Sygn. akt: KIO 147/20

WYROK

z dnia 6 lutego 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 lutego 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 stycznia 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum w składzie: A. K., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „Zakład Robót Leśnych", Regiel, ul. Leśna 2, 19-300 Ełk, W. A. C., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „Zakład Robót Leśnych", Regiel, ul. Leśna 2, 19-300 Ełki, K. S., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „Usługi Leśne", Długosze 15/1, 19-335 Prostki, J. M., ul. Mazurska 16, 19-314 Kalinowo w postępowaniu prowadzonym przez Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne „Lasy Państwowe" Nadleśnictwo Ełk, Mrozy Wielkie 21, 19-300 Ełk

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie pakietu 3 i 5 oraz ponowienie czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum w składzie: D. D., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „D. D. Usługi Leśne i Rolnicze" Nowe Krzywe 1, 19-330 Stare Juchy oraz K. D., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą: „Olcha K. D.", Rytel-Dworzec 8/4, 89-642 Rytel do uzupełnienia Wykazu wykonanych usług na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy z

dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 poz. 1843) w zakresie pakietu 5 oraz wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się

o udzielenie zamówienia - konsorcjum w składzie: D. D., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „D. D. Usługi Leśne i Rolnicze" Nowe Krzywe 1, 19-330 Stare Juchy oraz K. D., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą: „Olcha K. D.", Rytel-Dworzec 8/4, 89-642 Rytel do złożenia wyjaśnień co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy z dnia z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 poz. 1843); zarzut dotyczący niewykazania doświadczenia w zakresie pakietu 3 nie potwierdził się,

2. kosztami postępowania obciąża Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne „Lasy Państwowe" Nadleśnictwo Ełk, Mrozy Wielkie 21, 19-300 Ełk i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum w składzie: A. K., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „Zakład Robót Leśnych", Regiel, ul. Leśna 2, 19-300 Ełk, W. A. C., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „Zakład Robót Leśnych", Regiel, ul. Leśna 2, 19-300 Ełki, K. S., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „Usługi Leśne", Długosze 15/1, 19-335 Prostki, J. M., ul. Mazurska 16, 19-314 Kalinowo tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Skarbu Państwa - Państwowego Gospodarstwa Leśnego „Lasy Państwowe" Nadleśnictwo Ełk, Mrozy Wielkie 21, 19-300 Ełk na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum w składzie A. K., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „Zakład Robót Leśnych", Regiel, ul. Leśna 2, 19-300 Ełk, W. A. C., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „Zakład Robót Leśnych", Regiel, ul. Leśna 2, 19-300 Ełki, K. S., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „Usługi Leśne", Długosze 15/1, 19-335 Prostki, J. M., ul. Mazurska 16, 19-314 Kalinowo: kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący: .....

W odniesieniu do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Ełk w roku 2020", prowadzonego przez Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne „Lasy Państwowe" Nadleśnictwo Ełk, Mrozy Wielkie 21 19-300 Ełk (dalej „zamawiający") wykonawcy wspólnie

ubiegający się o udzielenie zamówienia - A. K., Zakład Usług Leśnych Fangom Siedliska 54,19-300 Ełk, W. A. C., Zakład Robót Leśnych Regiel, ul. Leśna 2,19-300 Ełk, K. S. Usługi Leśne, Długosze 15/1,19-335 Prostki J. M., ul. Mazurska 16,19-314 Kalinowo (dalej „odwołujący") złożył odwołanie:

- w odniesieniu do pakietów 1,2 i 6, zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7 oraz art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia ... [dalej „ustawa Pzp"], poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania pomimo wskazania w kosztorysie ofertowym błędnej jednostki miary jednej z usług objętych zamówieniem oraz poprzez dokonanie zmiany tej jednostki miary w trybie poprawienia oczywistej omyłki w ofercie,

- w odniesieniu do pakietu 1,2,3,5 i 6a, zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - K. D. i D. D. (dalej „wykonawcy DD), pomimo jej niezgodności z pkt. 13.2. SIWZ,

- art. 24 ust. 1 pkt 12) oraz art. 89 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawców DD postępowania i odrzucenia ich oferty pomimo niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w postaci doświadczenia zawodowego.

Dodatkowo odwołujący złożył odwołanie wobec wyboru jako najkorzystniejszych ofert złożonych wykonawców DD.

Odwołujący wniósł o:

- unieważnienie postępowania w odniesieniu do pakietów 1,2 i 6,

- unieważnienie czynności polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawców DD w odniesieniu do pakietów 3 i 5,

- powtórzenia czynności oceny tych ofert, wykluczenia wykonawców DD

z postępowania i odrzucenia złożonej przez nich ofert.

W przypadku nieuwzględnienia powyższych wniosków odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty wykonawców DD w odniesieniu do pakietu 1,2,3,5 i 6 jako najkorzystniejszej,

- powtórzenia czynności oceny ofert, wykluczenia Wykonawców z postępowania i odrzucenia złożonej przez nich ofert.

Dodatkowo wniósł o dopuszczenie dowodu z wszystkich wymienionych w odwołaniu dokumentów zgromadzonych przez zamawiającego w aktach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na okoliczności wskazane w treści odwołania.

Podał, że zarówno wykonawcy DD jak i odwołujący złożyli oferty w odniesieniu do pakietu 1, 2, 3, 5, i 6. oraz, że 17 stycznia 2020r. zamawiający zawiadomił o wyborze ofert wykonawców DD jako najkorzystniejszych.

Dowód: zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty

Stwierdził, że opis przedmiotu zamówienia w odniesieniu do pakietów 1, 2, 6 jest niezgodny z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, co powodowało konieczność unieważnienia przez zamawiającego postępowania we wskazanych częściach na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Zdaniem odwołującego niezgodność opisu przedmiotu zamówienia z przepisami prawa polega na tym, że stawka jednostkowa oznaczona w kosztorysach ofertowych numerem 32

jest nieprawidłowa, niezgodna ze sposobem rozliczania tej pozycji kosztorysu - określono ją bowiem w metrach przestrzennych, podczas gdy zgodnie ze szczegółowym opisem technologii wykonywania poszczególnych prac leśnych wchodzących w skład przedmiotu zamówienia, stanowiącym załącznik nr 4 do SIWZ, zakres prac objętych wskazaną pozycją oblicza się w odniesieniu do powierzchni, na której są prowadzone (ha).

Uznał, że oznacza to, że w dokumentacji przetargowej zachodziła sprzeczność dyskwalifikująca niniejsze postępowanie. Uzupełnił, że wspomniany przepis jest jednym z kluczowych norm w ustawie, dającym gwarancję zachowania zasad przetargowych.

Zaznaczył, że przedmiotem postępowania są usługi, których wartość, po wykonaniu, będzie obliczona metodą kosztorysową - zgodnie z §10.3 wzoru umowy (załącznika nr 13 do SIWZ) wynagrodzenie należne wykonawcy za wykonanie prac stanowiących przedmiot zleceń obliczane będzie na podstawie ilości odebranych prac, według cen jednostkowych podanych w kosztorysie.

Podkreślił, że jednostka miary stanowi niezbędny element określenia zakresu wykonanych na danym etapie usług, a następnie kalkulacji należnej kwoty wynagrodzenia wobec czego wskazanie błędnej jednostki rozliczeniowej w odniesieniu do prac hodowlanych określanych kodami PPOD stoi na przeszkodzie ich prawidłowemu odbiorowi. Zaznaczył, że

nie ma możliwości ustalenia zakresu realizacji zlecenia w przypadku posługiwania się wskazanymi w kosztorysach, nieprawidłowymi jednostkami M3P.

Wskazał także, że zgodnie z art. 140 ust. 1 ustawy Pzp zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie, a zgodnie z poglądami wyrażanymi w piśmiennictwie, zasada ta ma charakter absolutny.

Stanął na stanowisku, że zastosowanie obydwu wspomnianych zasad na gruncie wewnętrznie sprzecznej dokumentacji przetargowej w niniejszej sprawie jest niemożliwe; w świetle braku sposobności stwierdzenia zakresu wykonanych prac, wystąpienie przesłanki z art. 140 ust. 1 ustawy Pzp będzie nieweryfikowalne, w rezultacie na etapie analizy ofert nie

było możliwe ustalenie, czy odnoszą się one do faktycznego przedmiotu przyszłych usług, przy czym sytuacja ta ma miejsce z powodu okoliczności leżących po stronie zamawiającego.

Wskazał, że zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego; przepis ten odnosi się do art, 146 ustawy Pzp.

Odwołujący przyznał, że przesłanki unieważnienia umowy wymienione w art. 146 ust. 1 ustawy Pzp nie wskazują co prawda naruszenia art. 29 ustawy Pzp, jednak, w ocenie odwołującego jako podstawę unieważnienia w sytuacji, gdy wadliwie sporządzony opis przedmiotu zamówienia miał lub mógł mieć wpływ na wynik postępowania, należy powołać art. 146 ust. 6 ustawy Pzp.

Powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 listopada 2012 r. sygn. akt KIO 2428/12 - konieczność wyboru oferty najkorzystniejszej cenowo, odpowiadającej wymogom SIWZ, ale nie odpowiadającej potrzebom zamawiającego z uwagi na wadliwy opis przedmiotu zamówienia, można uznać za wadę postępowania mającą wpływ na jego wynik.

Podsumował, że zaniechanie unieważnienia postępowania po upływie terminu otwarcia ofert i dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty stanowi naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp ponieważ do rozstrzygnięcia doszło pomimo istnienia nieusuwalnej wady postępowania.

Stwierdził, że dowodem zasadności ww. zarzutów jest to, że w odniesieniu do stawki jednostkowej nr 8, przed upływem terminu otwarcia ofert, doszło do modyfikacji SIWZ polegającej na skorygowaniu błędu dostrzeżonego w kosztorysie, która to czynność doprowadziła do zmiany ogłoszenia o zamówieniu opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

Oświadczył, że powyższe zarzuty dotyczące konieczności unieważnienia postępowania przedstawił zamawiającemu przed wyborem najkorzystniejszych ofert i w odpowiedzi zamawiający dokonał - 10 stycznia 2020 r. - poprawienia treści kosztorysów na zasadzie art 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i uzupełnienia ich o inną jednostkę rozliczeniową w odniesieniu do pozycji objętych niniejszym zarzutem.

Podkreślił, że art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp dotyczy omyłek w ofercie popełnionych przez oferenta i na jego podstawie może dojść do zmiany w zakresie, w jakim obejmuje ona treść oferty pochodzącą od wykonawcy. Stwierdził, że wykorzystanie trybu korekty omyłki oferenta jest nieprawidłowe i stanowi samoistną podstawę do sformułowania zarzutu naruszenia art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Odwołujący podał, że pkt. 13.2. SIWZ stanowi: „Ceny jednostkowe za poszczególne pozycje (prace) wchodzące w skład Pakietu powinny być podane na Kosztorysie Ofertowym. Każda cena jednostkowa musi być tak podana, aby pokrywać wszelkie koszty i ryzyka Wykonawcy związane z realizacją czynności, której dotyczy. Wykonawca nie może kosztów realizacji danej czynności doliczać do kosztów realizacji innych czynności.

Podniósł, że kosztorys ofertowy złożony przez wykonawców DD w odniesieniu do pakietu nr 3 jest niezgodny z powyższą dyspozycją w zakresie w jakim obejmuje wycenę następujących usług:

- pozycja nr 4, kod czynności GODZ-RP, stawka jednostkowa 1 pln,
- pozycja nr 6, kod czynności GODZ-POZ, stawka jednostkowa 1 pln,
- pozycja nr 7, kod czynności GODZ-CP, stawka jednostkowa 1 pln,
- pozycja nr 8, kod czynności GODZ-RH, stawka jednostkowa 15 pln,
- pozycja nr 53, kod czynności DOW.SMIEC, stawka jednostkowa 1 pln,
- pozycja nr 67, kod czynności POZCHOIN, stawka jednostkowa 10 plin.

Odwołujący stanął na stanowisku, że powyższe prace, niezależnie od ich zakresu

(ilości jednostek miary) nie mogą być wykonane zgodnie z pkt 13.2. SIWZ - symboliczna wysokość zaoferowanych stawek dowodzi, że wspomniane usługi będą sfinansowane z ewentualnych zysków z innych pozycji, bowiem nie są w stanie pokryć minimalnych

i niezbędnych kosztów ich realizacji.

Stwierdził, że taki wniosek wynika z całkowitej nierealności kwot w odniesieniu do oczywistego nakładu pracy wiążącej się z wybranymi pozycjami.

Zdaniem odwołującego stawki jednostkowe wskazane w pozycjach 4, 6, 7 i 8 obejmują wynagrodzenie za pojedynczą godzinę pracy, polegają na wykonywaniu dodatkowych robót, nie objętych stawką akordową w ramach danego rodzaju czynności. Podał, że - jak wynika z załącznika nr 4 do SIWZ - mogą to być np.:

- prace przy ścince drzew trudnych lub przy wtórnej sortymentacji (GODZ-POZ i GODZ-RP) - str. 28 załącznika nr 4 do SIWZ,
- prace przy rozmygłowywaniu (GODZ-CP) - str. 29 załącznika nr 4 do SIWZ,
- przygotowywanie nasion do wysiewu, oznakowanie drzewostanów, przygotowywanie beczek do przechowywania nasion (GODZ-RH) - str. 39 załącznika do SIWZ.

Dowód: załącznik nr 4 do SIWZ.

Podniósł, powołując pkt 3.5. SIWZ, ze zamawiający wymaga zatrudnienia przez wykonawcę 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 świadczeniu pracy w rozumieniu kodeksu pracy, w rezultacie czego obowiązek zatrudnienia obejmuje pilarzy, zrywkarzy i ich pomocników, co znajduje odzwierciedlenie w postanowieniu pkt 15.1.2) tiret siódme SIWZ.

W ocenie odwołującego wskazane osoby wykonują czynności wchodzące w skład wymienionych powyżej pozycji kosztorysu, bowiem pozycje te są objęte pozyskaniem i zrywką.

Skoro osoby zaangażowane w prace przy pozyskaniu i zrywce muszą być zatrudnione w oparciu o umowy o pracę - wywodził odwołujący - to ich wynagrodzenie podlega postanowieniom ustawy z dnia 10 października 2002r. o minimalnym wynagrodzeniu; taki sam obowiązek dotyczy osób zatrudnionych w oparciu o umowę zlecenie, które potencjalnie mogą wykonywać wskazane powyżej czynności z zakresu nasiennictwa.

Odwołujący stwierdził, ze zaoferowana stawka godzinowa w wysokości 1 PLN jest sprzeczna z ww. ustawą; zaangażowanie pracownika (a także ewentualnie osoby zatrudnionej w oparciu o umowę zlecenie) wymaga zapłacenia za godzinę pracy kwoty kilkunastokrotnie wyższej niż zaoferowana, wobec czego oczywiste staje się, iż wykonawcy DD będą musieli sfinansować koszt tej części usług z zysku z innych usług, co jest niezgodne z pkt. 13.2. SIWZ.

Uzupełnił, że iluzoryczność wskazanych stawek znajduje dodatkowe potwierdzenie w samym kosztorysie wykonawców DD - inne, poboczne czynności rozliczane wedle stawki godzinowej wycenione zostały zdecydowanie wyżej, np.: porządkowanie lasu (pozycja kosztorysu nr 59) na kwotę 20 PLN netto lub naprawa i konserwacja grodzeń (pozycja kosztorysu nr 55) na kwotę 25 PLN netto.

Uznał, że wykonawcy DD wycenili kwestionowane czynności, kierując się niewielkim zakresem tych prac (liczbą planowanych do zlecenia godzin), co nie zmienia faktu, że ich wykonanie będzie generowało koszty wyższe niż zaoferowana, symboliczna kwota.

Odwołujący, na wypadek twierdzenia zamawiającego lub wykonawców DD o ewentualnej możliwości realizowania wskazanych czynności osobiście przez oferentów wskazał, że:

- oferty tych wykonawców okazują się najkorzystniejsze łącznie w pięciu pakietach, a zatem wykonawcy będą koordynowali znaczny zakres usług przez cały rok 2020,
- siedziba firmy p. D. znajduje się w dużej odległości od Nadleśnictwa Ełk,
- D. D. zadeklarował zaangażowanie własnej osoby jako pilarza w odniesieniu do prac objętych pakietem nr 1.

Zdaniem odwołującego w rezultacie możliwość osobistej pracy któregokolwiek z konsorcjantów w zakresie wskazanych pozycji kosztorysu w pakiecie 3 jest nierealna i wyłącznie teoretyczna; nie sposób przyjąć, że omawiane stawki przewidują własne zaangażowanie p. D. lub p. D. .

Nawet gdyby jednak tak było - wywodził odwołujący - to sama konieczność dojazdu

na wybrane pozycje leśne celem wykonania tych prac wywołuje koszt wyższy niż pojedyncza złotówka, o której mowa w zakwestionowanych pozycjach kosztorysu nr 4, 6 i 7.

Stwierdził, że analogiczne pozycje kosztorysu w innych, zaoferowanych przez ww. wykonawców pakietach są kilkudziesięciokrotnie wyższe.

Odwołujący oświadczył, że zarzut naruszenia pkt 13.2. SIWZ formułuje także w odniesieniu do stawek dotyczących kodów czynności DOW.SMIEC zawartych

w kosztorysach do pakietu 1, 2, 4,5, 6 oraz POZCHOIN w kosztorysie do pakietu 1.

Zaprezentował stanowisko, że celem wprowadzenia do SIWZ pkt 13.2. jest spowodowanie weryfikowalności i porównywalności ofert - chodzi o zapewnienie, że wysokość wynagrodzenia będzie określona przez wszystkich oferentów według tych samych zasad, zaś o porównywalności ofert w zakresie zaproponowanej ceny, można mówić dopiero wówczas, gdy określone w ofertach kwoty, mające być przedmiotem porównywania, zostały obliczone przez wykonawców z zachowaniem tych samych reguł; tylko w ten sposób może dojść do zagwarantowania uczciwej konkurencji.

Uzupełnił, że porównywalność ofert służy m.in. umożliwieniu sprawdzenia czy nie zachodzą przesłanki z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp,

Uznał, że kosztorysy przedstawione przez wykonawców DD są istotnym elementem oferty, a ich wypełnienie w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ, wywołujące nieporównywalność ofert, podlega sankcji z art. 89 ustawy Pzp, co uzasadnia uwzględnienie przedmiotowego zarzutu.

Pakiet nr 5

Odwołujący podał, że jednym z warunków udziału w postępowaniu było, zgodnie z pkt 6.2.3) SIWZ, posiadanie przez wykonawcę doświadczenia w postaci wykonania co najmniej jednej usługi polegającej na pracach z zakresu zagospodarowania lasu, zrywki i pozyskania drewna; oczekiwaniem zamawiającego było, aby usługa wynikała z jednej umowy i miała wartość odrębnie określoną dla każdego z pakietów.

Podał także, że dowodem posiadania doświadczenia wskazanym w pkt 7.1.b) SIWZ miał być wykaz usług z ich opisem sporządzonym w formie tabelarycznej zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik do SIWZ.

Podniósł, że wykonawcy DD nie wykazali spełnienia ww. warunku w odniesieniu do pakietu nr 5 bowiem złożony przez nich wykaz nie dowodzi realizacji prac obejmujących wszystkie rodzaje robót (pozyskanie, zrywkę i zagospodarowanie) na podstawie jednej umowy, względnie nie dowodzi wymaganej wartości tych prac.

Wskazał, że w wykazie wymieniono jako doświadczenie prace wynikające z umowy zawartej z Nadleśnictwem Rytel oraz prace wynikające z umowy zawartej z Nadleśnictwem Tuchola.

W ocenie odwołującego żadna z ww. umów nie dowodzi spełnienia rzeczonego warunku - pierwsza z nich nie obejmuje wszystkich rodzajów usług (wyłącznie pozyskanie i zrywka bez zagospodarowania), druga opiewa na zbyt niską wartość (zaledwie 217.000 pln wobec wymaganych 540.000 pin).

Podsumował, że w świetle dokumentów sporządzonych samodzielnie i złożonych przez wykonawców DD, nie dowiedli oni spełnienia warunku w postaci doświadczenia.

Wskazał, że zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia.

Stwierdził, że wybór oferty wykonawców DD w odniesieniu do pakietu nr 5 jest nieprawidłowy i stanowi naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Pakiet nr 3.

Odwołujący podał, że celem wykazania spełnienia warunku, o którym mowa w 6.2.3) SIWZ w odniesieniu do pakietu nr 3 wykonawcy DD wskazali prace realizowane w okresie od dnia 28 lutego 2018r. do dnia 31 grudnia 2018r. na podstawie umowy z Nadleśnictwem Rytel.

Podniósł, że z przedstawionych referencji wynika jednak, że umowa ta wykonywana była w ramach konsorcjum przez p. D. oraz firmę E&A Transport OU - wniosek ten znajduje uzasadnienie zarówno w treści referencji Nadleśnictwa Rytel z dnia 10 października 2019 r, przedstawionych z dokumentami dotyczącymi oferty na pakiet 3, jak i w treści referencji tego samego Nadleśnictwa z dnia 25 listopada 2019r, przedstawionymi na potrzeby pakietu nr 5.

Zdaniem odwołującego brzmienie obydwu dokumentów wskazuje, iż wpisana do wykazu wartość usług obejmuje prace wykonywane łącznie przez obydwu konsorcjantów.

Stwierdził, że zestawienie informacji pochodzących z wykazu oraz z referencji sugeruje, iż Wykonawcy DD złożyli ofertę wbrew dyspozycjom wynikającym z rozpowszechnionego w polskim orzecznictwie wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie „Esaprojekt". „() doświadczenie nabyte w ramach konsorcjum wymaga indywidualnej analizy konkretnego stanu faktycznego i badania realnego udziału w realizacji danego zadania każdego z członków konsorcjum. (...)W sytuacji gdy wykonawca polega na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem, to doświadczenie tego wykonawcy należy ocenić w zależności od konkretnego zakresu udziału tego wykonawcy, czyli jego faktycznego wkładu w prowadzenie działań, które były wymagane od tej grupy w ramach danego zamówienia publicznego”

W ocenie odwołującego w świetle powyższego orzecznictwa oraz wspólnej z konsorcjantem realizacji usług wykorzystanych jako niezbędne doświadczenie, zamawiający powinien był zweryfikować prawdziwość wykazu i co najmniej wezwać wykonawcę DD do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w przeciwnym wypadku należy uznać, że dokumenty złożone wraz z ofertą nie dowodzą faktu spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący przyznał, ze dokument referencji nie służy dowiedzeniu wartości usług, na które, jako na doświadczenie, powołuje się oferent w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jednak w tej sprawie ma się do czynienia z sytuacją, w której oświadczenie własne wykonawców DD, tj. wykaz usług jest sprzeczne z dwoma dokumentami referencji, którymi posłużyli się ci sami wykonawcy lub co najmniej budzi wątpliwości w świetle treści tych referencji.

Jeżeli bowiem przyjąć - wywodził odwołujący - że wartość prac została podana przez Nadleśnictwo Rytel zgodnie z prawdą, to wyjaśnienia wymaga czy p. K. D. samodzielnie wykonała w tym zakresie usługi co najmniej o wartości wymaganej jako warunek udziału w niniejszym postępowaniu.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej Izbie przez zamawiającego na informatycznym nośniku danych (USB) przy piśmie z dnia 31 stycznia 2020 r. - dokumentów przywołanych w dalszej części uzasadnienia, złożonych przez odwołującego na rozprawie dokumentów (str. 7 Biuletynu Kancelarii Sejmu Biura Komisji Sejmowych z 22 posiedzenia Rady Ochrony Pracy w dniu 22 maja 2017 r., Informacji o zlecaniu dodatkowych usług z dnia 27 lutego 2019 r. oraz 19 sierpnia 2019 r., pisma Zastępcy Dyrektora Ośrodka Rozwojowo-Wdrożeniowego Lasów Państwowych z dnia 7 lutego 2017 r., Instrukcji Bezpieczeństwa i Higieny Pracy przy wykonywaniu podstawowych prac z zakresu gospodarki leśnej), a także oświadczeń i stanowisk stron zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierował odwołanie do rozpoznania na rozprawę.

Skład orzekający Izby ustalił nadto, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp

w zakresie poddanych rozpoznaniu składu orzekającego Izby zarzutów (zamawiający tego nie kwestionował)

Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzut zaniechania unieważnienia postępowania pomimo wskazania w kosztorysie ofertowym błędnej jednostki miary jednej z usług objętych zamówieniem w odniesieniu do pakietów 1, 2 i 6, czym zamawiający naruszył przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp jest spóźniony.

Zarzut został przez samego odwołującego określony jako zarzut „w kwestii nieprawidłowego opisu przedmiotu zamówienia" (str. 3 odwołania), w odniesieniu do którego odwołujący stwierdził, że:

- „Niezgodność opisu przedmiotu zamówienia z przepisami prawa polega na tym, że stawka jednostkowa oznaczona w kosztorysach ofertowych numerem 32 jest nieprawidłowa, niezgodna ze sposobem rozliczania tej pozycji kosztorysu." (str. 3 pkt 2 drugi akapit),

- „W dokumentacji przetargowej zachodziła zatem sprzeczność dyskwalifikująca niniejsze postępowanie." (str. 3 odwołania pkt 2 trzeci akapit),

- „W rezultacie, na etapie analizy ofert nie było możliwe ustalenie, czy odnoszą się one do faktycznego przedmiotu przyszłych usług, przy czym sytuacja ta ma miejsce z powodu okoliczności leżących po stronie zamawiającego." (str. 4 odwołania czwarty akapit).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 31 października 2019 r. pod numerem 2019/S 211-516901.

Jest to postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości zamówienia przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp [pkt 2 SIWZ oraz pkt 2 ppkt 4 Protokołu postępowania o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego - Druk ZP-PN (dalej „Protokół")].

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (dalej nadal „SIWZ") została w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego udostępniona na wskazanej w Protokole platformie zakupowej w dniu 31 października 2019 r. (pkt pkt 2 ppkt 4 Protokołu).

Odwołanie (pismo z dnia 26 stycznia 2020 r.) wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 stycznia 2020 r.

Zgodnie z przepisem art. 182 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp „Odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, a jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, także wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wnosi się w terminie 1) 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej - jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8"

Uwzględniając powyższe, stwierdzić należy, że w odniesieniu do przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o wartości zamówienia przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego odwołanie dotyczące specyfikacji istotnych warunków zamówienia winno, dla zachowania terminu, zostać wniesione najpóźniej 11 listopada 2019 r. (10 listopada 2019 r. to dzień ustawowo wolny od pracy - niedziela, wobec czego zastosowanie znajduje przepis art. 185 ust. 8 ustawy Pzp zgodnie z którym

„Jeżeli koniec terminu do wykonania czynności przypada na sobotę lub dzień ustawowo wolny od pracy, termin upływa dnia następnego po dniu lub dniach wolnych od pracy").

Skoro odwołanie ujmujące, obok innych, zarzut dotyczący treści SIWZ zostało wniesione w dniu 27 stycznia 2020 r., a termin zawity na jego wniesienia upłynął w dniu 11 listopada 2019 r., to uznać należało, że zarzut jest spóźniony.

Przesądza to o niemożności rozpoznania tego spóźnionego zarzutu odwołania, a jednocześnie o niedopuszczalności odrzucenia odwołania w całości na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp (skoro w odwołaniu ujęto zarzuty wniesione z zachowaniem terminu określonego w ustawie Pzp).

Zarzut dokonania w kosztorysie ofertowym zmiany błędnej jednostki miary w trybie poprawienia oczywistej omyłki w ofercie w odniesieniu do pakietów 1, 2 i 6, czym zamawiający naruszył przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 oraz art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest spóźniony.

Jest to postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości zamówienia przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp [pkt 2 SIWZ oraz pkt 2 ppkt 4 Protokołu postępowania o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego - Druk ZP-PN (dalej „Protokół")].

„Zawiadomienie o poprawieniu w ofercie innych omyłek, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp" - pismo zamawiającego z dnia 10 stycznia 2020 r. stanowiło informację o dokonaniu przez zamawiającego we wszystkich wymagających tego ofertach poprawienia omyłek (w tym odwołującego) i pismo to odwołujący otrzymał w tej samej dacie.

Odwołującemu przysługiwało prawo złożenia odwołania od czynności poprawienia przez zamawiającego omyłek w 10-cio dniowym, zawitym terminie od dnia otrzymania ww. zawiadomienia (art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp) - termin ten upłynął zatem 20 stycznia 2020 r.

Skoro odwołanie ujmujące, obok innych, zarzut dotyczący dokonania przez zamawiającego poprawek w ofertach wykonawców omyłek zostało wniesione w dniu 27 stycznia 2020 r., a termin zawity na jego wniesienia upłynął w dniu 20 stycznia 2020 r., to uznać należało, że zarzut jest spóźniony.

Przesądza to o niemożności rozpoznania tego spóźnionego zarzutu odwołania, a jednocześnie o niedopuszczalności odrzucenia odwołania w całości na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp (skoro w odwołaniu ujęto zarzuty wniesione z zachowaniem terminu określonego w ustawie Pzp).

Zarzut dotyczący „art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia ofert Wykonawców pomimo ich niezgodności z pkt. 13.2. SIWZ" potwierdził się częściowo.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Zgodnie z pkt 11 „Opis sposobu przygotowania ofert" ppkt 11.5 SIWZ „W terminie składania ofert określonym w pkt 12.1. SIWZ wykonawca zobowiązany jest złożyć Zamawiającemu Ofertę zawierającą: a) formularz Oferty (sporządzony wg wzoru stanowiącego załączniki nr 1 do SIWZ) wraz z Kosztorysem Ofertowym (sporządzonym wg wzoru stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ (...) b) pełnomocnictwo do złożenia oferty (...), c) pełnomocnictwo dla pełnomocnika ustanowionego (...), d) zobowiązanie podmiotu trzeciego (.), e) JEDZ jako własne oświadczenie Wykonawcy (..), f) JEDZ dla każdego z podmiotów na zasobach, których Wykonawca polega (.), g) JEDZ dla każdego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (.), h) wadium (.)".

Pkt 13 to „Sposób obliczenia ceny", w którym w ppkt. 13.2. zamawiający zastrzegł, że

„Ceny jednostkowe za poszczególne pozycje (prace) wchodzące w skład Pakietu powinny być podane w Kosztorysie Ofertowym. Każda cena jednostkowa musi być tak podana, aby pokrywać wszelkie koszty i ryzyka Wykonawcy związane z realizacją czynności, której dotyczy. Wykonawca nie może kosztów realizacji danej czynności doliczać do kosztów realizacji innych czynności. (...)".

Zamawiający przewidział, w odniesieniu do wszystkich pakietów, wynagrodzenie kosztorysowe (zgodnie z załącznikiem nr 13 do SIWZ - Wzór umowy, § 10 ust. 3: „Wynagrodzenie należne Wykonawcy za wykonanie prac stanowiących przedmiot udzielonych Zleceń obliczane będzie na podstawie ilości odebranych prac, według cen jednostkowych

podanych w Kosztorysie Ofertowym zawartym w Ofercie".)

Wykonawcy DD, korzystając z opracowanego przez zamawiającego wzoru, złożyli Kosztorys ofertowy, w którym w kwestionowanych przez odwołującego pozycjach: 4, 6, 7, 8, 53 i 67 zaoferowali odpowiednio następujące ceny: 1 zł, 1 zł, 1 zł, 15 zł, 1 zł i 10 zł.

Pismem z dnia 17 stycznia 2020 r. zamawiający zawiadomił wykonawców, że w pakiecie 3 wybrał, jako najkorzystniejszą, ofertę wykonawców DD.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Odwołujący wskazał jako podstawę prawną tego zarzutu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Jednak treść odwołania uzasadnia wniosek, że odwołujący w istocie kwestionuje także możliwość wykonania przez wykonawców DD prac za zaoferowane ceny jednostkowe w pakiecie 3, ponieważ odwołujący prezentuje okoliczności i argumentację dotyczące iluzoryczności kwestionowanych stawek („Iluzoryczność wskazanych stawek znajduje dodatkowe potwierdzenie w samym kosztorysie Wykonawców." - str. 7 drugi akapit odwołania), ich nierealnego, czy zaniżonego charakteru („W rezultacie możliwość osobistej pracy któregokolwiek z konsorcjantów w zakresie wskazanych pozycji kosztorysu w pakiecie 3 jest nierealna i wyłącznie teoretyczne." - str. 7 pkt 8 drugi akapit odwołania) oraz „[(...) mamy do czynienia z zaniżeniem stawek (...)] - str. 7 pkt 8 trzeci akapit zdanie ostatnie].

Odnosząc się w pierwszej kolejności do niezgodności treści oferty wykonawców DD (Kosztorysu ofertowego) w kontekście postanowienia pkt. 13.2 SIWZ, podnieść należy, że postanowienie to zostało ujęte w punkcie regulującym obowiązki wykonawców w zakresie sposobu obliczenia ceny - taki tytuł nadał zamawiający punktowi 13, w obrębie którego zamawiający ujął także ppkt 13.2. Należy przyjąć, że taki też charakter ma to postanowienie. Bo choć nie podaje jakież to koszty i ryzyka winien ująć wykonawca, obliczając cenę ofertową (ceny jednostkowe), to nakłada na wykonawców taki obowiązek oraz zakazuje „przerzucania kosztów" pomiędzy pozycjami.

Dostrzec jednak należy, że odwołujący nie postawił w ogóle zarzutu zaniechania odrzucenia oferty wykonawców DD w pakiecie 3 z tego powodu, że oferta ta zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu, tj. zarzutu z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Abstrahując od powyższego podnieść należy, że dla oceny zgodności kwestionowanych przez odwołującego pozycji Kosztorysu ofertowego wykonawców DD z wymogiem ujęcia w tych pozycjach „wszystkich kosztów i ryzyk Wykonawcy związanych z realizacją czynności, której dotyczy" niezbędne jest w pierwszej kolejności ustalenie, jakie są to koszty i ryzyka.

Jak już wskazano ich katalogu nie podał zamawiający w SIWZ, ich katalogu nie podał także odwołujący w odwołaniu i w toku rozprawy.

Odwołujący próbował wykazać, że wykonawcy DD nie ujęli wszystkich kosztów i ryzyk, poprzez kwestionowanie wysokości niektórych z nich, co - w ocenie składu orzekającego - było z góry skazane na niepowodzenie, ponieważ czym innym jest zaniżenie pozycji kosztorysowej, a czym innym nie ujęcie w jej ramach jakiegoś kosztu czy ryzyka. Poprzez wykazanie, że pozycja jest zaniżona, odwołujący nie jest w stanie wykazać, że nie ujmuje wszystkich kosztów i ryzyk.

Odnosząc się do w drugiej kolejności do iluzoryczności kwestionowanych stawek, ich nierealnego, zaniżonego charakteru, skład orzekający Izby wskazuje i podnosi, co następuje:

- po pierwsze, odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp (z tego powodu, że zawiera rażąco niska cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia), co wielokrotnie podkreślano w orzecznictwie i doktrynie, nie może być automatyczne, tj. bez umożliwienia wykonawcy, którego cena lub koszt wydają się rażąco niskie, złożenia wyjaśnień w tym dowodów (art. 90 ust. 1 ustawy Pzp),

- po drugie, wykonawcy DD nie byli dotychczas wezwani przez zamawiającego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp,

- odwołujący wykazał, że w odniesieniu do kwestionowanych pozycji istnieją wątpliwości co ich wysokości - do powzięcia takich wątpliwości prowadzi porównanie wysokości cen jednostkowych w kwestionowanych pozycjach (zwłaszcza wycenionych na 1 zł) z kosztami pracy (wynagrodzenie minimalne), ograniczony zakres prac, jakie ewentualnie wykonawcy DD mogli przewidzieć do osobistego wykonania oraz konieczne ujęcie kosztów dojazdu na miejsce wykonywania prac,

- to zamawiający, co stanowi jego obowiązek w ramach badania i oceny ofert winien także zbadać i ocenić oferty wykonawców pod kątem zaoferowania ceny lub kosztu rażąco niskiego; takie badanie i ocena nie została przez zamawiającego dotychczas przeprowadzona.

Odwołujący oświadczył także, że „Zarzuty naruszenia pkt 13.2. SIWZ Odwołujący formułują także w odniesieniu do stawek dotyczących kodów czynności DOW.SMIEC zawartych w kosztorysach do pakietu 1,2,4,5,6 oraz POZCHOIN w kosztorysie do pakietu 1."

- str. 7 odwołania pkt 9 odwołania.

Abstrahując nawet od tego, że w petitum odwołania odwołujący nie wskazał, że zarzut zaniechania odrzucenia oferty wykonawców DD dotyczy także pakietu 4 oraz, że żądanie unieważnienia czynności wybory ofert tych wykonawców dotyczy pakietu 4, skład orzekający Izby wskazuje, że tak w odniesieniu do pakietu 4 jak i pakietu 1, 2, 5 i 6 odwołujący nie zaprezentował żadnych okoliczności faktycznych, żadnej argumentacji, poprzestając na cytowanym już powyżej stwierdzeniu „Zarzuty naruszenia pkt 13.2. SIWZ Odwołujący formułują także w odniesieniu do stawek dotyczących kodów (...)"- str. 7 pkt 9 odwołania].

Nie oświadczył nawet, iż argumentacja prezentowana w odniesieniu do pakietu 3 pozostaje adekwatna także dla pakietów: 1, 2, 4, 5 i 6.

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że zarzut częściowo się potwierdził, nakazując zamawiającemu - adekwatnie do dokonanych ustaleń i przepisów ustawy Pzp - wezwanie wykonawców DD do złożenia wyjaśnień co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

<u>Zarzut zaniechania wykluczenia wykonawców DD z postępowania i odrzucenia ich oferty pomimo niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w postaci doświadczenia zawodowego w odniesieniu do pakietu 5, czym zamawiający naruszył przepis art. 24 ust. 1 pkt 12) oraz art. 89 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp nie potwierdził się.</u>

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Zamawiający, w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, ustanowił warunek zrealizowania lub realizowania co najmniej jednej usługi polegającej na wykonywaniu prac z zakresu zagospodarowania lasu, zrywki i pozyskania drewna na kwotę nie mniejszą niż 540 tys. zł (pkt 6.2. ppkt 3 lit. a) SIWZ)

W celu potwierdzenia spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu wykonawcy mieli obowiązek złożyć: dokument JEDZ, Wykaz usług wykonanych oraz dowody, że wskazane usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie (pkt 7.1. lit. a) - c) SIWZ)

Wykonawcy DD w dokumencie JEDZ wskazali dwie pozycje:

1. umowę nr ZG.271.1.5.2017 - pozyskanie i zrywka drewna o wartości ponad 4,9 mln zł; odbiorca: nadleśnictwo Rytel-Dworze,

2. umowę ZG.1.9.2019 - zagospodarowanie lasu, pozyskanie i zrywka o wartości poniżej

218 tys. zł; odbiorca: Nadleśnictwo Tuchola.

W Wykazie wykonanych usług wykonawcy DD ujęli ww. dwie pozycje.

Na potwierdzenie należytego wykonania pierwszej z usług wykonawcy DD złożyli referencje z Nadleśnictwa Rytel z dnia 25 listopada 2019 r., w których wskazano m.in. umowę Z.271.5.1.2017, jej przedmiot, tj. „uprzątniecie terenu klęski (pozyskanie i zrywka)" oraz wartość brutto 4 982 205,69 zł.

Pismem z dnia 17 stycznia 2020 r. zamawiający zawiadomił wykonawców, że w pakiecie 5 wybrał, jako najkorzystniejszą, ofertę wykonawców DD.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Bez wątpienia doświadczenie wykonawcy, jakie zamawiający uznał za niezbędne dla realizacji zamówienia w pakiecie 5 polegać miało na uprzednim wykonaniu prac w trzech zakresach: zagospodarowania lasu, zrywki oraz pozyskania drewna.

Jak trafnie podnosił odwołujący w odniesieniu do wskazanych przez wykonawców DD dwóch usług „Pierwsza z nich (.) nie obejmuje wszystkich rodzajów usług (wyłącznie pozyskanie i zrywka bez zagospodarowania), druga z kolei opiewa na zbyt niską wartość (zaledwie 217.000 pln wobec wymaganych 540.000 pln)" - str. 9 pkt 12 odwołania.

Zakres doświadczenia, którego „zabrakło" to bezsprzecznie zagospodarowanie lasu.

Zakres usług wskazany w JEDZ, Wykazie wykonanych usług oraz w referencjach jest tożsamy, ale - ze względu na brak doświadczenia w zakresie zagospodarowania lasu w Wykazie wykonanych usług, tj. dokumencie własnym wykonawców DD, za pomocą którego wykonawca miał obowiązek wykazać spełnianie warunku zdolności technicznej lub zawodowej (zgodnie z SIWZ) - niewystarczający.

Przesądza to o uznaniu, że wykonawcy DD nie wykazali w przypadku pakietu 5, że spełniają warunek w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, a tym samym o zasadności zarzutu; ponieważ jednak wykonawcy DD nie byli dotychczas wzywani do uzupełnia Wykazu wykonanych usług (przyznał to także odwołujący na rozprawie) - co przesądza o niedopuszczalności ich wykluczenia, skład orzekający Izby, ze względu na wynikający z przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp obowiązek zamawiającego, nakazał zamawiającemu wezwanie wykonawców DD, w ramach ponownego badania i oceny ofert, do uzupełnienia tego Wykazu.

Na marginesie skład orzekający Izby zauważa, że przepis art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp nie znajduje zastosowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym - jak przedmiotowe - w trybie przetargu nieograniczonego, ponieważ wykonawcy, którzy składają oferty w przetargu nieograniczonym nie są wcześniej poddawani ocenie pod kątem istnienia podstaw do wykluczenia i spełniania warunków udziału w postępowaniu, co uzasadniałoby wykluczenie - w momencie składania ofert nie mogli być wykluczeni.

Zarzut zaniechania wykluczenia wykonawców DD z postępowania i odrzucenia ich oferty pomimo niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w postaci doświadczenia zawodowego w odniesieniu do pakietu 3, czym zamawiający naruszył przepis art. 24 ust. 1 pkt 12) oraz art. 89 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Zamawiający, w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, ustanowił warunek zrealizowania lub realizowania co najmniej jednej usługi polegającej na wykonywaniu prac z zakresu zagospodarowania lasu, zrywki i pozyskania drewna na kwotę nie mniejszą niż 540 tys. zł (pkt 6.2. ppkt 3 lit. a) SIWZ)

W celu potwierdzenia spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu wykonawcy mieli obowiązek złożyć: dokument JEDZ, Wykaz usług wykonanych oraz dowody, że wskazane usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie (pkt 7.1. lit. a) - c) SIWZ)

Wykonawcy DD w dokumencie JEDZ wskazali jedną pozycję/usługę - umowę nr Z.271.1.16.2018 - zagospodarowanie lasu, pozyskanie i zrywka drewna o wartości 4 067 128,12 zł brutto; odbiorca: nadleśnictwo Rytel-Dworze,

W Wykazie wykonanych usług wykonawcy DD ujęli jedną ww. usługę.

Na potwierdzenie należytego wykonania ww. usługi wykonawcy DD złożyli referencje z Nadleśnictwa Rytel z dnia 10 października 2019 r., w których wskazano, że „W ramach konsorcjum firmy E&A transport OU z siedzibą w (.) oraz „OLCHA" K. Ł., z

siedzibą w Rytlu, ul. Dworzec 8/4, zrealizowały umowę w ramach postępowania (...) - zagospodarowanie lasu, pozyskanie i zrywka drewna (.) o wartości 4 067 128,12 zł brutto. Usługi zostały wykonane, bez opóźnień, zgodnie z zasadami i normami obowiązującymi w Lasach Państwowych."

Pismem z dnia 17 stycznia 2020 r. zamawiający zawiadomił wykonawców, że w pakiecie 5 wybrał, jako najkorzystniejszą, ofertę wykonawców DD.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Odwołujący zakwestionował uznanie, że wykonawcy DD spełniają warunek zdolności technicznej lub zawodowej w pakiecie 3 z tego względu, iż „wpisana do wykazu wartość usług obejmuje prace wykonywane łącznie przez obydwu konsorcjantów" (str. 10 odwołania), co pozostaje „wbrew dyspozycjom wynikającym z rozpowszechnionego w polskim orzecznictwie wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie Esaprojekt" (str. 10 odwołania), tj. „W sytuacji, gdy wykonawca polega na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem, to doświadczenie tego wykonawcy należy ocenić w zależności od konkretnego zakresu udziału tego wykonawcy, czyli faktycznego wkładu w prowadzenie działań, które były wymagane od tej grupy w ramach danego zamówienia publicznego."

Przypomnieć należy, że składane przez wykonawców referencje mają potwierdzać, że wskazane w Wykazie usługi (w tym przypadku) zostały wykonane należycie oraz, że dokumentem, który potwierdzać ma wartość usługi przy realizacji której podmiot zdobył doświadczenie jest Wykaz usług.

W odniesieniu do pakietu 3 wykonawcy DD złożyli wszystkie wymagane (na potwierdzenie warunku zdolności technicznej lub zawodowej) dokumenty, tj. na etapie wstępnym - dokument własny JEDZ, na etapie oceny, że oferta tych wykonawców jest ocenioną najwyżej - dokument własny w postaci Wykazu wykonanych usług i dokument „zewnętrzny" w postaci referencji. Uzupełniająco stwierdzić należy, że zamawiający nie przewidział w SIWZ (nie przewiduje tego także ustawa Pzp) jakichkolwiek odmienności co do sposobu wykazania spełniania warunku w przypadku, gdy wykazujący doświadczenie wykonawca uzyskał je, realizując zamówienie w konsorcjum.

Powyższe prowadzi do wniosku, że wykonawcy DD wykazali, w sposób przewidziany w SIWZ, że spełniają warunek zdolności technicznej lub zawodowej.

Odwołujący twierdzi, że wobec sprzeczności Wykazu usług (dokumentu własnego) z referencjami (dokument „zewnętrzny") zamawiający winien powziąć wątpliwość co do wartości wykazanej w Wykazie usługi.

Skład orzekający Izby stanowiska tego nie podzielił z następujących względów.

1. Po pierwsze, żadnej sprzeczności co do treści Wykazu usług i referencji nie ma. Nie

stanowi sprzeczności to, że członek konsorcjum („Olcha") wskazał wartość całej zrealizowanej w konsorcjum umowy. Nie tylko dlatego, że nawet brak „fizycznego" wykonania konkretnych czynności, czy prac nie przesądza o braku możliwości zdobycia doświadczenia - możliwe jest „przypisanie doświadczeniu" polegającemu na pełnieniu w zamówieniu wiodącej roli (zarządzanie, decyzyjność, koordynacja) wartości (całego) zamówienia, ale także dlatego, że czym innym jest doświadczenie

odpowiadające zakresowi faktycznie zrealizowanej części zamówienia przez członka konsorcjum, a czy innym „przypisanie" temu doświadczeniu wartości (całego) zamówienia, które konsorcjum wykonało.

2. Po drugie, wykonawcy DD złożyli Wykaz, który stanowi własne oświadczenie wykonawcy złożone niewątpliwie w warunkach wiedzy co do tego, że usługa została wykonana w konsorcjum.

3. Po trzecie, wartość zamówienia realizowana w konsorcjum (dwóch członków) to ponad 4 mln zł, zaś w ustanowionym przez zamawiającego warunku to „jedynie" 540 tys. zł.

4. Po czwarte, o ile należy się zgodzić ze stanowiskiem odwołującego co do tego, że dopuszczalność posłużenia się przez wykonawcę doświadczeniem zdobytym przy realizacji danego zamówienia odnosi się li tylko do „faktycznego wkładu w prowadzenie działań" tegoż wykonawcy, o tyle podnieść należy, że odwołujący nie wskazał żadnych okoliczności, które wskazywałyby, że członek konsorcjum („Olcha") „faktycznego wkładu w prowadzenie działań" w referencyjnym zamówieniu nie miał w sytuacji opisanej powyżej (pkt 1 - 3).

Biorąc powyższe pod uwagę, skład orzekający Izby uznał, że zarzut się nie potwierdził.

Ponownie skład orzekający Izby zauważa na marginesie, przepis art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp nie znajduje zastosowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym - jak przedmiotowe - w trybie przetargu nieograniczonego, ponieważ wykonawcy, którzy składają oferty w przetargu nieograniczonym nie są wcześniej poddawani ocenie pod kątem istnienia podstaw do wykluczenia i spełniania warunków udziału w postępowaniu, co uzasadniałoby wykluczenie - w momencie składania ofert nie mogli być wykluczeni.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, § 3 pkt 1) lit. a) oraz pkt 2) lit. b) 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).

Przewodniczący: .....