

POSTANOWENIE

z dnia 7 września 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego **7 września 2020 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **14 sierpnia 2020 r.**

przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Usługi Leśne i Szkółkarskie „Budnik” M. Z., Kursko, Usługi Pilarskie „Drwal” A. W., Goruńsko, Zakład Handlowo-Usługowy A. B., Bledzew, Zakład Usług Leśnych „Las” H. B., Bledzew, Usługi Leśne A. W., Krobielewko

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. Wykonywanie usług z zakresu Gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Międzyrzecz w latach 2020-2022 (nr postępowania SA.270.1.2019)

prowadzonym przez zamawiającego: Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne „Lasy Państwowe”, Nadleśnictwo Międzyrzecz

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Zakład Usług Leśnych G. G., Cigacice, Zakład Usług Leśnych K. L., Szklarnia, Firma Usługowa J. W., Zielona Góra zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

postanawia:

1.Odrzuca odwołanie.

2.Kosztami postępowania obciąża Odwołujących i:

- 1)zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr**
(słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołujących tytułem wpisu od odwołania,
- 2)zasądza od Odwołujących na rzecz Zamawiającego kwotę 4144 zł 01 gr** (słownie: cztery tysiące sto czterdzieści cztery złote jeden grosz) - stanowiącą uzasadnione koszty strony postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu na wyznaczone posiedzenie.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Gorzowie Wielkopolskim**.

U z a s a d n i e

Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne „Lasy Państwowe”, Nadleśnictwo Międzyrzecz {dalej: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), {dalej również: „ustawa pzp” lub „ppz”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi pn. *Wykonywanie usług z zakresu Gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Międzyrzecz w latach 2020-2022* (nr postępowania SA.270.1.2019).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 18 października 2029 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2019/S_202 pod poz. 491672).

Wartość tego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

14 sierpnia 2020 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Usługi Leśne i Szkółkarskie

„Budnik” M. Z., Kursko, Usługi Pilarskie „Drwał” A. W., Goruńsko, Zakład Handlowo-Usługowy A. B., Bledzew, Zakład Usług Leśnych „Las” H. B., Bledzew, Usługi Leśne A. W., Krobielewko {dalej: „Konsorcjum” lub „Odwołujący”) wnieśli w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie {zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu} od wyboru przez Zamawiającego w części (pakiecie) nr 3 oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Zakład Usług Leśnych G. G., Cigacice, Zakład Usług Leśnych K. L., Szklarnia Firma Usługowa J. W., Zielona Góra {dalej: „Konsorcjum Najstarszy Cis”, „Konsorcjum Przystępujące” lub „Przystępujący”), zaniechania wykluczenia z postępowania Konsorcjum Najstarszy Cis i zaniechania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu na wstępie odwołania następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

- 1.Art. 91 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2, 12 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 - przez bezzasadny wybór oferty Konsorcjum Najstarszy Cis jako najkorzystniejszej, pomimo że podlegało ono wykluczeniu z postępowania, zaś jego oferta odrzuceniu.
- 2.Art. 24 ust. 1 pkt 17 - przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy wybranego dla pakietu nr 3 mimo faktu, iż wprowadza Zamawiającego w błąd w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przy przedstawianiu ww. informacji dotyczących spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału osobowego, mających istotny wpływ na decyzje Zamawiającego podejmowane w postępowaniu.
- 3.Art. 7 ust. 1 - przez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania oraz zasady proporcjonalności, polegające na tym, że wielokrotnie dokonywano oceny tych samych środków dowodowych, mimo tego, że Konsorcjum Najstarszy Cis nie wykazało spełnienia warunków udziału.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1.Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.
- 2.Wykluczenia Konsorcjum Najstarszy Cis z postępowania i odrzucenia jego oferty złożonej na pakiet nr 3.
- 3.Przeprowadzenia ponownego badania i oceny złożonych ofert.

Odwołujący sprecyzował okoliczności prawne i faktyczne uzasadniające wniesienie odwołania w następujący sposób.

