była najkorzystniejsza. Na uwagę zasługuje fakt, że zarówno w Sarnakach, Chotyłowie, jak i Białej Podlaskiej (w dwóch pierwszych przetargi nie zostały jeszcze rozstrzygnięte), ww. Wykonawca wykazuje ten sam sprzęt oraz tych samych pracowników do realizacji przedmiotu zamówienia. Co z punktu widzenia prawidłowości, terminowości oraz prawa pracy jest niemożliwe do zrealizowania.

Jednocześnie zachodzi prawdopodobieństwo, że „Konsorcjum ZUL” w okresie ostatnich 3 lat przed wszczęciem niniejszego postępowania, w sposób zawiniony naruszyło obowiązki zawodowe podczas realizacji tożsamego zadania w Nadleśnictwie Biała Podlaska, poprzez nienależyte wykonanie zadania. Za co Zamawiający ukarał członka „Konsorcjum ZUL” karą umowną.

Informacji tej Wykonawca nie zawarł w swojej Ofercie, co może być w sprzeczności z warunkiem określonym w pkt. 6.1 „Specyfikacji istotnych warunków zamówienia postępowania przetargowego” nr ZC.270.2.2015.

Ponadto wobec Wykonawcy, z powodu naruszenia konkurencji w postępowaniu przetargowym oraz zachwiania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia (ogłoszonym przez Nadleśnictwo Sarnaki), w 2013 roku były realizowane postępowania przed KIO: sygn. akt: KIO 517/13 (wyrok z dnia 20

marca 2013 r.) oraz UOKiK sygn. akt: RLU 412/13/Pm., co skutkowało odrzuceniem oferty ww. Wykonawcy w postępowaniu przetargowym.

Informacje te, również zostały pominięte w przedmiotowej Ofercie.”

W judykaturze zgodnie przyjmuje się, że pominięcie dowodu z powodu dostatecznego wyjaśnienia okoliczności spornych dopuszczalne jest tylko wtedy, gdy okoliczności, na które dalszy dowód został powołany, są – zdaniem sądu – wyjaśnione z wynikiem zgodnym z twierdzeniem strony powołującej dowód, w takim bowiem wypadku dalsze dowody są zbędne, skoro zmierzają do tego samego rezultatu, który został już osiągnięty. Podzielając przytoczone stanowisko, Izba odmówiła przeprowadzenia dowodu z przesłuchania stron i świadków, zawnioskowanego przez Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności należy odnieść się do zarzutu Odwoływającego, że Przystępujący nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Odwołujący zarzut swój oparł na twierdzeniu, że po pierwsze, Przystępujący realizował sporne, referencyjne usługi na podstawie dwóch umów, a nie jak wymagał tego Zamawiający, na podstawie jednej, po drugie, wartość rzeczonych usług nie przekracza kwoty 505.000,00 zł brutto. Jednakże, w ocenie Izby, stanowisko Odwoływającego nie potwierdziło się.

Jeśli idzie o usługi referencyjne zrealizowane w 2013 r. przez A. D. na rzecz Nadleśnictwa Biała Podlaska to w istocie prawdą jest, że Wykonawca ten zrealizował dwie części zamówienia, które obejmowało usługi z zakresu gospodarki leśnej (co znajduje potwierdzenie w *Ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia*). Jednakże, zdaniem Izby, z faktu realizacji określonych części zamówienia nie można wywodzić, że każde z tych zadań stanowi odrębne zamówienie realizowane na podstawie odrębnej umowy. Zdaniem Odwoływającego, okoliczność podziału zamówienia na części przesądza, że nie możemy mówić o jednej usłudze, a o wielu realizowanych na podstawie różnych umów.

Niezależnie od tego, że takie twierdzenie byłoby nieuzasadnione, biorąc pod uwagę, że celem warunku sformułowanego przez Zamawiającego było dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawców, którzy w określonym czasie zrealizują określone zadanie na rzecz konkretnego zamawiającego, a więc sprawdzenie, czy wykonawca ma doświadczenie w realizacji określonych przez Zamawiającego prac i czy dysponuje potencjałem, aby w ramach jednego zadania w określonym czasie te prace wykonać. Taki jest właśnie cel stawiania warunków udziału w postępowaniu, a nie eliminacja wykonawców tylko z tego powodu, że zrealizowali określone części zamówienia, choć o podziale tego zamówienia na części decydował zamawiający.

