

WYROK
z dnia 11 stycznia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Dominik Haczykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 stycznia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 grudnia 2018 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się udzielenie zamówienia: **Bio-Forest Sp. z o.o.** z siedzibą w Strzmielach pod nr 2 (73-150 Łobez), **PPHU ZRYWTRANS Sp. z o.o.** z siedzibą w Mirosławcu przy ul. Orlej 8 (78-650 Mirosławiec), **Alegra-Nova Sp. z o.o.** z siedzibą w Gryficach przy ul. Warszawskiej 49 (72-300 Gryfice) oraz **M. C.** prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą POLONEZ M. C. z siedzibą w Rymaniu przy ul. Koszalińskiej 13 (78-125 Rymań) w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Świdwin** z siedzibą w Świdwinie przy ul. Szczecińskiej 58 (78-300 Świdwin)

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się udzielenie zamówienia: **Bio-Forest Sp. z o.o.** z siedzibą w Strzmielach, **PPHU ZRYWTRANS Sp. z o.o.** z siedzibą w Mirosławcu, **Alegra-Nova Sp. z o.o.** z siedzibą w Gryficach oraz **M. C.** prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą POLONEZ M. C. z siedzibą w Rymaniu 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 – wykonawców wspólnie ubiegających się udzielenie zamówienia: **Bio-Forest Sp. z o.o.** z siedzibą w Strzmielach, **PPHU ZRYWTRANS Sp. z o.o.** z siedzibą w Mirosławcu, **Alegra-Nova Sp. z o.o.** z siedzibą w Gryficach oraz **M. C.** prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą POLONEZ M. C. z siedzibą w Rymaniu na rzecz zamawiającego **Skarbu Państwa – Państwowego Gospodarstwa Leśnego Lasy Państwowe Nadleśnictwa Świdwin** kwotę 19 355 zł 66 gr (słownie: dziewiętnaście tysięcy trzysta pięćdziesiąt pięć złotych zero sześćdziesiąt sześć groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na wyznaczone posiedzenie i rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. - 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 Koszalinie**.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Świdwin zwany dalej: „zamawiającym”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. - Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp” pn. „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Świdwin w roku 2019” (znak postępowania: ZG.270.18.2018), zwane dalej „postępowaniem”, które zostało podzielone na 7 części, zwanych pakietami.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 17 października 2018 r., pod numerem 2018S 200-454887.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się udzielenie zamówienia: **Bio-Forest Sp. z o.o.** z siedzibą w Strzmielach, **PPHU ZRYWTRANS Sp. z o.o.** z siedzibą w Mirosławcu, **Alegra-Nova Sp. z o.o.** z siedzibą w Gryficach oraz **M. C.** prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą POLONEZ M. C. z siedzibą w Rymaniu zwani dalej: „odwołującym” w dniu 27 grudnia 2018 r. wnieśli odwołanie w ramach części 1 i 2 zamówienia, w którym zarzucili zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z 26 ust. 3 i 4 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez bezpodstawne, przedwcześnie wykluczenie z postępowania, pomimo, że wskazywane obecnie przez zamawiającego elementy Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (zwanego dalej: „JEDZ”), których nie wpisał odwołujący - nie miały znaczenia dla wstępnego potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu w JEDZ, a ponadto mogły zostać zweryfikowane na etapie składania dokumentów podmiotowych;
- 2) art. 26 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie wezwania do wyjaśnień, a w efekcie wykluczenie odwołującego pomimo złożenia przez niego wyjaśnień dotyczących dysponowania osobami.

W związku z postawionymi zarzutami odwołujący wniósł uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty dla pakietu 1 i 2 zamówienia oraz ponowne badanie i ocenę ofert z udziałem jego oferty.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, albowiem w przedmiotowym postępowaniu zamawiający w jego ocenie bezzasadnie wykluczył go z postępowania w części 1 i 2, a następnie odrzucił jego ofertę. Gdyby zamawiający przeprowadził postępowanie w należyty sposób, złożyłby dokumenty potwierdzające spełnienie przez niego warunków udziału w postępowaniu i uzyskałby przedmiotowe zamówienie – odwołujący stanął na stanowisku, że złożył ofertę najkorzystniejszą spośród wszystkich ofert złożonych w ramach części 1 i 2. Szkodą jest

utracony zysk w wyniku nie uzyskania zamówienia.

W uzasadnieniu zarzutu nr 1 odwołujący wskazał, że zamawiający na podstawie informacji przekazanych mu przez niego w JEDZ mógł jednoznacznie i bez wątpliwości stwierdzić, że podstawa dysponowania osobami wskazanymi do realizacji zamówienia była bezpośrednia. Również w przypadku sprzętu - ewentualne podanie lub nie podanie tej informacji w JEDZ - nie ma wpływu na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu. Wynikało to według odwołującego wprost ze struktury formularza, który w Części II lit. C i D wymagał podania od wykonawcy następujących informacji:

„C: Informacje na temat polegania na zdolności innych podmiotów Czy wykonawca polega na zdolności innych podmiotów w celu spełnienia kryteriów kwalifikacji określonych poniżej w części IV oraz (ewentualnych) kryteriów i zasad określonych poniżej w części V?”