Zamawiający określił w specyfikacji warunki udziału w zakresie potencjału osobowego oraz technicznego zostały określone w pkt 6.2. ppkt 3b) oraz 3c) SIWZ odrębnie dla każdego Pakietu. W odniesieniu do poszczególnych pakietów Zamawiający stawiał warunek dysponowania określonymi specjalistycznymi pojazdami oraz osobami, o odpowiednich kompetencjach, niezbędnymi do realizacji zamówienia. Zgodnie z ww. postanowieniami SIWZ, Zamawiający wymagał od wykonawców, aby wykazali dysponowanie, na potrzeby realizacji zamówienia m.in. osobami, które ukończyły szkolenie dopuszczające do pracy z pilarką w liczbie zależnej od posiadania maszyny leśnej typu harwester; przy założeniu jej posiadania; wymogi obejmowały odpowiednio 10 osób - dla Pakietu 3. Jednocześnie w pkt 3.5 specyfikacji Zamawiający wymagał zatrudnienia przez wykonawcę (lub podwykonawcę) na umowę o pracę osób wykonujących czynności wchodzące w skład przedmiotu zamówienia polegające na pozyskaniu i zrywie surowca drzewnego, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w Kodeksie pracy. Na potwierdzenie spełnienia ww. warunków udziału w Postępowaniu oraz w ślad za odnośnymi przepisami Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, Zamawiający wymagał od wykonawców oprócz informacji zawartych w Jednolitym Europejskim Dokumencie Zamówienia także wykazu osób, skierowanych przez Wykonawców do realizacji zamówienia (pkt 7.1. lit. e) SIWZ). Istotnym również jest zapis stanowiący, że warunek udziału w zakresie potencjału technicznego sformułowany został w ten sposób, iż muszą to być osoby, „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 zakresu gospodarki leśnej (Dz. U. 2006 nr 161, poz. 1141)”. Zgodnie z § 22 przywołanego rozporządzenia Szkolenie, o którym mowa w § 21, obejmuje część teoretyczną i praktyczną.” Przy czym część praktyczna szkolenia, o której mowa w ust. 1, jest prowadzona w warunkach terenowych i obejmuje eksploatację pilarki, techniki ścinki, obalania” drzew, okrzesywania i przerzynki drewna”.

(...)