Na tym tle nie sposób odmówić Przystępującemu realizacji jednej usługi na podstawie jednej umowy. Dodatkowo, znajduje to potwierdzenie zarówno w treści umowy przedłożonej przez Przystępującego na rozprawie. Przystępujący przedstawił umowę, na podstawie której w ramach referencyjnej usługi realizowanej w roku 2013, wykonywane były oba zadania, tj. nr 3. i 5. Fizycznie więc jest jedna umowa, której przedmiotem są zarówno prace z zakresu gospodarki leśnej, jak i szkółkarskie. Okoliczność powyższa znalazła również potwierdzenie w piśmie z dnia 1 lutego 2016 r. Nadleśnictwa Biała Podlaska, gdzie wprost wskazano, odnośnie usług referencyjnych, że te „były wykonywane na podstawie jednej umowy.”

Nie inaczej należy ocenić w tym aspekcie usługi referencyjne wykonane w roku 2014. Ponownie należy podkreślić, że podział zamówienia na części nie przesądza o realizowaniu wielu usług na podstawie odrębnych umów. Wywodzenie z tego faktu tak daleko idących wniosków jest nieuzasadnione, zaś Odwołujący nie wykazał, że w istocie zawarto odrębne umowy na każdą część zamówienia. Ostatecznie wątpliwości rozwiązał ówczesny zamawiający – Nadleśnictwo Biała Podlaska, który w ww. piśmie potwierdził fakt realizacji usługi na podstawie jednej umowy.

W tym miejscu wypada również zauważyć, że Odwołujący nie wykazał nawet, iż rzeczony zamówienie było realizowane w zakresie części 7. i 11. przez A. D., na którego potencjał powołuje się Przystępujący. Z przedłożonego *Ogłoszenia o udzieleniu zamówienia* z roku 2014 wynika, że zamówienia we wskazanych przez Odwołującego częściach udzielono Konsorcjum B. .

W ocenie Izby, nie znalazło również potwierdzenia stanowisko Odwołującego, że sporne, referencyjne usługi zrealizowane zostały za cenę nieprzekraczającą 505.000,00 zł. Powyższego z pewnością nie można stwierdzić jedynie w oparciu o *Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia*. Całkowita końcowa wartość zamówienia wskazywana w *Ogłoszeniu* jest to wartość oferty i w istocie, jak wynika z *Ogłoszenia o udzieleniu zamówienia* z roku 2013 wynosi ona około 474.000,00 zł dla zadania nr 3. i nieco ponad 102.000,00 zł dla zadania nr 5. Niemniej jednak, o czym była już mowa, brak podstaw do traktowania tych zadań jako odrębnych usług, bowiem zostały zrealizowane na podstawie jednej umowy (o czym była mowa wyżej). Zatem, wartości te podlegają sumowaniu, a wynik tego sumowania odpowiada wymaganiom Zamawiającego.

Nadto, zauważyć należy, że wartość oferty, znajdująca odzwierciedlenie w całkowitej wartości zamówienia, podawanej w *Ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia* nie zawsze odpowiada wartości, za którą zamówienie zostało zrealizowane, a na tę wartość, Zamawiający powołał się formułując warunek udziału w postępowaniu. Nie można zapominać, że zamawiający ma możliwość udzielenia zamówień dodatkowych czy też uzupełniających, zatem cena oferty może ulec zwiększeniu.