„D: Informacje dotyczące podwykonawców, na których zdolności wykonawca nie polega Czy wykonawca zamierza zlecić osobom trzecim podwykonawstwo jakiegokolwiek części zamówienia?”

Odwołujący wyjaśnił, że w każdym z JEDZ na tak postawione w formularzu pytania zaznaczył odpowiedź NIE. W związku z tym bezzasadnym wydaje się być zarzut przedstawiony przez zamawiającego w Informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty o treści:

Wskazanie podstawy dysponowania pozwala Zamawiającemu na zweryfikowanie czy wykonawca rzeczywiście dysponuje osobami/sprzętem oraz czy jest to zasób własny wykonawcy czy podmiotu trzeciego (w takim wypadku wymagany byłby również JEDZ podmiotu trzeciego oraz jego zobowiązanie do udostępnienia zasobów).

Dalej odwołujący stwierdził, że z treści dostarczonych przez niego dokumentów JEDZ jednoznacznie wynika, że nie polega on na zdolności innych podmiotów ani nie zamierza zlecić realizacji zadania żadnemu podwykonawcy. Oczywiście jest zatem, że dysponuje samodzielnie osobami, które wskazał do realizacji zamówienia. Nie ma bowiem innych podmiotów wymienionych w JEDZ, które mogłyby niezależnie od odwołującego tymi osobami dysponować.

Następnie odwołujący zaznaczył, że niewskazanie informacji, które było podstawą do wykluczenia go z postępowania nie miało znaczenia dla wstępnego potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu w JEDZ. Postępowanie odbywa się zgodnie z zasadami przewidzianymi dla tzw. „procedury odwróconej” o której mowa w art. 24aa ust. 1 i 2 Pzp. W związku z tym zamawiający w pierwszej kolejności dokonuje oceny ofert a następnie bada czy wykonawca, którego oferta została oceniona najwyżej spełnia warunki udziału w postępowaniu. W takim przypadku JEDZ jest dokumentem bazowym, który jedynie w podstawowym stopniu uprawdopodobnia spełnienie warunków udziału w postępowaniu. JEDZ daje zatem możliwość wstępnego stwierdzenia czy wykonawca spełnia warunki. Na tak wczesnym etapie postępowania, nieuzasadnione jest żądanie przedstawienia podstawy dysponowania osobami wskazanymi do realizacji zamówienia. Szczegółową z punktu widzenia odwołującego informacją o podstawach dysponowania tymi osobami lub narzędziami - mogłaby być zweryfikowana na dalszych etapach postępowania, w tym przy składaniu dokumentów podmiotowych.

Odnosnie do tej kwestii odwołujący wskazał, że informacja, której żądał w wezwaniu zamawiający zmierzała raczej jedynie do potwierdzenia przez odwołującego, że dysponuje samodzielnie osobami wskazanymi do realizacji zamówienia i sprzętem, aniżeli do wskazywania na jakiej podstawie odwołujący uważa, że dysponuje tymi osobami samodzielnie (fragment wezwania: wzywamy do złożenia wyjaśnień, czy informacje wskazane w pkt IV lit. C pkt 6 JEDZ stanowią potwierdzenie spełnienia warunku dysponowania tymi osobami).

W tym miejscu odwołujący podkreślił, że w wyniku złożenia JEDZ przekazał zamawiającemu wszelkie informacje, w wyniku których zamawiający mógł wstępnie potwierdzić warunki udziału w postępowaniu. Zamawiający zignorował fakt, że możliwość weryfikacji ewentualnych dodatkowych kwestii, które były dla niego istotne (takie np. jak wyjaśnienie szczegółowej podstawy dysponowania) - występuje również na dalszych etapach badania i oceny ofert w trakcie których następuje potwierdzenie oświadczeń zawartych w JEDZ.

W odniesieniu do zarzutu nr 2 odwołujący wskazał, że zamawiający wzywając do uzupełnienia JEDZ jak wynika z Informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty wymagał od wykonawcy dodatkowego potwierdzenia dysponowania osobami wskazanymi do realizacji zamówienia. Natomiast dalej odwołujący zauważył, że w treści wezwania zamawiający nie skonkretyzował jak wykonawca powinien udowodnić, potwierdzić fakt dysponowania danymi osobami. W Informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu zamawiający wskazał, że wezwanie do uzupełnienia JEDZ było „szczegółowe”.