Stan faktyczny

1. Zamawiający w dniu 10 grudnia 2019 r. dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej Konsorcjum Najstarszy Cis uznając ofertę za ważną.
2. Wskutek zawiadomienia odwołującego Zamawiający w dniu 17 grudnia 2019 r. unieważnił wybór oferty najkorzystniejszej i przystąpił do powtórzenia czynności badania oferty Konsorcjum Najstarszy Cis podając jako podstawę prawną art. 22d ust. 2 ustawy Pzp stanowiący, iż Zamawiający może, na każdym etapie postępowania, uznać, że wykonawca nie posiada wymaganych zdolności, jeżeli zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych wykonawcy w inne przedsięwzięcie gospodarcze wykonawcy może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia.
3. Wykonawca Konsorcjum Najstarszy Cis w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego złożył w dniu 14 stycznia 2020 r. wyjaśnienia, powołując się na cyt. (...) „Przed wszystkim w wymienionych Nadleśnictwach nie podpisaliśmy wszystkich umów. W związku z tym aktualnie nie ma ryzyka zbyt małej ilości osób na poszczególne zadania”. (...) i dalej (...)
4. „W swoim poprzednim piśmie zaznaczyliśmy, że łączne zatrudnienie w „Konsorcjum” jest znacznie większe, niż wynika to z jednolitych dokumentów złożonych w różnych postępowaniach. Sposób wypełnienia JEDZ-ów był formalnie poprawny, stąd często powtarzały się te same osoby. Jednakże składając oferty nie działaliśmy w przekonaniu, że owe kilkanaście osób będzie wystarczające. Wszak nie jest wykluczone, że nawet ten zasób będzie częściowo niedostępny w trakcie 3 letniej współpracy z Zamawiającym (migracje pracowników, sytuacje życiowe itp.). Dlatego analizując każde przedsięwzięcie braliśmy pod uwagę także ogólną sytuację na rynku pracy i możliwość rozwijania potencjału. W rezultacie już w chwili obecnej dysponujemy (w ramach Konsorcjum) 92 pilarzami, dodatkowymi 7 operatorami maszyn leśnych, 6 osobami z wykształceniem leśnym. Kolejne 20 osób wyraziło zainteresowanie pracą i jesteśmy w trakcie finalizowania umów (trwają formalności związane z ich zatrudnieniem). Zważywszy na obowiązujące procedury wynikające z Prawa zamówień publicznych zawarcie umowy z Zamawiającym nastąpi najwcześniej pod koniec stycznia. Do tego czasu nasze zasoby z pewnością będą istotnie zwiększone i wystarczą do należytego wykonania umów we wszystkich Nadleśnictwach, które zostały wymienione w Państwa piśmie. Chcemy przy tym podkreślić, że powyższe praktyki są podyktowane w dużej mierze specyfiką branży i mają na celu optymalizację działalności gospodarczej - choć i tak obciążone ryzykiem finansowym Konsorcjum”.
5. Zamawiający w dniu 15 stycznia 2020 r. po raz drugi dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej Konsorcjum Najstarszy Cis uznając ofertę za ważną.
6. Odwołujący w dniu 23 stycznia 2020 r. wniósł odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej wskazując, iż Konsorcjum Najstarszy Cis nie wykazało spełnienia warunków udziału w postępowaniu właśnie w zakresie zasobów technicznych i zawodowych odnoszących się do potencjału osobowego.
7. Krajowa Izba Odwoławcza wydała wyrok w dniu 11 lutego 2020 r. sygn. akt KIO 148/20 uwzględniając odwołanie i nakazując Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w pakiecie nr 3 oraz dokonanie powtórzenia czynności badania i oceny oferty Konsorcjum Najstarszy CIS w zakresie wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania zdolności zawodowej w postaci osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia co do dysponowania 10 osobami, które ukończyły z wynikiem pozytywnym szkolenie dopuszczające do pracy z pilarką lub posiadają odpowiadające mu uprawnienia, zgodnie z pkt 6.2. ppkt 3 lit. c pakiet nr 3 SIWZ.
8. Wskutek wyroku KIO Zamawiający wezwał Konsorcjum Najstarszy CIS w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do ustosunkowania się do wykazanych w postępowaniu odwoławczym zarzutów, w szczególności dysponowania wykazanym w Wykazie osób p. M. S..
9. Zamawiający w dniu 24 marca 2020 r. po raz czwarty dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej Konsorcjum Najstarszy Cis uznając ofertę za ważną.
10. Odwołujący w dniu 2 kwietnia 2020 r. wniósł odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej wskazując, iż Konsorcjum Najstarszy Cis nadal nie wykazało spełnienia warunków udziału w postępowaniu właśnie w zakresie zasobów technicznych i zawodowych odnoszących się do potencjału osobowego, przedstawiając ponadto dokumenty nieprawdziwe.

11. Krajowa Izba Odwoławcza wydała wyrok w dniu 30 czerwca 2020 r. sygn. akt KIO 723/20 uwzględniając odwołanie i nakazując Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w Pakiecie 3 zamówienia oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert w Pakiecie 3 zamówienia, w tym wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 6.2 ppkt 3c.III lit. a Specyfikacji

Istotnych Warunków Zamówienia, jednocześnie w treści sentencji podkreślając, cyt. (...) „Izba stwierdziła jednak, że ze względu na ujawnione w toku postępowania odwołującego okoliczności, w jakich wysoce prawdopodobne jest, że zostało pozyskane zaświadczenie na nazwisko M. S., Zamawiający powinien podjąć decyzję, że zaistniały przesłanki do wykluczenia Konsorcjum (...) z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp ze względu na nie wykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego odbycia przez wskazaną w ofercie osobę szkolenia dopuszczającego do pracy z pilarką, o którym mowa w § 21 rozporządzenia w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy przy wykonywaniu niektórych prac z zakresu gospodarki leśnej”. (...)