Sam Odwołujący wskazał w treści odwołania, że według jego wiedzy referencyjne zamówienie w roku 2013 zostało zrealizowane za cenę ponad 503.000,00 zł, a więc wyższą niż wynikałoby to z treści *Ogłoszenia o udzieleniu zamówienia*, co wprost wskazuje, że dla określenia wartości zrealizowanego zamówienia decydującego znaczenia nie może mieć treść rzeczzonego *Ogłoszenia*. Dodatkowo, z treści umowy przedłożonej przez Przystępującego wynika, że Zamawiający przewidział „zwiększenie rozmiaru zadania”, co oznacza, że cena oferty nie jest traktowana jako ostateczna, tym bardziej mając na uwadze fakt, że wynagrodzenie miało charakter kosztorysowy. Zatem, opieranie się wyłącznie na treści *Ogłoszenia*, dla określenia wartości zrealizowanego zamówienia, nie znajduje podstaw.

Jeśli idzie zaś usługę wykonaną w roku 2014, to wbrew twierdzeniom Odwołującego, na podstawie *Ogłoszenia o udzieleniu zamówienia* nie można wywodzić o wartości zrealizowanej usługi nie tylko z tej przyczyny, iż wartości tam zawarte odwołują się do ceny oferty, która jak wskazuje doświadczenie, nie zawsze stanowi wartość zrealizowanego zamówienia, ale i z tej przyczyny, że przedłożone przez Odwołującego *Ogłoszenie* nie dotyczy zamówień udzielonych A. D., na którego potencjał powołuje się Przystępujący.

Z tych względów należało uznać, że Przystępujący wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia w postaci realizacji usług wykonanych na podstawie jednej umowy za kwotę wymaganą przez Zamawiającego. Zatem zarzut naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp okazał się chybiony.

Skoro znalazły zaś potwierdzenie okoliczności świadczące o wykazaniu spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, to tym samym brak podstaw do przypisania Przystępującemu złożenia nieprawdziwych informacji w tym przedmiocie, a zatem zarzut naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp należało uznać za nietrafny.

Odwołujący zwrócił również uwagę na rozbieżności pomiędzy *Wykazem głównych usług* o dokumentem *Poświadczenia*, sporządzonym przez Nadleśnictwo Biała Podlaska, podnosząc, iż zakres usług wskazany w *Wykazie* jest węższy niż w istocie przedmiot realizowanych usług, co mogło skutkować nieuprawnionym zaliczeniem prac szkółkarskich do zakresu usług referencyjnych i mogło mieć wpływ na wartość referencyjnych usług.

W ocenie Izby, nieuprawnione jest stanowisko Odwołującego, że w ramach referencyjnej usługi dla części I., która obejmować miała prace z zakresu zagospodarowania lasu, pozyskania drewna i zrywki nie można było wykazać się zrealizowaniem prac z zakresu szkółkarstwa i nasiennictwa. Dostrzeżenia wymaga, że Zamawiający takiego ograniczenia nie ustanowił, nie zdefiniował też pojęcia „zagospodarowanie lasu”. Dokonując zaś wykładni gramatycznej tego zwrotu, przy przyjęciu za Słownikiem języka polskiego, PWN, że

„zagospodarować” oznacza 1. racjonalnie wykorzystać teren lub zasoby, 2. objąć kogoś lub coś swoim wpływem, a „zagospodarowywać” oznacza wprowadzać gdzieś zmiany służące pożytecznemu wykorzystaniu jakiegoś miejsca, jakiś zasobów; urządzić coś; rozporządzać czymś w sposób racjonalny; stwierdzić należy, iż nie sposób z zakresu pojęcia „zagospodarowanie lasu” wyłączyć prac szkółkarskich i z zakresu nasiennictwa.

Oceny tej nie zmienia również okoliczność, że Zamawiający w ramach części IV. zamówienia przewidział wykonanie prac z zakresu szkółkarstwa i nasiennictwa, formułując adekwatny do powyższego warunek udziału w postępowaniu. Konieczność wykazania się właśnie realizacją tego rodzaju prac celem potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu, zdaniem Izby, nie oznacza, że w ramach innych zdań nie można na realizację tychże prac się powoływać. Zamawiający takich ograniczeń nie postawił. Zaś domniemywanie o treści danego warunku na podstawie innego warunku udziału w postępowaniu nie jest uprawnione.

