

WYROK
z dnia 1 lutego 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska
Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **1 lutego 2021 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **28 grudnia 2020 roku** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Odwołującego - konsorcjum w składzie: **(1) Wykonywanie Prac Leśnych F. Ł. z siedzibą w Kulikówce (Lider); (2) W. M. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych W. M. z siedzibą w Rybnikach (Partner) oraz (3) K. H. prowadzący działalność pod firmą Hokris K. H. z siedzibą w Żedniej (Partner)**

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo DOJLIDY z siedzibą w Białymstoku**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: **(1) A. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą ARTLAS A. B. z siedzibą w Michałowie (Lider); (2) A. C. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą CARPINUS A. C. z siedzibą w Waliłach (Partner) oraz (3) J. C. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą CARPINUS PLUS J. C. z siedzibą w Waliłach (Partner)** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego;

orzeka:

1. Oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Odwołującego - konsorcjum w składzie:
(1) Wykonywanie Prac Leśnych F. Ł. z siedzibą w Kulikówce (Lider); (2) W. M. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych W. M. z siedzibą w Rybnikach (Partner) oraz (3) K. H. prowadzący działalność pod firmą Hokris K. H. z siedzibą w Żedniej (Partner) i:
2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Odwołującego - konsorcjum w składzie: **(1) Wykonywanie Prac Leśnych F. Ł. z siedzibą w Kulikówce (Lider); (2) W. M. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych W. M. z siedzibą w Rybnikach (Partner) oraz (3) K. H. prowadzący działalność pod firmą Hokris K. H. z siedzibą w Żedniej (Partner)** tytułem wpisu od odwołania;

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 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 Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Sygn. akt KIO 3495/21

UZASADNIENIE

W dniu 28 grudnia 2020 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 179 ust. 1 w zw. z art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2019 poz. 1843 ze zm.) (dalej: PZP) odwołanie złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie:

(1) Wykonywanie Prac Leśnych F. Ł. z siedzibą w Kulikówce (Lider);
(2) W. M. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych W. M. z siedzibą w Rybnikach (Partner) oraz (3) K. H. prowadzący działalność pod firmą Hokris K. H. z siedzibą w Żedniej (Partner) – dalej jako „Odwołujący”.

Odwołanie złożono w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - **Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo DOJLIDY w Białymstoku**, w trybie przetargu nieograniczonego na „*Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa DOJLIDY w roku 2021*”.

Odwołanie od czynności podjętych przez Zamawiającego w części dotyczącej pakietu nr II. Zamawiający swoim postępowaniem polegającym na wyborze w pakiecie nr II oferty Konsorcjum reprezentowanego przez ARTLAS A. B. (dalej jako „konsorcjum Artlas”) jako najkorzystniejszej, który to wykonawca podlegał wykluczeniu a oferta podlegała odrzuceniu jako niespełniającej warunki w SIWZ uchybił następującym przepisom ustawy PZP:

- 1.art. 89 ust. 1 pkt 2, 3 i 5 - poprzez nie odrzucenie oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu w zw. z art. 26 ust. 1 z uwagi na nieprzedłożenie dokumentu aktualnego na dzień jego złożenia zgodnego z wezwaniem Zamawiającego;
- 2.art. 26 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 i art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP oraz pkt 7.1 lit. d SIWZ z uwagi na niezastosowanie i nie wykluczenie Wykonawcy z uwagi na niezłożenie dokumentu aktualnego na dzień złożenia;
- 3.art. 22d ust. 2 ustawy Pzp poprzez pominięcie przy ocenie ofert faktu, że zaangażowanie zasobów osobowych wybranego w inne przedsięwzięcia gospodarcze może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia i w tym zakresie zaniechanie wykluczenia wybranego konsorcjum z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp;
- 4.art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia konsorcjum Artlas mimo, iż nie wykazał on spełniania na dzień składania ofert warunku udziału w postępowaniu w zakresie spełniania warunku zdolności technicznej i osobowej (pracowników) wymaganej zgodnie z SIWZ, a także zaniechanie wykluczenia, mimo iż wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej zdolności finansowej i ekonomicznej, technicznej.
- 5.art. 24aa - poprzez jego nie zastosowanie w wystarczającym stopniu w związku

z uzasadnioną wątpliwością co do możliwości wykonawcy w posiadaniu wystarczającego potencjału do wykonania umowy, posiadania wystarczającej liczby osób - pracowników do wykonania umowy, niepotwierdzonej sytuacji finansowej,

6.art. 7 ust. 1 Pzp w związku z wskazanymi powyżej naruszeniami poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w związku ze wskazanymi naruszeniami;

7.art. 7 ust. 3 Pzp poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy, którego oferta nie może być wybrana w zgodzie z przepisami Pzp.

Z ostrożności w przypadku nie uwzględnienia powyższych zarzutów Odwołujący zarzucał naruszenie:

8.art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp w zw. z art. 3 oraz art. 10 ust. 1 i 14 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez jego błędne niezastosowanie i nieodrzućenie oferty konsorcjum ARTLAS, mimo że oferta wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ, bowiem przedstawione wyroby nie potwierdzały faktu spełniania wymogów przewidzianych w SIWZ, stoją w sprzeczności z warunkami określonymi w SIWZ; nie potwierdzają zdolności do możliwości wykonania zadania;

9.art. 24 ust. 1 pkt 12, 16 i 17 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 poprzez niewykazanie spełniania warunków określonych w SIWZ oraz złożenie informacji w treści oferty wprowadzających

w błąd co do jego możliwości potencjału technicznego, osobowego i finansowego,

10.art. 91 ust. 1, art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz art. 22d ust 2 z uwagi na niewykazanie przez Wykonawcę konsorcjum ARTLAS jego potencjału technicznego, osobowego i finansowego zgodnie z warunkami SIWZ.

Odwołujący podkreślił, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy interes wnoszącego w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku, gdyż oferta Odwołującego była najkorzystniejsza oraz spełniała warunki określone w SIWZ przez Zamawiającego.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1.unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej konsorcjum ARTLAS

w ramach pakietu nr II;

2.przeprowadzenie ponownej weryfikacji złożonych w toku przetargu ofert dotyczących pakietu nr II

3.powtórzenie czynności badania spełniania przez konsorcjum ARTLAS warunków udziału i w konsekwencji wykluczenie tego wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12, pkt 16 i pkt 17 Pzp, odrzucenia oferty tego wykonawcy w ramach pakietu nr II jako niespełniającej wymogów SIWZ, zgodnie z przepisami art. 89 ust. 1 pkt 2,3,5 ustawy PZP;

4.powtórzenie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty dotyczącej pakietu nr II,

z ofert wykonawców, którzy potwierdzili spełnianie warunków udziału w postępowaniu;

5.wezwanie Odwołującego do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 Pzp jako wykonawcy z kolejną najwyższą punktacją,

6.dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów wskazanych w odwołaniu na okoliczności wskazane w dalszej części uzasadnienia.

W dniu 16.12.2020r. Odwołujący otrzymał od Zamawiającego pismo o wyborze oferty Konsorcjum ARTLAS dotyczącej pakietu nr II (obrób Katryńka). Odwołanie wniesiono

z zachowaniem ustawowego terminu, kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu, a Odwołujący uścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2, 3 i 5 ustawy PZP poprzez nie odrzucenie oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu w zw. z art. 26 ust. 1 i ust. 2 ustawy PZP z uwagi na nieprzedłożenie dokumentu aktualnego na dzień jego złożenia zgodnego z wezwaniem Zamawiającego oraz art. 26 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12, 16 i 17 i art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP oraz pkt 7.1 lit d SIWZ z uwagi na niezastosowanie i nie wykluczenie Wykonawcy z uwagi na niezłożenie dokumentu aktualnego na dzień złożenia.