12. Wskutek wyroku KIO Zamawiający wezwał Konsorcjum Najstarszy CIS wskazując, iż cyt. (...) „w wyroku z dnia 30 czerwca 2020r. KIO uznała, iż ww. osoba (M. S.) nie ukończyła szkolenia” (...) i tym samym w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwano do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

13. Konsorcjum Najstarszy CIS w dniu 3 sierpnia 2020r. złożyło wyjaśnienia w których potwierdzono uprawnienia dla G. G. i uzupełniono Wykaz osób.

14. Zamawiający w dniu 24 marca 2020 r. po raz piąty dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej Konsorcjum Najstarszy Cis uznając ofertę za ważną.

Dodać należy, iż Konsorcjum Najstarszy CIS w trakcie postępowania uzupełniało w trybie art. 26 ust. 3 JEDZ m.in. w zakresie Części IV dotyczącej zasobów technicznych i zawodowych, bowiem pierwotny JEDZ został złożony w tym zakresie wadliwie.

Zamawiający w sumie trzykrotnie prowadził w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp procedury wyjaśniające oraz uzupełniające dotyczące warunku udziału określonego w pkt 6.2. ppkt 3b) oraz 3c) specyfikacji. Istotnym jest podkreślenie, iż Konsorcjum Najstarszy CIS winno było w odpowiedzi na wezwanie na wezwanie z art. 26 ust. 1 i 3 Pzp w terminie potwierdzić spełnienie warunków udziału odnoszące się do potencjału ludzkiego. Sytuacja, w której Wykonawca nie potrafi należycie potwierdzić spełnienia wymagania w zakresie osób zdolnych wykonać zamówienie - potencjał ludzki, nie przedstawia dowodów potwierdzających dysponowanie osobami o odpowiednich kompetencjach, niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności osobami, które ukończyły szkolenie dopuszczające do pracy z pilarką w liczbie zależnej od posiadania maszyny leśnej typu harvester (przy założeniu jej posiadania wymogi obejmowały odpowiednio 10 osób - dla Pakietu 3) jest niedopuszczalna. Jak podkreśla doktryna Zamawiający nie może wielokrotnie wzywać Wykonawcy do wyjaśnienia czy uzupełnienia dokumentów. Podkreślić należy, że sam fakt czy pismo mówi o wyjaśnieniu, czy o uzupełnieniu nie jest istotny skoro istotą wszystkich wezwań Zamawiającego było potwierdzenie faktu dysponowania 10 pilarzami.

Jak wskazuje w jednej z nowszych uchwał Krajowa Izba Odwoławcza „Zasada jednokrotności wzywania do uzupełnienia dokumentów nie wynika wprost z przepisów p.z.p., jednak ponowne wezwanie - o ile poprzednie było jasne i precyzyjne — prowadzi do naruszenia podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, przy czym dla stwierdzenia naruszenia nie ma znaczenia, czy w danym postępowaniu stosuje się tzw. procedurę odwróconą. Zasada jednokrotności wezwania do uzupełnienia dokumentów ma przeciwdziałać wzywaniu do skutku wykonawcy” (por. Uchwała KIO z dnia 15 lutego 2019 r. sygn. akt KIO/KU 10/19). Odstępstwo od tego wymogu ustawowego godzi w zasadę równego traktowania wykonawców, gdyż Odwołujący, który na dzień składania ofert wykaże należyta staranność i przygotował dokumenty w sposób umożliwiający Zamawiającemu jednoznaczne stwierdzenie, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu, musi konkurować z wykonawcą, który takiej staranności nie dochował dopuszczając do braków w złożonych dokumentach lub składając dokumenty zawierające błędy. Ustawodawca przewidział odstępstwo od zasady przedkładania kompletnych i prawidłowych ofert i umożliwił wykazanie spełniania warunków w drodze instytucji uzupełnienia dokumentów, oświadczeń lub pełnomocnictw w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. Ratio legis przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp sprowadza się bowiem do tego, aby formalizm