W tym miejscu należy zauważyć, że wbrew twierdzeniom Odwołującego, prace z zakresu hodowli i ochrony lasu nie stanowią jedynie przedmiotu zdania III. Rzeczne prace objęte są również zdaniami I. i II. Zatem, nieuzasadnione jest twierdzenie Odwołującego, że w ramach części I. zamówienia Przystępujący nie mógł powołać się na wykonanie tego rodzaju usług, skoro po pierwsze, mieszczą się w zakresie pojęcia „zagospodarowanie lasu”, po drugie zaś, stanowią element prac do wykonania w ramach części I. zamówienia.

Okoliczność, że prace szkółkarskie, stanowiły odrębną część zamówienia w ramach realizacji usługi referencyjnej nie powoduje, że Wykonawca nie jest uprawniony do powoływania się na przedmiotowe prace w *Wykazie*. Po pierwsze, z tej przyczyny, że usługi referencyjne realizował w ramach jednej umowy, po drugie zaś, Zamawiający nie zastrzegł, że na tego rodzaju usługi nie można powoływać się celem wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia w ramach części I. zamówienia. Tym samym, nie ma przeszkód, aby wartość przedmiotowych prac wliczyć do wartości usług referencyjnych.

Podsumowując, stwierdzić należy, że Przystępujący w *Wykazie głównych usług* nie wymieniał poszczególnych prac zrealizowanych w ramach usług referencyjnych, co zostało zaś wyspecyfikowane w dokumencie *Poświadczenia*. Jednakże rzekoma rozbieżność, jak twierdzi Odwołujący, nie stanowi podstawy do wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień, skoro nie ma wątpliwości, o czym była mowa wyżej, że prace szkółkarskie mogą stanowić element usługi referencyjnej. W konsekwencji, aspekt złożenia nieprawdziwych informacji w tym przedmiocie w ogóle nie może być brany pod uwagę. Sąd też zarzut naruszenia przepisów art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 24 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp okazał się niesłuszny.

Nie ma racji również Odwołujący, że powołanie się na ten sam potencjał osobowy i techniczny przez Przystępującego w ramach badanego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i w innych postępowaniach winno skutkować wezwaniem Przystępującego do złożenia wyjaśnień. Niezależnie od tego, że Odwołujący okoliczności tej nie wykazał ani nawet nie uprawdopodobnił, to zwrócić należy uwagę, że ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu jest dokonywana w danym postępowaniu a nie przez pryzmat innych postępowań i to w świetle warunków postawionych w tym konkretnym postępowaniu. Zatem, nieuprawnione jest oczekiwanie Odwołującego, że wybór jako najkorzystniejszej oferty danego wykonawcy w danym postępowaniu będzie rzutował na ocenę spełniania warunków udziału w innym postępowaniu, z tej przyczyny, że w obu postępowaniach wykonawca posłużył się tym samym potencjałem.

Zagrożenia, na które wskazuje Odwołujący w związku z tą sytuacją, a mianowicie w aspekcie terminowości, prawidłowości wykonania zamówienia, a także na ograniczenia ze względu na normy wynikające z prawa pracy, jak widać nie są bezpośrednio związane ze spełnianiem warunku udziału w postępowaniu, a dotyczą etapu realizacji zamówienia, i w ten sposób właśnie należy podejść do tej okoliczności. Jeśli jest tak, jak twierdzi Odwołujący, że tożsame potencjały będą wykorzystywane przy realizacji kilku zamówień, to rolą wykonawcy jest wykorzystanie tych potencjałów w taki sposób, aby zapewnić prawidłową realizację każdego z zamówień. Zaś, niepowodzenie w tym przedmiocie będzie obciążać wykonawcę.

Badanie tych okoliczności przez Zamawiającego byłoby pozbawione podstaw, bowiem po pierwsze, jak wskazano wyżej, spełnienie warunku udziału w postępowaniu ocenia się na podstawie dokumentów składanych w danym postępowaniu (art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp) a nie przez pryzmat innych postępowań, po drugie, ocena musi być dokonywana w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a nie z uwzględnieniem okoliczności przyszłych i niepewnych, które wykraczają poza ramy postępowania o udzielenie zamówienia, a dotyczą jego realizacji.