W związku z tym odwołujący stwierdził, że nie może być mowy o „szczegółowości” wezwania, w sytuacji, w której zamawiający zadaje w wezwaniu pytanie o treści „czy informacje wskazane w pkt. 4 lit. C pkt 6 JEDZ stanowią potwierdzenie spełnienia warunku dysponowania danymi osobami”. Pytanie to daje de facto jedynie dwie możliwości odpowiedzi przez wykonawcę tj. potwierdzenia bądź zaprzeczenia. Wezwanie odwołującego do wyjaśnień nie zawierało zwrócenia się ani o przedłożenie dokumentów potwierdzających zatrudnienie osób, ani samego samo wskazania na podstawie jakich stosunków osoby te były w dyspozycji odwołującego. Zgodnie z art. 65 § 1 Kodeksu Cywilnego „Oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje.” Zgodnie z powyższym z tak ujętego wezwania odwołujący nie mógł odczytać intencji, która by to wezwanie przekraczała, a na którą powołuje się zamawiający uzasadniając wykluczenie odwołującego z postępowania. Odwołujący odpowiadając w piśmie z dnia 10 grudnia 2018 r. jednoznacznie odpowiedział na tak zadane mu pytanie, zatem możemy mówić o poprawnym uzupełnieniu przez odwołującego tego wymagania.

Ponadto odwołujący stwierdził, że niezrozumiałym jest postępowanie zamawiającego, który w pierwszej kolejności nie doprecyzował żądania w wezwaniu z dnia 6 grudnia 2018 r. a później twierdząc, iż nie otrzymał wystarczających informacji zaniechał dalszej procedury wyjaśnień a w efekcie wykluczył odwołującego z udziału w postępowaniu. W ocenie odwołującego celem wezwania do złożenia wyjaśnień jest uzyskanie dodatkowych informacji, co w przypadkach wątpliwości, niejasności co do treści złożonych dokumentów pozwoli zamawiającemu dokonać należytego badania i oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Obowiązkiem zamawiającego jest prowadzenie postępowania w sposób rzetelny, dlatego w przypadku kiedy zapisy czy to w ofercie czy w JEDZ budzą jego wątpliwości powinien je szczegółowo i jednoznacznie opisać w wezwaniu do wyjaśnień, oraz określić sposób w jaki powinny zostać wyjaśnione. W ocenie odwołującego doszło do zaniechania przez zamawiającego wyjaśniania treści oferty, w szczególności dokumentu JEDZ który jest jej elementem. W przedmiotowej sprawie konieczne było podjęcie przez zamawiającego kroków w celu dalszego wyjaśnienia oferty. Twierdzenie takie jest uzasadnione, gdyż mamy do czynienia z sytuacją, w której zamawiający twierdzi, że nie uzyskał wystarczającej jego zdaniem informacji do potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu. Skoro zatem zamawiający miał wątpliwości to powinien był do nich nawiązać wprost w wezwaniu, a z

pewnością powinien wykazać się ostrożnością i nie odrzucać oferty przed dostatecznym wyjaśnieniem tych wątpliwości. Reasumując odwołujący stwierdził, że w niniejszym postępowaniu zamawiający wykazał się daleko idącym formalizmem, eliminując go z postępowania z powodu niepodania informacji, które nie mają bezpośredniego skutku w postaci braku potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający nie wezwał do wyjaśnienia kwestii, które budziły jego wątpliwości, w taki sposób, aby wykonawca mógł zrozumieć jego intencje. W konsekwencji - naruszył ww. przepisy, co miało wpływ na wynik postępowania, gdyż oferta odwołującego - nie została wybrana.

W dniu 8 stycznia 2019 r. zamawiający przekazał odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości podając uzasadnienie swojego stanowiska. Oryginał odpowiedzi na odwołanie został złożony na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 10 stycznia 2019 r.

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron także odwołujący złożył swoje pismo procesowe z dnia 10 stycznia 2019 r, które w związku z wniesionym odwołaniem oraz złożoną odpowiedzią na odwołanie stanowiło dodatkową argumentację odwołującego na potwierdzenie zasadności zarzutów odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony, ustaliła i zważyła co następuje.

Na wstępie Izba ustaliła, że odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na utracie możliwości uzyskania zamówienia. Nie została wypełniona także żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem w dniu 4 stycznia 2019 r. w tym w szczególności z treści: Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (zwanej dalej „SIWZ”), dwóch pism zamawiającego z dnia 30 listopada 2018 r. skierowanych do odwołującego w sprawie wezwania do uzupełnienia treści JEDZ (jedno pismo dla części 1 zamówienia i jedno pismo dla części 2 zamówienia), uzupełnionych JEDZ w odpowiedzi na pisma z dnia 30 listopada 2018 r. złożonych przez odwołującego dla części 1 i 2 zamówienia w dniu 6 grudnia 2018 r, dwóch pism zamawiającego z dnia 6 grudnia 2018 r. skierowanych do odwołującego w sprawie wezwania do złożenia wyjaśnień (jedno pismo dla części 1 zamówienia i jedno pismo dla części 2 zamówienia) oraz pisma z dnia 17 grudnia 2018 r. w sprawie informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający w pkt 6.2. SIWZ postawił następujące warunki w zakresie potencjału technicznego i osobowego:

1) dla części (pakietu) 1 w zakresie potencjału technicznego:

a) *co najmniej 1 szt. ciągników specjalistycznym typu skider, forwarder lub maszyn typu klembank albo ciągników rolniczych z napędem na dwie osie oraz wyposażonych w urządzenia, którymi można dokonywać zrywki drewna dłuźcowego metodą półpodwieszoną,*

b) *co najmniej 2 szt. zestawów do zrywki drewna stosowego składających się z jednostki napędowej zagregowanej z urządzeniem pozwalającym na wykonanie zrywki metodą nasiębierną (bez styku surowca z podłożem) wyposażonych w żuraw do załadunku i rozładunku drewna,*

c) *co najmniej 2 szt. pługów leśnych dwuodkładnicowych do przygotowania gleby leśnej pod odnowienia i poprawki, pozwalających wykonać orkę pasów w odstępach 1,50-1,60 m oraz spulchniaczem (pogłębiaczem) pozwalającym spulchnić dno wyoranego pasa na głębokość minimum 30 cm, Leśny pług dwuodkładnicowy i spulchniacz mogą być zagregowane,*

d) *co najmniej 1 szt. zestawów do uporządkowania powierzchni z pozostałości zrębowych lub rębaków wraz z ciągnikiem, zaś w zakresie osób skierowanych do realizacji zamówienia:*

a) *co najmniej 8 osobami, a w przypadku wykorzystania maszyn wielooperacyjnych typu harvester - co najmniej 1 osobami, które ukończyły z wynikiem pozytywnym szkolenie dopuszczające do pracy z pilarką zgodnie z § 21 rozporządzenia Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi 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 posiadające odpowiadające im uprawnienia wydane na podstawie poprzednio obowiązujących przepisów albo odpowiadające im uprawnienia wydane w innych Państwach Członkowskich Unii Europejskiej;*

b) *co najmniej 3 osobami, które ukończyły szkolenie w zakresie pracy ze środkami chemicznymi zgodnie z rozporządzeniem Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi z dnia 8 maja 2013 roku szkolenia w zakresie pracy ze środkami chemicznymi (Dz. U. z 2013 r. poz. 554) lub posiadające odpowiadające im uprawnienia wydane na podstawie poprzednio obowiązujących przepisów które uprawniają do pracy w kontakcie ze środkami ochrony roślin.*

2) dla części (pakietu) 2, w zakresie potencjału technicznego:

a) *co najmniej 1 szt. ciągników specjalistycznym typu skider, forwarder lub maszyn typu klembank albo ciągników rolniczych z napędem na dwie osie oraz wyposażonych w urządzenia, którymi można dokonywać zrywki drewna dłuźcowego metodą półpodwieszoną,*

b) *co najmniej 2 szt. zestawów do zrywki drewna stosowego składających się z jednostki napędowej zagregowanej z urządzeniem pozwalającym na wykonanie zrywki metodą nasiębierną (bez styku surowca z podłożem) wyposażonych w żuraw do załadunku i rozładunku drewna*

c) *co najmniej 2 szt. pługów leśnych dwuodkładnicowych do przygotowania gleby leśnej pod odnowienia i poprawki, pozwalających wykonać orkę pasów w odstępach 1,50-1,60 m oraz spulchniaczem (pogłębiaczem) pozwalającym spulchnić dno wyoranego pasa na głębokość minimum 30 cm, Leśny pług dwuodkładnicowy i spulchniacz mogą być zagregowane.*

d) *co najmniej 1 szt. zestawów do uporządkowania powierzchni z pozostałości zrębowych lub rębaków wraz z ciągnikiem, zaś w zakresie osób skierowanych do realizacji zamówienia:*

a) *co najmniej 6 osobami, a w przypadku wykorzystania maszyn wielooperacyjnych typu harvester - co najmniej 1 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 posiadające odpowiadające im uprawnienia wydane na podstawie poprzednio obowiązujących przepisów albo odpowiadające im uprawnienia wydane w innych Państwach Członkowskich Unii Europejskiej;

b) co najmniej 2 osobami, które ukończyły szkolenie w zakresie pracy ze środkami chemicznymi zgodnie z rozporządzeniem Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi z dnia 8 maja 2013 roku szkolenia w zakresie pracy ze środkami chemicznymi (Dz. U. z 2013 r, poz. 554) lub posiadające odpowiadające im uprawnienia wydane na podstawie poprzednio obowiązujących przepisów które uprawniają do pracy w kontakcie ze środkami ochrony roślin.

Celem wstępnego potwierdzenia spełnienia opisanych powyżej warunków udziału w postępowaniu wykonawcy, zgodnie z treścią pkt. 7.1. lit. a SIWZ, zobowiązani byli do uzupełnienia JEDZ w następujący sposób:

W celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia z postępowania, o których mowa w pkt 6.1. oraz w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt 6.2. Wykonawca będzie obowiązany przedstawić Zamawiającemu następujące oświadczenia i dokumenty (w terminach wskazanych w niniejszej SIWZ): (...)

na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dot. technicznej lub zawodowej w zakresie potencjału technicznego - informacje nt. ilości (1) maszyn leśnych typu harvester, (2) ciągników zrywkowych lub ciągników przystosowanych do zrywki drewna, (3) pługów do przygotowania gleby oraz (4) zestawów do porządkowania powierzchni lub rębaków, którymi dysponuje wykonawca, które podać należy w Części IV lit. C (pkt 9) JEDZ;

We wskazanej części JEDZ należy podać informacje nt. rodzaju urządzeń zgodnie z pkt. 6.2. 3) 3.2. tj. maszyna leśna typu harvester, ciągnik zrywkowy lub ciągnik przystosowany do zrywki drewna, pług do przygotowania gleby, zestaw do porządkowania powierzchni lub rębak, ich opis tj. marka, model oraz podstawy dysponowania, a w przypadku maszyny leśnej typu harvester, ciągnika zrywkowego lub ciągnika przystosowanego do zrywki drewna również numer seryjny.

- na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dot. zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia — informacje nt. ilości (1) osób 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 posiadających odpowiadające im uprawnienia wydane na podstawie poprzednio obowiązujących przepisów albo odpowiadające im uprawnienia wydane w innych Państwach Członkowskich Unii Europejskiej oraz ilości (2) osób, które ukończyły szkolenie w zakresie pracy ze środkami chemicznymi zgodnie z rozporządzeniem Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi z dnia 8 maja 2013 roku szkolenia w zakresie pracy ze środkami chemicznymi (Dz. U. z 2013 r, poz. 554) lub posiadające odpowiadające im uprawnienia wydane na podstawie poprzednio obowiązujących przepisów które uprawniają do pracy w kontakcie ze środkami ochrony roślin, które podać należy w Części IV lit. C (pkt 2) JEDZ.

We wskazanej części JEDZ należy podać informacje nt. danych personalnych (imię i nazwisko) osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, zakresu wykonywanych przez nich czynności, posiadanych uprawnień (jeżeli są wymagane) oraz podstawy dysponowania, a w stosunku do osób nadzoru należy podać również ich wykształcenie.

W dniu 23 listopada 2018 r. odwołujący złożył JEDZ, dla wszystkich czterech podmiotów wchodzących w skład jego konsorcjum.

Z powodu przedłożenia przez odwołującego JEDZ niezawierających oświadczeń w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zamawiający pismami z dnia 30 listopada 2018 r. (osobnym pismem dla części 1 i osobnym dla części 2 zamówienia), wezwał odwołującego do uzupełnienia treści JEDZ, w których wskazał, że:

Na podstawie dostarczonych dokumentów nie możemy stwierdzić, że oferta spełnia stawiane w SIWZ wymagania. W związku z powyższym wzywamy do uzupełnienia formularzy JEDZ w zakresie i formie, które zostały określone w SIWZ:

W celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia z postępowania, o których mowa w pkt 6.1. oraz w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt 6.2. Wykonawca będzie obowiązany przedstawić Zamawiającemu następujące oświadczenia na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dot. technicznej lub zawodowej w zakresie potencjału technicznego informacje nt. ilości (1) maszyn leśnych typu harvester, (2) ciągników zrywkowych lub ciągników przystosowanych do zrywki drewna, (3) pługów do przygotowania gleby oraz (4) zestawów do porządkowania powierzchni lub rębaków, którymi dysponuje wykonawca, które podać należy w Części IV lit. C (pkt 9) JEDZ;

We wskazanej części JEDZ należy podać informacje nt. rodzaju urządzeń zgodnie z pkt. 6.2. 3) 3.2. tj. maszyna leśna typu harvester, ciągnik zrywkowy lub ciągnik przystosowany do zrywki drewna, pług do przygotowania gleby, zestaw do porządkowania powierzchni lub rębak, ich opis tj. marka, model oraz podstawy dysponowania, a w przypadku maszyny leśnej typu harvester, ciągnika zrywkowego lub ciągnika przystosowanego do zrywki drewna również numer seryjny

- na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dot. zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia informacje nt. ilości (1) osób 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 posiadających odpowiadające im uprawnienia wydane na podstawie poprzednio obowiązujących przepisów albo odpowiadające im uprawnienia wydane w innych Państwach Członkowskich Unii Europejskiej oraz ilości (2) osób, które ukończyły szkolenie w zakresie pracy ze środkami chemicznymi zgodnie z rozporządzeniem Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi z dnia 8 maja 2013 roku szkolenia w zakresie pracy ze środkami chemicznymi (Dz. U. z 2013 r, poz. 554) lub posiadające odpowiadające im uprawnienia wydane na podstawie poprzednio obowiązujących przepisów które uprawniają do pracy w kontakcie ze środkami ochrony roślin, które podać należy w Części IV lit. C (pkt 2) JEDZ.

We wskazanej części JEDZ należy podać informacje nt. danych personalnych (imię i nazwisko) osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, zakresu wykonywanych przez nich czynności, posiadanych uprawnień (jeżeli są wymagane) oraz podstawy dysponowania, a w stosunku do osób nadzoru należy podać również ich wykształcenie.

W dniu 6 grudnia 2018 r. odwołujący złożył uzupełnione JEDZ przez wszystkich członków konsorcjum dla części 1 i 2 zamówienia. Uzupełnione JEDZ nie zawierały informacji dotyczących podstaw dysponowania w zakresie osób skierowanych do realizacji zamówienia oraz części wymaganego sprzętu.

Tego samego dnia tj. 6 grudnia 2018 r. zamawiający wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień, które dotyczyły wyjaśnienie intencji odwołującego związanej ze sposobem uzupełnienia JEDZ.

W dniu 17 grudnia 2018 r. zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu dla części 1, 2 i 6. Przy czym w piśmie stanowiącym informację o wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający poinformował o

wykluczeniu odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. pkt 12 Pzp i uznał jego ofertę za odrzuconą w ramach części 1 i 2.

Jak wynika z ww. fragmentów SIWZ wykonawcy zostali zobowiązani do tego żeby już w JEDZ, a dokładniej w wyrażnie wskazanych przez zamawiającego fragmentach JEDZ, na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej podać m. in. informacje dotyczące podstaw dysponowania w zakresie osób skierowanych do realizacji zamówienia oraz wymaganego sprzętu. Wymóg ten w żaden sposób nie był kwestionowany przez wykonawców po wszczęciu postępowania w związku z tym był on wiążący dla wykonawców oraz nie mógł zostać zbagatelizowany przez Izbę na etapie postępowania odwoławczego. Ponadto należy także stwierdzić, że co prawda podany przez zamawiającego sposób wypełnienia JEDZ nie był prosty, gdyż na jego wypełnienie składało się *de facto* wiele oświadczeń i deklaracji, to określone wymogi oraz instrukcja wypełnienia JEDZ w zakresie objętym odwołaniem tj. z uwzględnieniem obowiązku wskazania podstaw dysponowania osobami oraz sprzętem nie była szczególnie trudna do zrozumienia i wynikała bezpośrednio z postanowień SIWZ. Świadczyć o tym może także postępowanie odwołującego, który co do części sprzętu podał w JEDZ informacje co do podstaw jego dysponowania, co wskazuje, że zdawał sobie sprawę z tej okoliczności. Niemniej zarówno w odwołaniu jak i na rozprawie nie był w stanie wyjaśnić powodów niewskazania podstaw dysponowania pozostałego sprzętu oraz osób. Warto także dodać, że w pierwotnie złożonych JEDZ zarówno dla części 1 jak i 2 odwołujący zupełnie pominął tę część JEDZ ograniczając się do podania podstawowych informacji identyfikujących członków konsorcjum. Skutkiem tak złożonych JEDZ były dwa pisma z dnia 30 listopada 2018 r. (oddzielne dla każdej z części), skierowane przez zamawiającego do odwołującego. Izba uznała, że pisma te (pomimo pewnych nieścisłości w nazewnictwie) stanowiły jednoznaczne i wyrażne wezwanie do uzupełnienia formularzy JEDZ w zakresie i formie wynikającej z pkt 7.1. SIWZ. Treść tych pism w ocenie Izby została szczególnie zdeterminowana pierwotnie złożonymi JEDZ, które nie zawierały żadnych informacji co do braku podstaw do wykluczenia z postępowania oraz potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu. W związku z tym ich treść skoncentrowała się na przytoczeniu właściwych postanowień SIWZ. Ponadto przedmiotowe pisma stanowiły wezwanie do uzupełnienia JEDZ zatem należy uznać, że w pełni realizowały normę prawną wynikającą z przepisu art. 26 ust. 3 Pzp.

W odpowiedzi na te pisma odwołujący złożył uzupełnione JEDZ, które jak wskazano powyżej nie zawierały informacji dotyczących podstaw dysponowania w zakresie osób skierowanych do realizacji zamówienia oraz części wymaganego sprzętu. Zgodnie z treścią art. 26 ust. 3 Pzp jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia, lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia, lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Jak wynika z powyższego przepis ten ma zastosowanie także do oświadczeń, o których mowa w art. 25a ust. 1, a więc m. in. do JEDZ. Ponadto w przedmiotowej sprawie należy także wskazać na wynikającą z jednolitego orzecznictwa Izby możliwość wyłącznie jednokrotnego wzywania wykonawców do uzupełnienia danego dokumentu (zob. m.in. wyrok z 26 września 2016 r., o sygn. akt KIO 1648/16, KIO 1660/16, czy też wyrok z 15 marca 2016 r. o sygn. akt KIO 296/16). Jak wskazano powyżej w pismach z dnia 30 listopada 2018 r. zamawiający wezwał do uzupełnienia JEDZ w ramach części 1 i 2 zamówienia, a w pismach tych przytoczone zostały odpowiednie fragmenty SIWZ dotyczące także podania informacji odnośnie podstaw do dysponowania w związku z tym kolejna próba wyjaśnienia w tym zakresie prowadziłaby do ponownego umożliwienia odwołującemu uzupełnienia informacji o podstawach dysponowania osobami skierowanymi do realizacji zamówienia oraz sprzętem, co byłoby sprzeczne ze treścią art. 26 ust. 3 Pzp.

Izba także w pełni przyjęła argumentację zamawiającego zawartą w odpowiedzi na odwołanie, która mając na uwadze treść wyroku z dnia 8 czerwca 2017 r. o sygn. akt KIO 888/17 podkreślała, że skoro wykonawca nie składa dokumentów innych niż JEDZ, na danym etapie postępowania, to tym bardziej w JEDZ muszą być zawarte precyzyjnie wszystkie informacje, które zamawiający dotychczas mógł uzyskać z innych dokumentów składanych przez wykonawców wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W związku z tym, informacje zawarte w JEDZ mają być na tyle szczegółowe, aby na przykład na ich podstawie zamawiający mógł stwierdzić czy dana dostawa/usługa/robota budowlana wskazana przez wykonawcę w celu wykazania potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu rzeczywiście miała taki zakres, jaki odpowiada ukształtowanemu przez zamawiającego warunkom udziału w postępowaniu. Zatem odformalizowanie postępowania, nie polega na tym, że nie podaje się informacji, bądź podaje się jakiegokolwiek informacji lecz na tym polega odformalizowanie procedury, że na etapie składania JEDZ wykonawca zobowiązany jest do jasnego, precyzyjnego przedstawienia informacji, których ocena pozwoli na sprawdzenie zdolności wykonawcy i spełnienia przez niego warunków, a nie musi wykonawca na tym etapie postępowania składać dużej liczby dokumentów. Nie zmienia się bowiem sposób oceny i weryfikacji zdolności wykonawców, wszyscy muszą wykazać się spełnieniem warunków oraz w tym zakresie przedstawić stosowne zobowiązania w JEDZ, czyli JEDZ jest dokumentem kategorięcznym jeżeli chodzi o wagę oświadczeń i informacji jakie wykonawca przedstawia za jego pomocą.

W przedmiotowej sprawie Izba przyjęła także stanowisko zawarte ww. wymienionym wyroku w sprawie o sygn. akt KIO 888/17, że *złożenie oświadczeń przez wykonawców to nie jest test na umiejętność uzupełnienia Jedz-a ale faktyczne i realne odformalizowanie postępowania, które jednocześnie pozwala Zamawiającemu na prowadzenie weryfikacji wykonawców, którzy nie są zobowiązani do złożenia na tym etapie postępowania dokumentów. Wykonawca, którego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą będzie zobowiązany do przedstawienia dokumentów, które będą potwierdzały treść złożonych oświadczeń. (...) Takie informacje powinny zostać podane w Jedz-u, bowiem odnośnie wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu nic się nie zmieniło poza tym, że to nie dokumenty są oceniane przez Zamawiającego, a złożone oświadczenie. W Instrukcji wypełnienia Jedz na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych również w sposób prosty można wyczytać, że informacje wykonawca przedstawia o ile Zamawiający określił konkretne wymagania. Wymagania Zamawiający określa w warunku udziału w postępowaniu. Brak podania informacji stanowiących odpowiedź na skonkretyzowane wymagania Zamawiającego, czyli brak złożenia oświadczeń powinien zostać uzupełniony przez Zamawiającego, a nie wyjaśniany. Jednolity europejski dokument zamówienia, jak zostało to już wcześniej wskazane zawiera oświadczenie własne wykonawcy, a w zasadzie szereg oświadczeń, które stanowią odpowiedź na ukształtowane przez Zamawiającego wymagania. Ta wielość oświadczeń zawartych w Jedz-u powoduje, że tylko jedno lub kilka z tych oświadczeń może być błędnych, niepełnych – w takim przypadku, w ocenie Izby, Jedz może podlegać uzupełnieniu w zakresie właśnie tych zindywidualizowanych oświadczeń. Tym samym, w odpowiedzi na*

wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia określonych oświadczeń, wykonawca jest zobowiązany uzupełnić Jedz w tym właśnie zakresie. (...) Resumując tą część Izba wskazuje, że w zależności od tego jaką wadę, brak zdiagnozuje Zamawiający w złożonym Jedz-u i wskaże w wezwaniu do uzupełnienia dokumentu, w taki sposób będzie podlegał on uzupełnieniu (...).

Tym samym w ocenie Izby w wyniku nieuzupełnienia JEDZ przez odwołującego w sposób wskazany w pismach z dnia 30 listopada 2018 r. zamawiający podjął prawidłową czynność o wykluczeniu odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w związku z niewykazaniem przez odwołującego spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Niniejsze oznacza, że zamawiający nie miał podstaw do przeprowadzenia dalszej oceny oferty odwołującego dla obu objętych odwołaniem części zamówienia. Jak wskazano powyżej ponowne zastosowanie art. 26 ust. 3 Pzp byłoby niedopuszczalne. Podobnie zamawiający nie mógł zastosować w przedmiotowej sprawie art. 26 ust. 4 Pzp, którego naruszenie w treści zarzutu nr 1 wskazał odwołujący. Zgodnie z tym przepisem zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1. Po pierwsze już z samej treści art. 26 ust. 4 Pzp wynika, że nie ma on zastosowania w przypadku dokumentu JEDZ, gdyż ma on zastosowanie do oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, natomiast JEDZ stanowi oświadczenie, o którym mowa w art. 25a ust. 1 Pzp. Po drugie przepis art. 26 ust. 4 Pzp. nie może być stosowany w celu uzupełnienia brakujących informacji, których udzielenie jest obowiązkiem wykonawcy (zob. wyrok z dnia 15 stycznia 2016 r. o sygn. akt KIO 2792/15).

Ponadto braki w treści JEDZ nie mogły zostać zweryfikowane na etapie składania dokumentów podmiotowych poprzez zastosowanie przez zamawiającego przepisu z art. 26 ust. 1 Pzp. Przepis ten nakazuje zamawiającemu, aby przed udzieleniem zamówienia wezwać wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona do złożenia w wyznaczonym terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp. Natomiast w przedmiotowym postępowaniu odwołujący nie wykazał spełnienia warunków określonych przez zamawiającego w SIWZ - we wstępnym oświadczeniu JEDZ - zatem nie było podstaw do wezwania odwołującego do przedłożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w trybie art. 26 ust. 1 Pzp, skoro już na etapie wstępnych oświadczeń odwołującego okazało się, że nie wykazał on spełnia wymagań zamawiającego. Nie może bowiem dojść do sytuacji, w której wykonawca odpowiadając na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp złoży lub uzupełni dokument JEDZ w ten sposób, że nie będzie on w dalszym ciągu potwierdzał spełniania ustalonych warunków udziału w postępowaniu licząc, że swoje błędy naprawi przy kolejnym podejściu składając dokumenty na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 Pzp. W związku z tym Izba przyjęła argumentację zamawiającego i uznała, że nie można zgodzić się z twierdzeniem, iż przy odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 Pzp odwołujący mógłby złożyć prawidłowy „wykaz osób” i „wykaz sprzętu”, które zawierałyby już tym razem wszystkie informacje potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Takie postępowanie oznaczałoby danie wykonawcy kolejnej możliwości naprawienia błędów i niedoskonałości JEDZ, które powinny zostać zweryfikowane w wyniku pierwszego z wezwań zamawiającego z dnia 30 listopada 2018 r. i tym samym stanowiłoby niedopuszczalne objęcie art. 26 ust. 3 Pzp.

W konkluzji Izba stwierdziła, że żaden z postawionych przez odwołującego zarzutów tj. naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w związku z art. 26 ust. 3 i 4 Pzp w związku z art. 7 ust. 1 Pzp oraz samodzielnie art. 26 ust. 3 Pzp nie znalazł potwierdzenia w stanie przedmiotowej sprawy.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 Pzp Izba uwzględniła odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Brak potwierdzenia zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz § 3 pkt 1 i 2 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 (t.j. – Dz. U. z 2018 r. poz. 972), stosownie do wyniku postępowania. Izba zasądziła od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 4 355 zł 66 gr (słownie: cztery tysiące trzysta pięćdziesiąt pięć złotych sześćdziesiąt sześć groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (w kwocie 3 600 zł 00 gr – słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) oraz dojazdu na wyznaczone posiedzenie i rozprawę (w kwocie 755 zł 66 gr – słownie: siedemset pięćdziesiąt pięć złotych sześćdziesiąt sześć groszy) – na podstawie złożonego zestawienia kosztów.

Przewodniczący:.....