postępowania o zamówienie publiczne nie pozbawiał możliwości uzyskania zamówienia wykonawców, którzy przygotowali merytorycznie dobre oferty i oferują korzystny bilans ceny i innych kryteriów, ale w wyniku niedopatrzenia, przeoczenia czy zwykłej omyłki, nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu. Jednakże przepis art. 26 ust. 3 ustawy nie daje podstawy do wielokrotnego wzywania przez Zamawiającego do wyjaśnień, czy uzupełnienia dokumentów, nie może także służyć jako instrument testowania Zamawiającego, co do tego jakie dokumenty Zamawiający uzna za spełniające warunek. Zasadą jest równe traktowanie wykonawców i wykazanie spełniania warunków na dzień składania ofert, zatem odstępstwo od tej zasady musi być wykładane ściśle. Wykonawca który skorzystał z możliwości naprawienia błędów w złożonej ofercie, będąc wezwanym do uzupełnienia dokumentu i uzupełnił niewłaściwy dokument, nie może skorzystać z ponownej możliwości uzupełnienia oświadczeń i dokumentów. W razie przyjęcia odmiennego stanowiska, że Zamawiający jest obowiązany po raz kolejny wezwać wykonawcę, który na wcześniejsze wezwanie nie uzupełnił dokumentu, albo wziąć pod uwagę dokument złożony przez wykonawcę po terminie, zamawiający musiałby, przy pasywnej postawie wykonawcy, stać się jego rzecznikiem. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający aż trzykrotnie wzywał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień, uzupełnień wykazu, który okazał się nieprawidłowy oraz zawierał informacje nieprawdziwe. Zaś zgodnie, z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby

Odwoławczej, złożenie przez wykonawcę nieprawdziwych informacji wyłącza możliwość uzupełniania dokumentów wymaganych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, w trybie art. 26 ust 3 ustawy (podobnie wyrok KIO 734/17, KIO 1004/17, KIO 2003/17), a następstwem złożenia przez wykonawcę nieprawdziwych informacji jest konieczność wykluczenia go z udziału w postępowaniu w oparciu o obligatoryjne przepisy art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy. (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 marca 2019r, sygn. KIO 272/19).

Ustawodawca na Wykonawcę nakłada ciężar udowodnienia istnienia omawianych okoliczności, tj. wykonawca musi wykazać, że spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz że nie podlega wykluczeniu. Bez względu na analizę całokształtu działań Konsorcjum Najstarszy CIS ukazuje brak należytej staranności, a w konsekwencji systematyczne wprowadzanie w błąd Zamawiającego (co do dysponowania osobami o odpowiednich kwalifikacjach, w odpowiedniej ilości pozwalającej na uznanie iż przyszłe zamówienie zostanie zrealizowane należycie). W ocenie Odwołującego działanie Konsorcjum Najstarszy CIS stanowi podstawę do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, albowiem nawet błąd nieświadomy, wywołany z przyczyn niezależnych od wykonawcy stanowi podstawę do wykluczenia tego wykonawcy z postępowania, pod warunkiem, że błąd ten może mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego. Złożenie nieprawidłowego wykazu osób z całą pewnością było działaniem lekkomyślnym lub niedbałym. Oceny, czy zachowanie to miało znamiona - lekkomyślności/niedbalstwa, należy dokonywać w odniesieniu do dyspozycji art. 355 § 2 kc., tj. zawodowej staranności. Uważa się, że profesjonalizm dłużnika powinien przejawiać się w dwóch podstawowych cechach jego zachowania: postępowaniu zgodnym z regułami fachowej wiedzy oraz sumienności. Wzorzec należytej staranności musi uwzględnić zwiększone oczekiwania co do zawodowych kwalifikacji dłużnika- specjalisty, co do jego wiedzy jak i praktycznych umiejętności skorzystania z niej (por. wyrok SN: z dnia 22.09.2005 r., IV CK 100/05, LE X nr 187120). Należyta staranność dłużnika określana przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej przez niego działalności gospodarczej uzasadnia zwiększone oczekiwania co do umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania. Obejmuje także znajomość obowiązującego prawa oraz następstw z niego wynikających w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej (wyrok SA w Poznaniu z dnia 08.03.2006 r., sygn. akt I ACa 1018/05). Wzorzec należytej staranności ujęty w art. 355 § 2 kc, oznacza, że staranność wymagana w stosunkach danego rodzaju będzie musiała być uwzględniana w odniesieniu do wiedzy, doświadczenia i umiejętności praktycznych, jakie wymagane są od przedsiębiorcy podejmującego się określonej działalności. Wysoki stopień staranności wymaganej od dłużnika wynika bezpośrednio z faktu, że oczekiwania osoby zawierającej z nim umowę zazwyczaj są wyższe niż w stosunku do osoby, która nie prowadzi danej działalności zawodowo. Ustawodawca zakłada więc, że osoba ta nie tylko ma większą wiedzę i doświadczenie niż osoba nieprowadząca takiej działalności, ale jest od niej rzetelniejsza i ma większą zdolność przewidywania (wyrok SA w Łodzi z dnia 06.10.2016 r., sygn. akt I ACa 246/16).

Złożenie nieprawidłowego oraz nieprawdziwego (w zakresie treści, wykazania osób nie posiadających uprawnień oraz wskazania osób które są zaangażowane w realizację zawartych już umów w innych Nadleśnictwach) wykazu osób (aż trzykrotnie) z całą pewnością było też działaniem mogącym mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez

Zamawiającego. Wskutek czego uznano, iż Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, a w konsekwencji, jego oferta została uznana za najkorzystniejszą. Tym samym składane wielokrotnie wyjaśnienia i uzupełnienia dotyczące wykazu osób w odpowiedzi na kolejne wezwania w toku prowadzonego postępowania miało bezpośredni wpływ na wynik postępowania. Mając na uwadze przywołane w treści orzeczenia, uznać należy, że Zamawiający winien był wykluczyć przystępującego z postępowania, z uwagi na działanie niedbałe/lekkomyślne, które mogło wprowadzić zamawiającego w błąd i wpłynąć na wynik postępowania.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

W poprzednim odwołaniu, wniesionym 3 kwietnia 2020 r., Konsorcjum również odwoływało się od: 1) wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum Najstarszy Cis, pomimo że nie wykazało spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego personelu, 2) zaniechania wykluczenia z postępowania Konsorcjum Najstarszy Cis (i uznania jego oferty za odrzuconą), pomimo że nie spełnia ono warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego personelu oraz podlega wykluczeniu z postępowania wobec zamierzonego wprowadzenia Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu w ww. zakresie, względnie wobec przedstawienia przez Konsorcjum Najstarszy Cis w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego, mających istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu; 3) zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej spośród ofert złożonych w postępowaniu w ramach pakietu nr 3 i niepodlegających odrzuceniu.

Przy czym Odwołujący w poprzedniej sprawie zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

- 1.Art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 w zw. z art. 7 - przez ich niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Najstarszy Cis z postępowania z uwagi na wprowadzenie Zamawiającego w błąd: 1) co do spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału osobowego, podczas gdy wbrew nieprawdziwym deklaracjom zawartym w ofercie, dokumentach JEDZ oraz złożonym wykazie osób, Konsorcjum Najstarszy Cis nie dysponowało i nie dysponuje osobą M. S., którą wskazało w pakiecie nr 3, a nadto osoba ta nie spełniała i nie spełnia wymagań SIWZ; 2) względnie w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przy przedstawianiu ww. informacji dotyczących spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału osobowego, mających istotny wpływ na decyzje Zamawiającego podejmowane w postępowaniu, w związku z lekkomyślnym i bezrefleksyjnym wskazywaniem przedmiotowych zasobów ludzkich.
- 2.Art. 91 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 - przez bezzasadny wybór oferty Konsorcjum Najstarszy Cis jako najkorzystniejszej, pomimo że ze względów wskazanych powyżej podlegało ono wykluczeniu z postępowania, zaś jego oferta odrzuceniu;

Odwołujący w poprzednim odwołaniu wnosił o jego uwzględnienie i nakazanie Zamawiającemu:

- 1.Unieważnienia wyboru oferty Konsorcjum Najstarszy Cis jako oferty najkorzystniejszej.
- 2.Wykluczenia Konsorcjum Najstarszy Cis z postępowania i odrzucenia jego oferty złożonej na pakiet nr 3.
- 3.Przeprowadzenia ponownego badania i oceny złożonych ofert.

Wyrokiem z 30 czerwca 2020 r. sygn. akt KIO 723/20 Izba uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty w pakiecie nr 3 oraz powtórzenie w tej części zamówienia badania i oceny ofert, w tym wezwanie Konsorcjum Najstarszy Cis do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku udziału, o którym mowa w pkt 6.2. ppkt 3c.III lit. a) specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Wniesione w obecnej sprawie odwołanie, choć przepis ten nie został nawet wskazany na jego wstępie, biorąc pod uwagę przywołaną powyżej treść odwołania, *de facto* konkretyzuje względem Zamawiającego zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 pzp przez kilkukrotne wzywanie Konsorcjum Najstarszy Cis do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie warunku udziału dotyczącego dysponowania potencjałem osobowym.

Zgodnie z utrwalonym w orzecznictwie na tle stosowania art. 192 ust. 7 pzp (zgodnie z którym Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu) stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale przede wszystkim jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy wnoszącego

odwołanie {zob. wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z 25 maja 2012 r. sygn. akt XII Ga 92/12}. W konsekwencji o istocie zarzutu zawartego w odwołaniu decydują konstytuujące go okoliczności faktyczne (przede wszystkim) i prawne, wskazujące na zachowanie się prowadzącego postępowanie w sposób niezgodny z przepisami pzp, a nie liczba przepisów czy żądań wyliczonych lub wymienionych w odwołaniu.

Z pozostałych wywodów zawartych w uzasadnieniu odwołania, pomimo ich względnej obszerności, które miały dotyczyć wymienionego na wstępie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego. Art. 24 ust. 1 pkt 17 - przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy wybranego dla pakietu nr 3 mimo faktu, iż wprowadza Zamawiającego w błąd w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przy przedstawianiu ww. informacji dotyczących spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału osobowego, mających istotny wpływ na decyzje Zamawiającego podejmowane w postępowaniu - nie wynika żadna konkretna okoliczność dotycząca nieprawidłowości prowadzenia przez Zamawiającego postępowania po wydaniu przywołanego powyżej wyroku Izby. Okoliczności te zostały wskazane przez Odwołującego dopiero w piśmie z 7 września 2020 r. (pt. „Stanowisko Odwołującego”), nie mogły one być jednak przez Izbę uczynione przedmiotem rozpoznania z uwagi na przywołany powyżej art. 192 ust. 7 pzp, który ogranicza kognicję Izby do okoliczności, które zostały podniesione w odwołaniu.

Co najistotniejsze, umknęło uwadze Odwołującego, że skarżone przez niego wezwanie przez Zamawiającego Konsorcjum Najstarszy Cis do uzupełnienia wykazu osób potwierdzającego spełnianie warunku udziału, o którym mowa w pkt 6.2. ppkt 3c.III lit. a) specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zostało wprost nakazane w przywołanej powyżej sentencji wyroku Izby w poprzedniej sprawie z odwołania Konsorcjum.

Niezależnie od tego zauważyć należy, że już w poprzedniej sprawie Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp (wtedy wskazując konkretne okoliczności) i w związku z tym domagając się nakazania Zamawiającemu wykluczenia Konsorcjum Cis z postępowania, ale Izba uznała ten zarzut za niezasadny, co wprost wynika z poniżej przytoczonego uzasadnienia wyroku w zakresie tego zarzutu.

Izba stwierdziła, że brak jest podstaw, aby przypisać Konsorcjum Najstarszy Cis najlżejszy nawet stopień winy z tytułu przedstawienia Zamawiającemu informacji, że pan S. odbył stosowne szkolenie. Odwołujący nie dowiódł, że ww. Konsorcjum posiadało wiedzę co do sposobu, w jaki można pozyskać takie zaświadczenie, jak też że to członek Konsorcjum Najstarszy Cis zakupił zaświadczenie na aukcji podając dane pana M. S.. Zaświadczenie samo w sobie także nie wskazuje, że Konsorcjum Najstarszy Cis powinno było powziąć wątpliwości co do faktu odbycia przez pana S. wymaganego szkolenia. Nie może być zatem mowy o niezachowaniu staranności przez Konsorcjum Najstarszy Cis. Dowodu na powyższe nie stanowi korespondencja elektroniczna z dnia 31 marca 2020 r. pomiędzy panem S. a wystawcą zaświadczenia. Treść ww. korespondencji nie potwierdza, że podmiotem, który zakupił zaświadczenie na rzecz pana S. jest członek Konsorcjum Najstarszy Cis. Z uwagi na powyższe, Izba stwierdziła, że nie zostały wypełnione przesłanki wykluczenia Konsorcjum Najstarszy Cis z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp.

Reasumując, obecne odwołanie:

- zostało wniesione od czynności wykonanej przez Zamawiającego na podstawie poprzedniego wyroku Izby, oddalającego *de facto* odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp,
- nie zawiera żadnych okoliczności wskazujących na czym miałyby polegać naruszenie tego przepisu przez Zamawiającego w związku z dokumentami uzyskanymi od Konsorcjum Najstarszy Cis w trybie art. 26 ust. 3 pzp, którego to zastosowanie nakazała Izba w poprzednim wyroku.

Odwołujący nie wniósł skargi od poprzedniego wyroku Izby, który nie uwzględniał w całości zarzutów i żądań jego poprzedniego odwołania,

W tych okolicznościach Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie w tej sprawie podlega odrzuceniu.

Art. 189 ust. 2 ustawy pzp zawiera enumeratywne wyliczenie przesłanek stanowiących podstawę odrzucenia odwołania, których zaistnienie w danej sprawie Izba zobowiązana jest wziąć pod uwagę z urzędu, zgodnie z art. 189 ust. 4 pzp.

Jedną z podstaw odrzucenia odwołania, wynikającą z normy art. 189 ust. 2 pkt 4 pzp, jest powołanie się przez odwołującego wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego

odwołania dotyczącego tego samego postępowania {o udzielenie zamówienia}, wniesionego przez tego samego odwołującego.

Z kolei według normy art. 189 ust. 2 pkt 5 pzp podlega również odrzuceniu odwołanie dotycząc czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

W ustalonych powyżej okolicznościach Izba stwierdziła wypełnienie się hipotezy obu przywołanych powyżej przepisów rozpatrywanych łącznie, gdyż z jednej strony odwołanie dotyczy zakwestionowania przeprowadzenia przez Zamawiającego kolejnej procedury w trybie art. 26 ust. 3 pzp, która została wykonana zgodnie z treścią poprzedniego wyroku, z drugiej strony odwołanie nie zawiera żadnych konkretnych okoliczności co do zakwestionowania dokonanego w ten sposób uzupełnienia wykazu osób, w szczególności mieszczących się w zakresie hipotezy art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp, a zarzut naruszenia tego przepisu, oparty wówczas skonkretyzowanych podstawach faktycznych, został w poprzedniej sprawie uznany za bezzasadny.

Z tego względu, Izba - działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie 2 w zw. z art. 189 ust. 3 ustawy pzp - odrzuciła odwołanie po przeprowadzeniu posiedzenia niejawnego z udziałem Stron i Przystępującego.

O kosztach postępowania odwoławczego w tej sprawie orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 5 ust. 3 pkt 1 i ust. 4 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), obciążając Odwołującego tymi kosztami w postaci uiszczonego przez niego wpisu oraz uzasadnionymi kosztami Zamawiającego w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie ze złożonym do zamknięcia rozprawy rachunkiem.