Zgodnie z treścią SIWZ pkt 7.1 „Dokumenty wskazane w pkt. 7.1 lit. b-n Wykonawca będzie zobowiązany złożyć w terminie wskazanym przez Zamawiającego, nie krótszym niż 10 dni, określonym w wezwaniu wystosowanym przez Zamawiającego do Wykonawcy po otwarciu ofert w trybie art. 26 ust 1 PZP. Dokumenty wskazane w pkt 7.1 lit. b-n powinny być aktualne na dzień ich złożenia wyznaczony przez Zamawiającego”.

Zgodnie z art. 26 ust. 1 PZP „Zamawiający przed udzieleniem zamówienia, którego wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8; wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni; terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust 1”.

Zamawiający w dniu 30.11.2020r. wystosował do Konsorcjum Artlas wezwanie na podstawie art. 26 ust. 1 PZP. Zamawiający zobowiązał konsorcjum do przedłożenia dokumentów w terminie do 11.12.2020r. Zamawiający wskazał, iż dokumenty mają być aktualne na dzień ich złożenia.

Konsorcjum Artlas w odpowiedzi na wezwanie oraz określoną konieczność przedłożenia dokumentu dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej przedłożył potwierdzenie salda rachunku bankowego z dnia 20.10.2020r. (data wydruku 2020- 10-20 g. 12:44).

Zdaniem Odwołującego Konsorcjum Artlas winno było złożyć oświadczenie dotyczące jego stanu majątkowego ważne na dzień złożenia oświadczenia. Konsorcjum nie przedłożyło ważnego oświadczenia.

Zgodnie § 2 pkt 2 ppkt 3 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r.

w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy

w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U.2020.1282 t.j.) w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących sytuacji ekonomicznej lub finansowej zamawiający może żądać informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert albo wniosków

o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Niemniej jednak mając na uwadze możliwość wystąpienia konieczności weryfikacji składanych dokumentów, bądź potwierdzenia np. sytuacji ekonomicznej Zamawiający może wezwać w celu potwierdzenia stanu Wykonawcy do przedłożenia dokumentów, co też miało miejsce w tym przypadku. Wykonawca na wezwanie Zamawiającego zobowiązany jest do złożenia dokumentów ważnych na dzień ich złożenia. Wykonawca w tym przypadku przedłożył wydruk z konta z dnia 20.10.2020r., składając taki dokument w dniu 3.12.2020r., był on już nieważny i niezgodny z wymogami ustawy PZP oraz pkt 7.1 SIWZ i treścią wezwania Zamawiającego z dnia 30.11.2020.

Oświadczenia lub dokumenty składane na wezwanie powinny potwierdzać brak podstaw do wykluczenia na moment ich złożenia w czasie teraźniejszym, w odniesieniu do aktualnego stanu faktycznego, tym samym potwierdzając

także, że aktualne pozostają okoliczności wskazane w oświadczeniu wstępnym.

W ocenie Odwołującego oferta konsorcjum ARTLAS winna zostać odrzucona, a wcześniej Konsorcjum zostać wykluczone.

W odniesieniu co do ważności dokumentów na dzień ich złożenia oraz słuszności stanowiska Odwołującego wskazano następujące orzeczenia Izby: KIO 2249/16, KIO 366/17, KIO 352/17, KIO 785/17.

Odwołujący poinformował Zamawiającego o zauważonych nieprawidłowościach w dokumentach Konsorcjum pismami z dnia 14.12.2020r. oraz w szczególności w zakresie potwierdzenia salda w piśmie z dnia 18.12.2020r. W odpowiedzi Zamawiający udzielił odpowiedzi błędnie uznając, iż dokument potwierdzający zdolności finansowe jest ważny.

Odwołujący nadmieniał również o braku ważności certyfikatu dotyczącego podpisu na dzień jego weryfikacji dotyczącego załącznika 7.

Odwołującego stoi na stanowisku, iż, przedłożony dokument nie był ważny na dzień jego złożenia, a co za tym idzie oferta Konsorcjum ARTLAS nie mogła zostać wybrana, wykonawca winien być wykluczony, a oferta odrzucona.

Zarzut naruszenia art. 22d ust. 2 ustawy Pzp poprzez pominięcie przy ocenie ofert faktu, że zaangażowanie zasobów osobowych wybranego w inne przedsięwzięcia gospodarcze może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia i w tym zakresie zaniechanie wykluczenia wybranego konsorcjum z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy mimo, iż nie wykazał on spełniania na dzień składania ofert warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i osobowej (pracowników) wymaganej zgodnie z SIWZ.

a także zaniechanie wykluczenia, mimo iż wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej zdolności finansowej i ekonomicznej, technicznej.

Zarzut naruszenia art. 24aa - poprzez jego nie zastosowanie w wystarczającym stopniu

w związku z uzasadnioną wątpliwością co do możliwości wykonawcy w posiadaniu wystarczającego potencjału do wykonania umowy, posiadania wystarczającej liczby osób - pracowników do wykonania umowy, niepotwierdzonej sytuacji finansowej.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp w zw. z art. 3 oraz art. 10 ust. 1 i 14 Ustawy

o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez jego błędne niezastosowanie i nieodrzućenie oferty Konsorcjum ARTLAS, mimo że oferta złożona przez wykonawcę nie odpowiada treści SIWZ, bowiem przedstawione przez wykonawcę wyroby nie potwierdzały faktu spełniania wymogów przewidzianych w SIWZ, stoją w sprzeczności z warunkami określonymi w SIWZ; nie potwierdzają zdolności do możliwości wykonania zadania.

Zarzut naruszenia art. 24 ust 1 pkt 12, 16 i 17w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 poprzez niewykazanie spełniania warunków określonych w SIWZ oraz złożenie informacji w treści oferty wprowadzających w błąd co do jego możliwości potencjału technicznego, osobowego

i finansowego.

Zarzut naruszenia art. 91 ust. 1, art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz art. 22d ust. 2 z uwagi na niewykazanie przez Konsorcjum ARTLAS jego potencjału technicznego, osobowego i finansowego zgodnie z warunkami SIWZ.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp w związku ze wskazywanymi powyżej naruszeniami poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 3 Pzp poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy, którego oferta nie może być wybrana w zgodzie z przepisami Pzp.

Odwołujący podkreślił, że Konsorcjum ARTLAS w odniesieniu do składanych przez niego ofert, zarówno samodzielnie, jak i w ramach konsorcjum wykazuje udział

i wykorzystanie tych samych osób, maszyn oraz doświadczenie. Przedmiotowe celowe działanie oferenta, mogło prowadzić do celowego wprowadzenia w błąd Zamawiającego,

a co za tym idzie do wyboru oferty z naruszeniem obowiązujących przepisów oraz przy nie spełnianiu warunków określonych w SIWZ.

Na uwagę zasługuje celowe wprowadzanie w błąd Zamawiającego w postępowaniu ogłoszonym przez Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Żednia - Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Żednia w roku 2021 w ramach pakietu IV, polegające na wskazaniu osób bez ich wiedzy do udziału w ramach realizacji zadania w celu wykazania spełniania warunków (jako dowód Odwołujący złożył oświadczenie S. O. - podpisane elektronicznie).

W przesłanej do Zamawiającego informacji wskazano również zauważone nieprawidłowości odnoszące się do udziału osób w komisji przetargowej, które winne były być wykluczone.

Biorąc powyższe argumenty pod uwagę Odwołujący stwierdził, iż oferta Konsorcjum ARTLAS podlegała odrzuceniu, a przynajmniej uzasadnionym było podjęcie czynności mających na celu szczegółowe i gruntowne zbadanie prawdziwości złożonych dokumentów

i oświadczeń. Zamawiający takich czynności nie podjął, pomimo uzasadnionej konieczności zbadania oferty Konsorcjum. Zdaniem Odwołującego takie działania Konsorcjum ARTLAS wypełnia znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, określonego w art. 3 ust. 1, art. 10 ust. 1 oraz art. 14 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący podał w wątpliwość możliwości udziału konsorcjum ARTLAS należytego wykonania zadania przez składanie ofert w kilku postępowaniach jednocześnie, samodzielnie i w ramach konsorcjum. Jako przykłady wskazano postępowania:

1.Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Krynki - Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Krynki

w roku 2021 - ARTLAS A. B. - oferta nr 3 pakiet III,

2.Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Waliły - Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Waliły

w roku 2021 - ARTLAS A. B. w ramach Konsorcjum - Oferta nr 2 Pakiet nr 1,2 i 3;

3.Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo DOJLIDY - Wykonywanie usług ; zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa DOJLIDY w roku 2021 - pakiet 2;

4.Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Żednia - Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Żednia

w roku 2021.

Warunki udziału w zakresie potencjału osobowego oraz technicznego zostały określone w pkt 6.2. ppkt 3b oraz 3c SIWZ odrębnie dla każdego Pakietu. Zamawiający stawiał warunek dysponowania określonymi specjalistycznymi pojazdami oraz osobami

o odpowiednich kompetencjach, niezbędnymi do realizacji zamówienia. Rodzaj niezbędnych maszyn/pojazdów oraz kategorie osób opisane zostały w poszczególnych. Pakietach

w sposób łożsamy, różna była jedynie liczba osób posiadających uprawnienia do pracy.

Jednocześnie w pkt 3.5 SIWZ Zamawiający wymagał zatrudnienia przez wykonawcę (lub podwykonawcę) na umowę o pracę osób wykonujących czynności wchodzące w skład przedmiotu zamówienia polegające na pozyskaniu i zrywce surowca drzewnego, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w Kodeksie pracy. Dodatkowo w odniesieniu do sposobu spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego potencjału osobowego, w pkt 6.5 ppkt 2 SIWZ Zamawiający zamieścił zastrzeżenie, zgodnie z którym jeżeli Wykonawca ubiega się o udzielenie zamówienia na kilka Pakietów, to nie może celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu wskazać tego samego doświadczenia, tych samych osób, tych samych urządzeń przewidzianych do realizacji zamówienia, ani tego samego potencjału finansowego w więcej niż jednym Pakiecie. Tym samym Zamawiający wyraźnie zaakcentował zwłaszcza rolę potencjału osobowego oraz technicznego wykonawcy wymaganego w ramach warunków udziału w postępowaniu, który weryfikowany jest przed udzieleniem zamówienia nie w celu formalnego dopełnienia procedury i oceny złożonych dokumentów, lecz dla zagwarantowania, że zasób przedstawiony w ofercie faktycznie będzie wykorzystany później na etapie realizacji umowy.

Konsekwentnie też, we wzorze umowy Zamawiający zamieścił następujące zobowiązanie wykonawcy: *Wykonawca zobowiązuje się do wykonywania poszczególnych prac wchodzących w skład Przedmiotu Umowy przez osoby wskazane w Ofercie*; natomiast w załącznikach 12 i 13 zostały wskazane osoby oraz maszyny które mają zostać wykorzystane w trakcie realizacji umowy.

Wykazanie tych samych maszyn oraz osób na dzień składania ofert w kilku ofertach stanowi istotne naruszenie przepisów, gdyż na dzień składania ofert niemożliwym było, aby osoby oraz maszyny mogły być wykorzystane jednocześnie w kilku miejscach jednocześnie, a zakres prac i odległość miejsca wykonywania umowy uniemożliwia ich chwilowe używanie i ciągłe przemieszczanie.

Mając na uwadze wskazywanie osób bez ich wiedzy można podać w wątpliwości również prawdziwość pozostałych informacji wskazywanych przez konsorcjum ARTLAS. Zamawiający pomimo posiadanej wiedzy o możliwości złożenia nieprawdziwych lub niepełnych informacji, nie podjął kroków w celu wyjaśnienia ewentualnych twierdzeń,

w szczególności dotyczących posiadanych zasobów finansowych, technicznych czy też zawartych umów o pracę z pracownikami posiadającymi odpowiednie kwalifikacje.

W ocenie Odwołującego należy poddać sprawdzeniu w szczególności prawdziwość: czy wskazane w wykazie maszyny są zarejestrowane, użyczone, bądź też leasingowane przez konsorcjum ARTLAS na dzień składania oferty. Nie sposób zgodzić się

z okolicznością, iż wykazanie nr VIN może być w zaistniałej okoliczności prawdziwe. Samo podanie nr VIN nie świadczy o możliwości wykorzystania maszyn w ramach realizacji zamówienia, a pozyskanie nr VIN maszyn można zrobić chociażby spisując ich nr z ogłoszeń o sprzedaży maszyn.

Mając na uwadze wskazanie Pana S. O. w ramach postępowania prowadzonego przez Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Żednia - Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Żednia w roku 2021 bez jego zgody i wiedzy jako spełnianie warunków, należy sprawdzić wskazane w ofercie informacje dotyczące spełniania warunków SIWZ, w tym możliwości osobowe skierowane do realizacji zamówienia w tym, czy wskazane osoby posiadają stosowne uprawnienia, legalność pobytu, prawidłowość podpisanych umów

o pracę na dzień złożenia oferty - poprzez przedłożenie opłaconych do ZUS składek za miesiąc listopad i grudzień 2020r.

Odwołujący dodał, iż w ramach udziału w postępowaniach u zamawiających konsorcjum ARTLAS wskazuje to samo doświadczenie.

Zgodnie z pkt 6.6 SIWZ zaangażowanie w innych postępowaniach zasobów technicznych - osobowych i maszynowych ma istotnie negatywny skutek na realizację zamówienia i uzasadnia obawę, iż Konsorcjum nie będzie w stanie należycie wykonać umowy.

Zgodnie z art. 22d ust. 1 i 2 ustawy PZP w odniesieniu do zasobów osobowych oraz technicznych, które pełnią doniosłą rolę przy wykonaniu zamówienia, zamawiający ma szczególne uprawnienie do stwierdzenia na każdym etapie, że wykonawca nie posiada wymaganych zdolności, jeżeli zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze wykonawcy może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia. Tym samym w przepisach ustawy Pzp, rozporządzenia w sprawie dokumentów oraz w treści SIWZ wprost i jednoznacznie przesądzono, że osoby i sprzęt wskazane przez wykonawcę w ofercie powinny być dla wykonawcy nie tyle dostępne

w ogólności, na potrzeby prowadzenia przez niego działalności jako takiej, lecz powinny być one dostępne na potrzeby wykonania konkretnego zaoferowanego świadczenia. Konsorcjum powinno dysponować konkretnymi maszynami i pojazdami wskazanymi w wykazie urządzeń technicznych oraz konkretnymi osobami wskazanymi w wykazie osób skierowanych do realizacji zamówienia w taki sposób, aby możliwe było terminowe i jakościowe wykonanie wszystkich prac przewidzianych w SIWZ.

W postępowaniu ogłoszonym przez Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Żednia pakiet nr 3 wskazano m.in. pracowników R. O. oraz R. Y., którzy to zostali również wskazani jako wykonujący umowę w ramach oferty i realizacji zadania w przedmiotowym postępowaniu. Jednocześnie te same osoby zostały wskazane jako wykonujący umowę w ramach oferty i realizacji zadania nr 2 w postępowaniu ogłoszonym przez Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo DOJLIDY - Wykonywanie usług ; zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa DOJLIDY w roku 2021. ARTLAS wskazał w postępowaniu ogłoszonym przez Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo - Żednia Nr 5 postępowania m.in. pracowników R. V., Ż. Ł., J. S., którzy to zostali również wskazani jako wykonujący umowę w ramach oferty i realizacji tego zadania. Te same osoby zostały wskazane jako wykonujący umowę w ramach oferty i realizacji zadania nr 2 w postępowaniu ogłoszonym przez Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo DOJLIDY - Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa DOJLIDY w roku 2021..

Podobne działanie co do przepisywania i dublowania osób zostało dokonane w ofercie do postępowania ogłoszonego przez Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Krynki - Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Krynki w roku 2021 - Nr postępowania: SA.270.6.2020 - poprzez kilkukrotne wskazanie tych samych osób. Odwołujący przedstawił zestawienie w jakich pakietach i postępowaniach zostały wykazane poszczególne osoby ujęte w wykazie osób konsorcjum AARTLAS.

Mając na uwadze zakres i ilość prac koniecznych do wykonania zadań, nie jest możliwym, aby jednocześnie osoby mogły brać udział w ramach realizacji kilku zadań.

W innych postępowaniach w stosunku do wskazanych osób w zależności od potrzeby były wskazywane różne obowiązki. Biorąc pod uwagę również konieczność posiadania zatrudnionych kilkudziesięciu pilarzy i złożonych ofert w ramach postępowań ogłoszonych przez Skarb Państwa/różne Nadleśnictwa w ocenie Odwołującego koniecznym jest łączne udokumentowanie zatrudnienia przez przedstawienie druków ZUS - DRA celem potwierdzenia spełnienia warunków o posiadaniu wystarczających zasobów pracowników oraz potwierdzeń uiszczonych składek przynajmniej za miesiące listopad i grudzień 2020.

Podobna sytuacja przedstawia się co do przedstawionych maszyn które uległy zdublowaniu:

1. Harvester Komatsu 901TX nr seryjny 9011011454 - ARTLAS wskazał w dwóch postępowaniach;
2. Forwarder Valmet 830 nr seryjny 311162 - ARTLAS wskazał w trzech postępowaniach;
3. Ciągnik BELARUS 920 nr seryjny 233690, Ciągnik N/ALTRA 900-4 nr id. L36326 ARTLAS wskazał w dwóch postępowaniach;
4. Pług do przygotowania gleby typu LP2 ARTLAS wskazał w trzech postępowaniach.

Mając na uwadze zakres i ilość prac koniecznych do wykonania zadań nie jest możliwym, aby jednocześnie maszyny mogły brać udział w ramach realizacji kilku zadań.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający zobowiązany jest do odrzucenia oferty, gdy jej treść nie odpowiada treści SIWZ. Zamawiający musi stosować się do pełnej treści normy, bo nie wyłączył w specyfikacji (ani w zmianach do specyfikacji) zakresu zamówienia, w którym wykonawcy (a także zamawiający) mogliby dokonać odstępstw od pełnego brzmienia normy i tym samym do pierwotnego brzmienia specyfikacji.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Szczególnie istotny jest tu etap przygotowania oraz opis przedmiotu zamówienia. Są to w praktyce najistotniejsze elementy postępowania, od których zależy możliwość ubiegania się o zamówienie oraz możliwość złożenia oferty. Ukształtowana w postępowaniu treść SIWZ jest wiążąca nie tylko dla wykonawców, ale także dla Zamawiającego. Zamawiającemu na etapie badania i oceny ofert nie wolno swobodnie interpretować postanowień SIWZ i odstępować od ustanowionych wymogów (w tym ich zawężać czy rozszerzać), prowadziłoby to bowiem do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców. Na etapie badania i oceny ofert niedopuszczalne jest dokonywanie przez Zamawiającego jakichkolwiek zmian w zakresie interpretacji wymogów SIWZ oraz dokonywanie badania i oceny ofert z pominięciem wymagań narzuconych treścią SIWZ czy też z uwzględnieniem wymagań z treści SIWZ jednoznacznie nie wynikających albo bardziej rygorystycznych niż pierwotnie ustalone.

Powyższe uzasadnia oczekiwanie, że oferty będą spełniać warunki określone w SIWZ. Ponadto określenie warunków w SIWZ powoduje, iż oferenci muszą się do nich dostosować i liczą, iż pozostali oferenci złożą oferty spełniające warunki w SIWZ, a wykażą kilkukrotnie te same zasoby techniczne co do maszyn oraz te same osoby, a ponadto celowego próbowali będą wprowadzić w błąd Zamawiającego wykazując osoby bez ich zgody i wiedzy.

Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 28 kwietnia 2011 r., KIO 788/11, wskazała, że: „(...) niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce w szczególności

w sytuacji, gdy oferowany przedmiot zamówienia nie odpowiada przedmiotowi opisanemu

w SIWZ co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów dotyczących wykonania przedmiotu zamówienia. Treść oferty jest zobowiązaniem wykonawcy do zrealizowania przedmiotu zamówienia na rzecz Zamawiającego na warunkach określonych w SIWZ, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą

i zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. oferta podlega odrzuceniu jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ

z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p., tj. jeżeli niezgodność treści oferty z SIWZ nie może zostać poprawiona jako omyłka niepowodująca istotnych zmian w treści oferty. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ powinna podlegać ocenie z uwzględnieniem pojęcia oferty zdefiniowanego w art. 66 k.c., czyli jako niezgodność treści oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami Zamawiającego zawartymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w odniesieniu do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia”.

Treść SIWZ jest ustalana przez Zamawiającego, jest on jej autorem i w granicach określonych ustawą PZP kreuje zarówno jej zawartość, jak i przyszłe zobowiązania stron. Zamawiający powinien dochować należytej staranności w formułowaniu zapisów SIWZ

w tym opisu przedmiotu zamówienia, czy wzoru przyszłej umowy bądź istotnych dla stron postanowień, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Ma to znaczenie dla późniejszej oceny zgodności złożonych ofert

z postanowieniami wyspecyfikowanymi przez Zamawiającego.

Dokonanie wyboru oferty niezgodnej z przewidzianymi warunkami w SIWZ może prowadzić do naruszenia również zasad uczciwej konkurencji oraz wydatkowania środków publicznych w naruszeniu z obowiązującymi przepisami. Dokonanie wyboru oferty

z oferowanymi wyrobami, które nie będą używane zgodnie z ich przeznaczeniem stanowi istotne nadużycie i postępowanie naruszające obowiązujące przepisy.

Reasumując stanowisko Odwołującego podkreślił, że wniesienie odwołania jest

w pełni uzasadnione, a co za tym idzie koniecznym jest ponowna analiza zebranego materiału w ramach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W tym stanie rzeczy Odwołujący wnosił jak we wstępie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w SIWZ, złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia ofertach, wyjaśnieniach, odwołaniu, a także wyrażone ustnie

i pisemnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołanie na rozprawę.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Możliwość dokonania w sposób nieprawidłowy czynności badania i oceny ofert, w tym wybór jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy, której ważność i prawidłowość jest kwestionowana, pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: (1) A. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą ARTLAS A. B. z siedzibą w Michałowie (Lider); (2) A. C. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą CARPINUS A. C. z siedzibą w Waliłach (Partner) oraz (3) J. C. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą CARPINUS PLUS J. C. z siedzibą w Waliłach (Partner). Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia. Przystępujący przedstawił stanowisko pisemne, wnosząc o oddalenie odwołania jako całkowicie bezzasadnego.

Zamawiający na podstawie art. 186 ust. 1 ustawy PZP złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie w całości.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2,3,5 w zw. z art. 26 ust. 1 i art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp dotyczącego terminu ważności dokumentu potwierdzającego warunek udziału Zamawiający podkreślił, że zgodnie z § 2 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia o dokumentach w ramach weryfikacji sytuacji finansowej zamawiający może żądać informacji z banku lub SKOK potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową, w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed terminem składania ofert.

Zgodnie z zapisami SIWZ termin składania ofert upływał w dniu 17 listopada 2020 roku o godz. 9.00. Tym samym dokument wystawiony z dniem 20 października 2020 roku spełnia powyższe kryteria.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 22d ust. 2, art. 24 ust. 1 pkt 12, art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz art. 24 ust. 1 pkt 16 i art. 24aa ustawy PZP dotyczących spełnienia warunków zdolności technicznej i osobowej pracowników wymaganej w SIWZ Zamawiający podniósł, że warunki dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej odnosiły się do doświadczenia, potencjału technicznego oraz osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia.

Odwołujący zarzuca, że konsorcjum ARTLAS przy pomocy tego samego potencjału technicznego i osób, którego posiadanie wykazał w prowadzonym postępowaniu, wykonuje albo będzie wykonywał inne przedsięwzięcia gospodarcze w zakresie gospodarki leśnej

w innych jednostkach Lasów Państwowych.

W ocenie Zamawiającego samo zaangażowanie zasobów w inne przedsięwzięcia gospodarcze nie powoduje automatycznie utraty zdolności do realizacji danego zamówienia przez wykonawcę. Kolizja będzie miała dopiero miejsce wtedy, gdy okaże się, że nie będzie możliwe pogodzenie użycia tego potencjału równocześnie przy realizacji przedmiotowego zamówienia z innymi przedsięwzięciami gospodarczymi.

Zdolność techniczna i zawodowa była badana pod kątem możliwości realizacji zamówienia na założonym przez Zamawiającego odpowiednim poziomie jakości. Zamawiający nie ma pełnej i obiektywnej wiedzy, że realizowane zamówienie może być zagrożone przez inne przedsięwzięcie, w którym te same osoby i sprzęt już występują.

W SIWZ brak jest jakiegokolwiek zastrzeżenia, że niedopuszczalne jest wykonywanie równolegle innych zadań przez ten sam sprzęt lub te same osoby w sąsiednich Nadleśnictwach. Zamawiający nie określił jakiegokolwiek harmonogramu czasowego wykonywania przedmiotu zamówienia, z którego wynikałoby zaangażowanie zasobów technicznych i osobowych w realizację zamówienia w ściśle określonych przedziałach czasowych. Sam fakt powoływania się na te same zasoby sprzętowe w różnych ofertach

i postępowaniach nie oznacza, że zasoby te są faktycznie zaangażowane w inne przedsięwzięcia gospodarcze. Wykonawcy jako podmioty aktywnie działające w branży biorą udział w licznych przetargach, składają oferty, nie mając gwarancji, które zamówienia będą ostatecznie realizować. Ustawa PZP, jak i przepisy wykonawcze nie zawierają postanowień nakazujących zamawiającemu ustalać, w jakich postępowaniach o udzielenie zamówienia dany wykonawca złożył oferty i jakie narzędzia wykazał (tak wyrok KIO z dnia 9 marca 2017r., sygn. akt KIO 352/17 oraz wyrok KIO z dnia 5 marca 2020r., sygn. akt KIO 296/20, wyrok KIO z dnia 28 września 2020r., sygn. akt KIO 2214/20).

Odnosząc się do zarzutu braku ważności certyfikatu podpisu na dzień jego weryfikacji, Zamawiający podkreślił, że kwalifikowane podpisy elektroniczne wystawiane są przez dostawców kwalifikowanej usługi zaufania będących podmiotami świadczącymi usługi certyfikacyjne. Podmioty takie są wpisane do rejestru ministra ds. informatyzacji prowadzonego przez Narodowe Centrum Certyfikacji. NCC tworzy i wydaje kwalifikowanym dostawcom usług zaufania certyfikaty służące do weryfikacji zaawansowanych podpisów elektronicznych. Na stronie internetowej NCC znajduje się rejestr podmiotów udostępniających usługę kwalifikowanego podpisu elektronicznego. W Polsce są to:

- 1) Asseco Data Systems SA - Certum
- 2) EuroCert;
- 3) Krajowa Izba Rozliczeniowa SA – Szafir;
- 4) Kwalifikowane Centrum Certyfikacji Kluczy – CenCert;
- 5) Polska Wytwórnia Papierów Wartościowych SA – Sigillum.

W raporcie weryfikacji podpisu (wystawca certyfikatu: Centrum Kwalifikacyjne EuroCert) widnieje status podpisu Pana B. jako „Niekompletnie zweryfikowany” (błąd kontroli czasu). Weryfikacja nastąpiła w dniu 18 listopada 2020 roku o godz. 13.05, natomiast certyfikat był ważny do dnia 18 listopada 2020 roku do godz. 10.05. W momencie składania podpisu pod oświadczeniem o braku przynależności do grupy kapitałowej (w dniu 17 listopada 2020 roku o godz. 20.04) podpis był prawidłowo złożony, czego potwierdzeniem jest raport weryfikacji wystawiony przez Szafir z dnia 19 listopada 2020 roku. W tym stanie rzeczy Zamawiający uważa odwołanie za niezasadne.

Z dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego do Izby na nośniku elektronicznym wynika, że przedmiotem zamówienia są usługi z zakresu gospodarki leśnej zgodnie z określeniem w art. 6 ust. 1 pkt. 1 ustawy z dnia 28 września 1991 r. o lasach (tekst jedn.: Dz. U. z 2020 r., poz. 1463 ze zm. – „Ustawa o lasach”) obejmujące prace z zakresu hodowli i ochrony lasu, ochrony przeciwpożarowej, pozyskania i zrywki drewna oraz gospodarki nasiennej – szkółkarskiej oraz pozostałe prace leśne, do wykonania na terenie Nadleśnictwa DOJLID Yw roku 2021. Przedmiot

zamówienia podzielono na 5 pakietów. Zamawiający wymagał, by Wykonawca zapewnił wystarczającą ilość sprzętu oraz pracowników w celu równomiernego pozyskania i zrywki w leśnictwach wchodzących w skład danego pakietu. Wykonawca mógł złożyć ofertę na jeden lub większą ilość pakietów. Oferta złożona na dany pakiet musiała obejmować cały zakres prac przewidzianych w SIWZ dla tego pakietu. Zamawiający w pakietach I, II i III wymagał zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności wchodzące w skład przedmiotu zamówienia polegające na pozyskaniu i zrywce surowca drzewnego, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy.

W postępowaniu mogli brać udział Wykonawcy, którzy nie podlegali wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia i spełniali następujące warunki udziału:

- a) sytuacji ekonomicznej lub finansowej. Warunek w odniesieniu do sytuacji finansowej, zostanie spełniony, jeśli Wykonawca wykaże, że posiada środki finansowe lub zdolność kredytową nie mniejszą niż: dla pakietu II w wysokości 300 000,00 zł;
- b) zdolności technicznej lub zawodowej. Warunek ten, w zakresie potencjału technicznego, zostanie uznany za spełniony, jeśli Wykonawca wykaże, że dysponuje lub będzie dysponować dla pakietu II co najmniej 2 szt. maszyna leśna typu harvester, co najmniej 4 szt. ciągników zrywkowych lub ciągników przystosowanych do zrywki drewna;
- c) Warunek ten, w zakresie osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, zostanie uznany za spełniony, jeśli Wykonawca wykaże, że dysponuje lub będzie dysponować
-co najmniej 6 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 na podstawie poprzednio obowiązujących przepisów albo odpowiadające im uprawnienia wydane w innych Państwach Członkowskich Unii Europejskiej;
-co najmniej 1 osobą nadzoru z wykształceniem leśnym wyższym, leśnym średnim lub posiadającymi dyplom ukończenia studium zawodowego świadczenia usług na rzecz leśnictwa;
-co najmniej 1 osobą, która ukończyła 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.
Zamawiający podał w SIWZ, że jeżeli Wykonawca ubiega się o udzielenie zamówienia na kilka pakietów, nie może celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu wskazywać w więcej niż jednym pakiecie:

- 1) wartości tego samego doświadczenia,
- 2) tych samych osób przewidzianych do realizacji zamówienia do pełnienia takich samych funkcji, przy czym Zamawiający dopuszcza, aby osoba nadzoru była wskazywana w więcej niż w jednym pakiecie;
- 3) tego samego potencjału finansowego.

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

W celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia z postępowania oraz w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu Wykonawcy byli obowiązani przedstawić Zamawiającemu następujące oświadczenia i dokumenty:

- na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dot. sytuacji finansowej – informacje nt. środków finansowych lub zdolności kredytowej, którymi dysponuje wykonawca, które podać należy w Części IV lit. B (pkt 6) JEDZ;
- 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, którymi dysponuje wykonawca, które podać należy w Części IV lit. C (pkt 9) JEDZ; należy podać informacje nt. rodzaju urządzeń, tj. maszyna leśna typu harvester, ciągnik zrywkowy lub ciągnik przystosowany do zrywki drewna, pług do przygotowania gleby, 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 nadzoru z wykształceniem leśnym wyższym, leśnym średnim lub posiadających dyplom ukończenia studium zawodowego świadczenia usług na rzecz leśnictwa oraz (3) 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; 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.

Dodatkowo należało również złożyć Wykaz usług, Wykaz osób, Wykaz narzędzi.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba uznała, że odwołanie w całości podlegało oddaleniu.

Rozpoznając zasadność zarzutów naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2,3,5 w zw. z art. 26 ust. 1 i art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp, Izba w całości podziela stanowiska zaprezentowane przez Zamawiającego i Przystępującego.

Zgodnie z treścią art. 26 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający przed udzieleniem zamówienia wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia

w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp.

Rozporządzenie o dokumentach stanowi, że w przypadku dokumentów potwierdzających spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących sytuacji ekonomicznej lub finansowej zamawiający może żądać informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Zamawiający wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona do złożenia aktualnych na dzień złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Natomiast stan dokumentów uznawany za aktualny precyzuje właśnie treść rozporządzenia o dokumentach. Za „aktualne” na dzień złożenia zostaną uznane takie dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału, które mieszczą się w czasokresie wynikającym z rozporządzenia o dokumentach, czyli obrazują w tym przypadku sytuację finansową lub ekonomiczną wykonawcy w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed terminem składania ofert. W przedmiotowym postępowaniu Przystępujący właśnie takie dokumenty przedstawił Zamawiającemu. Złożono bowiem dokument z dnia 20 października 2020 roku, a więc potwierdzający wysokość posiadanych środków finansowych (saldo rachunku bankowego), podczas gdy termin składania ofert upływał w dniu 17 listopada 2020 roku. Złożony dokument potwierdzał zatem stan środków w okresie krótszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert, wysokość środków na koncie potwierdzała spełnienie ustalonego w postępowaniu warunku udziału. Formy złożonego dokumentu Odwołujący nie kwestionował. Wobec powyższego Zamawiający nie miał podstaw, by zastosować wobec Przystępującego przepisy ustawy Pzp wskazane w petitum odwołania. Odwołujący zdaje się błędnie utożsamiać datę wystawienia dokumentu potwierdzającego warunek udziału w postępowaniu w stosunku do daty wystosowania przez Zamawiającego wezwania o złożenie dokumentu (20 października w relacji do 3 grudnia) i stąd wywodzi nieważność przedstawionego dokumentu z przywołanymi wymogami. Tymczasem złożony na wezwanie dokumentu uznaje się za aktualny, w sytuacji gdy mimo upływu czasu od jego wystawienia nadal odzwierciedla aktualną sytuację wykonawcy. Termin „aktualny” nie oznacza pochodzący z terminu po składaniu ofert, czy też terminu po otrzymaniu wezwania. „Aktualny” oznacza potwierdzający sytuację/stan przedstawiony w dokumencie JEDZ przez danego wykonawcę.

Nie mogły zostać wobec tego uwzględnione również zarzuty naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp. W tym zakresie w zasadzie odwołanie nie zawiera żadnej argumentacji o charakterze merytorycznym. Odwołujący nie odnosi się w jakim zakresie Przystępujący miałby przedstawić informacje nie odpowiadające rzeczywistości stanowi rzeczy, które dodatkowo mogły lub wprowadziły Zamawiającego w błąd.

Zupełnie niezrozumiałe jest dla Izby formułowanie w przedmiocie wykazania warunków udziału w postępowaniu zarzutów naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2,3,5 ustawy Pzp. Przepisy te odnoszą się do merytorycznej treści oferty, nie znajdują one zastosowania do etapu badania przez Zamawiającego spełnienia warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp związany jest z przełożeniem treści oferty w odniesieniu do określenia przez danego wykonawcę przedmiotu oferty do wymagań określonych w SIWZ co do przedmiotu zamówienia. Przepis odnosi się do wymagań SIWZ ujętych w treści oferty danego Wykonawcy zaoferowanego zobowiązania, a nie do spełniania warunków udziału w postępowaniu, jak błędnie wyprowadza wniosek Odwołujący.

W przypadku zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w odwołaniu stanowisko Odwołującego ogranicza się do przytoczenia postawy prawnej. Zarzut ten nie zawiera jakiejkolwiek argumentacji merytorycznej, jest on wewnętrznie pusty. Tym bardziej więc z uwagi na jego budowę nie mógł on stanowić podstawy do uwzględnienia odwołania.

Zdaniem składu orzekającego Izby Odwołujący nieprawidłowo sformułował także zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Poza brakiem jakiejkolwiek uzasadnienia naruszenia podnoszonego przepisu, wobec stanowiska orzecznictwa i doktryny, przywołanych choćby w stanowisku pisemnym Przystępującego, przepis ten znajduje zastosowanie w postępowaniach wieloetapowych (np. przetarg ograniczony). W przypadku przetargu nieograniczonego, który znajduje zastosowanie do przedmiotowego postępowania, wykluczenie wykonawcy z powodu niespełnienia warunków udziału w postępowaniu ma miejsce na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp. Jak już jednak zauważono w niniejszym orzeczeniu, zdaniem Izby wobec Przystępującego nie zachodziły przesłanki jego wykluczenia z powodu niewykazania warunku udziału związanego ze zdolnością finansową.

Poddając analizie zasadność zarzutów naruszenia art. 22d ust. 2 ustawy Pzp, to zgodnie z art. 22d ust. 2 ustawy Pzp, zamawiający może, na każdym etapie postępowania, uznać, że wykonawca nie posiada wymaganych zdolności, jeżeli zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze wykonawcy może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia.

Niewątpliwie konstrukcja instytucji uregulowanej w treści art. 22d ust. 2 ustawy Pzp odnosi się do ustalonych warunków udziału w postępowaniu, jednak przede wszystkim odnosi się ona do faktycznej zdolności danego wykonawcy do realizacji przedmiotu zamówienia, a więc dostępnego mu na daną chwilę potencjału technicznego, zawodowego, czy osobowego i jego zaangażowania w inne przedsięwzięcia, który może wywołać negatywny wpływ na realizację zadania w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wprowadzenie tej regulacji prawnej miało zapewnić zamawiającym urealnienie wymagania od danego wykonawcy należytego wykonania zamówienia, starania się przez wykonawców o zamówienia przekraczające ich możliwości logistyczno-osobowe do wykonywania kilku przedsięwzięć gospodarczych w jednym czasie oraz koncentracji na danym rynku.

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający podzielił je na pakiety, określając, że Wykonawca mógł złożyć ofertę na jeden lub większą ilość pakietów. Z drugiej strony Zamawiający wprowadził zapis, że wymaga od Wykonawcy jeżeli ten ubiega się o udzielenie zamówienia na kilka pakietów, nie może celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu wskazywać w więcej niż jednym pakiecie:

- 1) wartości tego samego doświadczenia,
- 2) tych samych osób przewidzianych do realizacji zamówienia do pełnienia takich samych funkcji, przy czym Zamawiający dopuszcza, aby osoba nadzoru była wskazywana w więcej niż w jednym pakiecie;
- 3) tego samego potencjału finansowego

Zamawiający ujął w SIWZ wymagania minimalne co do liczebności poszczególnych brygad oraz podstawowego zakresu maszyn i narzędzi niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia. Specyfikacja nie zawierała jednak zastrzeżenia, że wskazane osobowo przez danego Wykonawcę brygady i sprzęt mają być ściśle przypisane do danego

zobowiązania umownego.

Jak wskazywał Odwołujący część pracowników brygad wymienionych w Wykazie osób została w sposób tożsamy przedstawiona przez Przystępującego w innych postępowaniach, w których ofertę złożył Przystępującego na rzecz innych Nadleśnictw, usytuowanych w pobliżu.

Dostrzeżenia w ocenie Izby wymaga, iż samo zaangażowanie zasobów w inne przedsięwzięcia gospodarcze nie powoduje automatycznie utraty zdolności do realizacji danego zamówienia przez wykonawcę i z automatu nie świadczy o możliwości wystąpienia negatywnego wpływu na realizację postępowania będącego przedmiotem oceny. Istotnym z punktu widzenia analizowanego przepisu jest bowiem wykazanie czy owo zaangażowanie zasobów w inne przedsięwzięcia gospodarcze może wywołać negatywny wpływ na realizację tego zamówienia publicznego. Pomiedzy wykorzystaniem potencjału wykonawcy do realizacji innych przedsięwzięć gospodarczych, a drugą z przesłanek, dotyczącą możliwości wystąpienia zagrożenia należytego wykonania umowy, winien występować adekwatny związek przyczynowy, który należy wykazać.

W stanie faktycznym będącym przedmiotem rozpoznania Odwołujący, podnosząc naruszenie art. 22d ust. 2 ustawy Pzp, na którym spoczywał ciężar udowodnienia (zgodnie z art. 6kc oraz art. 190 ust. 1 ustawy Pzp), nie uprawdopodobnił nawet, że zaangażowanie zasobów w inne przedsięwzięcia może mieć negatywny wpływ na realizację tego zamówienia publicznego. Przedstawiony Izbie materiał dowodowy na powyższą okoliczność nie był wystarczający. Choć Odwołujący wskazywał, że Przystępujący składał oferty

w różnych postępowaniach, to nie wykazał, że obecnie realizuje on już jakąś umowę w tożsamym składzie osobowym, czy za pomocą tego samego sprzętu. Jak słusznie zauważył w stanowisku pisemnym Przystępujący realizuje on obecnie jedną umowę dla Nadleśnictwa Krynk, a w ramach Konsorcjum wybrano jego ofertę tylko w jednym pakiecie (Nadleśnictwo Żednia) i jednym z dwóch pakietów (Nadleśnictwo Walit).

Nie wykazano, by rzeczywiście ten poziom zaangażowania pracowników brygad i sprzętu odbywał się w ten sposób, by musieli być oni ściśle przypisani do danej umowy, danego zadania. Rozróżnić bowiem należy czynność potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu od czynności rzeczywistej realizacji przedmiotu zobowiązania

i sposobu organizacji pracy posiadanych zasobów pracowniczych. Trudno bezwzględnie wymagać od wykonawców biorących udział w licznych postępowaniach przetargowych lub realizujących wiele kontraktów jednocześnie, aby przystępując do składania ofert musieli angażować każdorazowo personel i sprzęt dla danego postępowania, wyłączając go

z udziału w wykonywaniu innych zadań czy z innych postępowań przetargowych, nie mając jednocześnie wiedzy, czy w rzeczywistości będą określone zamówienie realizować oraz pewności co do terminu rozpoczęcia robót. Istotne jest, czy w przypadku uzyskania zamówienia personel i sprzęt wskazany w toku postępowania będzie dostępny na potrzeby realizacji danego zadania i czy wykonawca jest to w stanie wykazać w toku postępowania.

W przedmiotowym postępowaniu Przystępujący złożył ofertę tylko w ramach pakietu drugiego. Nawet jeżeli prace w innych Nadleśnictwach wykonywane będą równolegle, to nie muszą mieć one tożsamego charakteru i nie jest każdorazowo do ich wykonania niezbędny tożsamy zespół osób oraz sprzęt. A przynajmniej założyć należy, iż taka okoliczność będzie raczej wyjątkiem niż regułą. Nie jest więc wykluczona taka organizacja pracy, że dane osoby i sprzęt, stosowanie do zakresu i wymogów zadania do wykonania i potrzeb oraz posiadanych umiejętności będą odpowiednio przesuwane w ramach harmonogramów zadań. Odwołujący nie przedstawił dowodów na okoliczność, że harmonogramy wykonywania prac w poszczególnych jednostkach Skarbu Państwa zajmujących się pracami w zakresie gospodarki leśnej pokrywają się wzajemnie, wykonywane są w tożsamych okresach, wymagany jest do ich realizacji identyczny sprzęt i zasób pracowników. Z zapisów umowy i SIWZ wynika, że terminy wykonania poszczególnych prac (w każdym z pakietów) będą określane w zleceniach sporządzanych przez Przedstawiciela Zamawiającego.

Dodatkowo zauważyć należy, iż Zamawiający dopuścił zmianę osób na inne posiadające co najmniej taką samą wiedzę i kwalifikacje oraz wymagane uprawnienia, jak wymagane w SIWZ. O planowanej zmianie osób lub dodatkowych osobach, przy pomocy których Wykonawca wykonuje przedmiot Umowy, Wykonawca zobowiązany jest powiadomić Zamawiającego na piśmie przed dopuszczeniem tych osób do wykonywania prac. Nie jest więc tak, że skład osobowy przez czas trwania umowy musi mieć charakter niezmienny.

Aby skutecznie wykazać, że na etapie wykonywania umowy sporny potencjał nie będzie dostępny dla Zamawiającego, co prowadzić powinno do wykluczenia wykonawcy, nie można pominąć odniesienia się do realiów realizacji zamówienia. Innymi słowy, ocena czy Zamawiający będzie dysponował kadrą i sprzętem wykonawcy w toku realizacji umowy nie może nie odnosić się do szeroko pojętych warunków świadczenia usługi. Niezbędne jest bowiem wykazanie, że umowa nie będzie realizowana – a przynajmniej z przyczyn obiektywnych nie będzie mogła być wykonywana – przez sporne zasoby, i dopiero wtedy można dokonać oceny czy zaangażowanie personelu jest realne czy fikcyjne i czy przyniesie Zamawiającemu negatywne skutki. Jak już zauważono w uzasadnieniu niniejszego orzeczenia Zamawiający w SIWZ nie wprowadził zapisów o wyłączności pracy na jego rzecz określonego personelu i sprzętu. Wykonawcy w ramach realizacji przedmiotowej umowy nie będą otrzymywali wynagrodzenia za gotowość, dostępność tylko dla Zamawiającego.

Zdaniem Izby zaangażowanie pracowników i sprzętu danego wykonawcy może być różne w różnych momentach wykonywania prac, w zależności od potrzeb Zamawiającego, które również w danych latach wykonywania zobowiązania umownego mogą przyjąć różną wielkość i zakres. Okoliczności te mogą być także zależne choćby od panujących warunków pogodowych, których w dłuższym okresie nie da się przewidzieć, a także od wysokości środków na sfinansowanie zamówienia, która również z różnych przyczyn leżących po stronie Zamawiającego lub od niego niezależnych może podlegać korektom w zależności od bieżących potrzeb jednostki.

Odwołujący w przedstawionej argumentacji, tak w odwołaniu, jak i na rozprawie ograniczył się do wykazywania ograniczonej możliwości jednoczesnego wykorzystania zasobów osobowych i sprzętowych w różnych umowach zawartych na podobne zakresowo prace. Natomiast w przypadku udowodnienia negatywnego wpływu takiego rozlokowania zasobów przedsiębiorcy na realizację przedmiotowego zamówienia Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów. Należało zdaniem składu dowieść, że nie będzie możliwe takie podzielenie posiadanego potencjału, by spowodowało to negatywny wpływ na przedmiotowe zamówienie. W tym zakresie Odwołujący nie przedstawił żadnej argumentacji i materiału dowodowego.

Łącznie niezrozumiała dla Izby jest argumentacja jakoby Przystępujący w innych postępowaniach, w których uczestniczył wskazywał osoby w wykazach bez ich wiedzy.

To zaś miałyby prowadzić do konieczności sprawdzenia, czy wskazane osoby w tym postępowaniu posiadają stosowne uprawnienia, legalność pobytu, prawidłowość podpisanych umów o pracę na dzień złożenia oferty. Pomijając, iż okoliczności wskazywania osób bez ich wiedzy nie dotyczą przedmiotowego postępowania i są dla niego irrelewantne, to Izba zwraca uwagę, iż takie okoliczności winien udowodnić i wykazać Odwołujący, skoro jest stroną twierdzącą. Dostrzeżenia i przypomnienia wymaga, iż postępowanie przed Izbą ma charakter kontrydiktoryjny i do wykazania przedstawianych twierdzeń zobowiązana jest Strona, która takie twierdzenia podnosi. Izba w tym zakresie nie zastępuje uczestników postępowania odwoławczego. Tymczasem Odwołujący ograniczył się do umieszczenia w odwołaniu rozbudowanych list pracowników i sprzętu będących w dyspozycji Przystępującego, nie przedstawiając jakichkolwiek dowodów, które potwierdzałyby tezy odwołania. Nie wiedzieć w jakim trybie i na jakiej podstawie prawnej Izba miałaby prowadzić postępowanie sprawdzające, czy wskazane w wykazie maszyny są zarejestrowane, użyczone, bądź leasingowane przez konsorcjum. Jeżeli Odwołujący miał podejrzenia przedstawione w ramach zarzutów odwołania, to winien był przedstawić dowody jego podejrzenia potwierdzające. Ponownie podkreślić należy, iż Izba nie prowadzi postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie zastępuje Zamawiającego w procesie badania i oceny ofert. Izba bada jedynie, czy proces ten przeprowadzono w sposób zgodny z obowiązującymi regulacjami ustawowymi i przepisów wykonawczych. To Odwołujący zobowiązany był wykazać i udowodnić, że proces weryfikacji ofert miał charakter nieprawidłowy. Odwołujący wskazał różne podstawy prawne z ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, nie podał jednak, nie wyjaśnił, na czym miało polegać niezgodne z tymi przepisami działania Przystępującego. Jak trafnie zauważył Przystępujący, kluczowe znaczenie ma podanie w treści odwołania wyczerpującego uzasadnienia faktycznego, zawierającego argumentację pozwalającą na ocenę poprawności zachowań (czynności, zaniechań) Zamawiającego, które kwestionuje we wniesionym odwołaniu Odwołujący. Odwołujący ograniczył się do wielu twierdzeń, nie przedstawiając w tej materii jakichkolwiek dowodów.

Odwołujący nie udowodnił zatem prawdziwości twierdzeń odwołania o nieprawdziwych deklaracjach Konsorcjum skierowania wskazanych w ofercie osób i sprzętu do realizacji umowy. W tym przypadku nie można uznać za wystarczające przytoczenie argumentów wykorzystywania zasobów w innych przedsięwzięciach gospodarczych.

Reasumując, oddaleniu podlegały również pozostałe wskazywane w odwołaniu naruszenia przepisów ustawy Pzp, będące konsekwencją głównych zarzutów, czyli naruszenia art. 22d ust. 2 i art. 24 ust. 1 pkt 12, pkt 16 lub 17 ustawy Pzp, a także art. 24aa ustawy Pzp.

Odwołujący nadmieniał również w odwołaniu, że jego zdaniem certyfikat dotyczący podpisu na dzień jego weryfikacji dla treści załącznika 7 nie był ważny. Podkreślenia wymaga, iż kluczową kwestią jest złożenie podpisu pod danym dokumentem w okresie ważności certyfikatu, a nie moment weryfikacji takiego dokumentu. W momencie złożenia podpisu, czego nie kwestionuje sam Odwołujący certyfikat był ważny. Zgodnie bowiem z zapisami Raportu weryfikacyjnego podpis złożono w dniu 2020-11-17 o godz. 20:04:01 +0100, a certyfikat był ważny od 2018-11-19 godz. 10:05:56 +0100 do 2020-11-18 godz. 10:05:56 +0100. Zamawiający miał prawo zweryfikować poprawność podpisu w terminie późniejszym, jednak wygaśnięcie do tego czasu ważności certyfikatu nie powodowało nieważności czynności prawnej i złożonego przy jego użyciu oświadczenia woli. Jak słusznie zauważył Przystępujący w stanowisku pisemnym, znaczenie ma art. 18 ust. 1 z dnia 5 września 2016 r. o usługach zaufania i identyfikacji elektronicznej (Dz. U. z 2020 r., poz. 1 173), zgodnie z którym podpis elektroniczny lub pieczęć elektroniczna weryfikowane za pomocą certyfikatu wywołują skutki prawne, jeżeli zostały złożone w okresie ważności tego certyfikatu. W prowadzonym postępowaniu mieliśmy do czynienia właśnie z takim stanem faktycznym. Z tych powodów zarzuty Odwołującego nie zasługiwały na uwzględnienie.

Konkludując, Izba uznała za niezasadne zarzuty wskazujące na naruszenie przez Zamawiającego przepisów wymienionych w *petitum* odwołania. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że Zamawiający naruszył wskazywane przepisy ustawy Pzp, jego działania miały charakter świadomy i celowy.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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 (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r. poz. 2972) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47), w tym w szczególności § 5 ust. 4. Izba nie zasądziła kosztów zastępstwa pełnomocnika stronie Zamawiającej z uwagi na niezłożenie dokumentu potwierdzającego poniesienie powyższego kosztu. Zgodnie z § 3 pkt 2b rozporządzenia o kosztach uzasadnione koszty strony postępowania odwoławczego (w tym wynagrodzenie pełnomocników) zasądza się w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy.

W związku z tym, że postępowanie o udzielenie niniejszego zamówienia zostało wszczęte przed 1 stycznia 2021 r., jest ono prowadzone na podstawie przepisów ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), stosownie do art. 92 ust. 1 ustawy z 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020 ze zm.), który stanowi, że *do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe*.

Ponadto, przepisy ustawy z Prawo zamówień publicznych z 29 stycznia 2004 r. znajdują również zastosowanie do postępowania odwoławczego w przedmiotowej sprawie. Zgodnie bowiem z art. 92 ust. 1 ustawy z 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych, *do postępowań odwoławczych i postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r., oraz do właściwości sądów w sprawach skarg wniesionych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe*.

Przewodniczący:

.....