Jednocześnie opisanej przez Odwołującego sytuacji nie można porównywać z faktem, że w ramach poszczególnych części zamówienia wykonawca nie może powoływać się na ten sam potencjał, celem wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, jest to bowiem wymóg sformułowany przez Zamawiającego w tym postępowaniu i jego spełnienie podlega ocenie w ramach tego postępowania, co jest jak najbardziej prawidłowe. Natomiast, czym innym jest żądanie dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez pryzmat innych postępowań. Prawo zamówień publicznych takiej instytucji nie zna.

Zakomunikowanie o nienależytym wykonaniu zamówienia przez konkurencję nie stanowi również, zdaniem Izby, o konieczności podjęcia przez Zamawiającego procedury wyjaśniającej w tym zakresie, skoro Odwołujący nawet nie uprawdopodobnia tych

okoliczności i nie dostrzega postanowienia rozdziału 6 ust. 6.2. pkt 2 ppkt 2.l) lit. b SIWZ. Należy zwrócić uwagę, że wykonawcy w ramach walki konkurencyjnej częstokroć próbują wpłynąć na tok postępowania korzystając z różnych narzędzi, w tych okolicznościach, impulsem do podjęcia ze strony zamawiającego procedury wyjaśniającej winny być zdarzenia, które zostały przynajmniej uprawdopodobnione, w przeciwnym razie wykonawcy uzyskają narzędzie do paraliżowania postępowań.

Co więcej, w przedmiotowej sprawie Zamawiający wykazał, że nie było podstaw do wzywania Przystępującego do złożenia wyjaśnień, bowiem zgodnie z powołanym postanowieniem SIWZ, brak możliwości legitymowania się usługami referencyjnymi Zamawiający wiązał z przekroczeniem kwoty 101.000,00 zł brutto w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia. Tymczasem, po pierwsze, to nie A. D., na którego potencjał powołał się Przystępujący nie zrealizował zamówienia z należytą starannością, a Konsorcjum B. . Nadto, Konsorcjum B. nienależycie wykonało zamówienie na kwotę 488,40 zł i naprawiło szkodę, która to okoliczność, w świetle przepisu art. 24 ust. 2a ustawy Pzp, nie mogłaby również stanowić podstawy do wykluczenia Przystępującego. Zatem, nie zaktualizowały się przesłanki do wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień w tym przedmiocie, co przesądza o nietrafności zarzutu naruszenia przepisów art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 24 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 26 ust. 4 w zw. art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący w treści odwołania powołał się również na okoliczność naruszenia konkurencji przez Przystępującego w postępowaniu prowadzonym w 2013 r. przez Nadleśnictwo Sarnaki, o czym wcześniej informował Zamawiającego odrębnym pismem. Odwołujący zdaje się oczekiwać, że zdarzenie to winno stać się podstawą do przeprowadzenia przez Zamawiającego postępowania wyjaśniającego. Izba stanowiska tego nie podziela. Okoliczność, że w powołanym postępowaniu oferta Przystępującego została odrzucona w wyniku rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej pozostaje bez wpływu na tok niniejszego postępowania, bowiem stwierdzenie czynu nieuczciwej konkurencji w jednym postępowaniu nie świadczy o tym, iż w tym postępowaniu z takim czynem mamy również do czynienia. Raz jeszcze należy podkreślić, że podstawą do wszczęcia postępowania wyjaśniającego jest zaistnienie konkretnych okoliczności, które pozostają relewantne dla danego postępowania. Zatem, zarzut zaniechania wdrożenia tego postępowania mógłby się ostać, gdyby Odwołujący takie okoliczności wskazał, co zdaniem Izby, w niniejszym postępowaniu nie miało miejsca.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. b 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. Nr 41, poz. 238), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 15.000,00 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3.600,00 zł.

Przewodniczący: