Sygn. akt: KIO 148/20

WYROK

z dnia 11 lutego 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 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 M. Z. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne i Szkółkarskie „Budnik" M. Z. w Kursku, A.

W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Pilarskie - Drwal A. W. w Goruńsku, A. B. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Zakład Handlowo-Usługowy A. B. w Bledzewie, H. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych „Las" H. B. w Bledzewie i A. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne A. W. w Krobielewku,

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe, Nadleśnictwo Międzyrzecz,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum G. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych G. G. w Cigaciach, K. L. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych K. L. w Szklarni i J. W. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Firma Usługowa J. W. w Zielonej Górze, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu:

   1.1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w pakiecie nr 3,

   1.2. dokonanie powtórzenia czynności badania i oceny oferty konsorcjum G. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych G. G. w Cigaciach, K. L. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych K. L. w Szklarni i J. W. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Firma Usługowa J. W. w Zielonej Górze 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,

2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie,

3. kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawców przystępujących po stronie zamawiającego konsorcjum G. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych G. G. w Cigaciach, K. L. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych K. L. w Szklarni i J. W. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Firma Usługowa J. W. w Zielonej Górze i:

3.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000,00 zł (piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez konsorcjum M. Z. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne i Szkółkarskie „Budnik" M. Z. w Kursku, A. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Pilarskie - Drwal A. W. w Goruńsku, A. B. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Zakład Handlowo-Usługowy A. B. w Bledzewie, H. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych „Las" H. B. w Bledzewie i A. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne A. W. w Krobielewku tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza solidarnie od konsorcjum G. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych G. G. w Cigaciach, K. L. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych K. L. w Szklarni i J. W. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Firma Usługowa J. W. w Zielonej Górze na rzecz konsorcjum M. Z. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne i Szkółkarskie „Budnik" M. Z. w Kursku, A. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi

Pilarskie - Drwal A. W. w Goruńsku, A. B. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Zakład Handlowo-Usługowy A. B. w Bledzewie, H. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych „Las" H. B. w Bledzewie i A. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne A. W. w Krobielewku kwotę 18 849,80 zł (osiemnaście tysięcy osiemset czterdzieści dziewięć złotych osiemdziesiąt groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego w postaci wpisu, wynagrodzenia pełnomocnika i kosztu dojazdu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., 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 Gorzowie Wielkopolskim.

Przewodniczący:

U z a s a d n i e n i e

wyroku z dnia 11 lutego 2020 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 148/20

Zamawiający Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe, Nadleśnictwo Międzyrzecz, ul. Poznańska 38, 66-300 Międzyrzecz, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie nadleśnictwa Międzyrzecz w latach 2020-2022", podzielone na części (pakiety), o numerze nadanym przez zamawiającego SA.270.1.2019, o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 18 października 2019 r. pod numerem nr 2019/S 202-491672, zwane dalej jako „postępowanie".

Izba ustaliła, że postępowanie na usługę, o wartości powyżej kwoty określonej

w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) zwanej dalej jako „p.z.p.", jest prowadzone przez zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego.

W dniu 15 stycznia 2020 r. zamawiający poinformował wykonawców uczestniczących w postępowaniu o wyborze oferty najkorzystniejszej w części 3 postępowania, złożonej przez konsorcjum: G. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych G. G., ul. Klonowa 5, 66-131 Cigacie, K. L. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych K. L., Szklarnia 18, 57-530 Międzylesie i J. W. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Firma Usługowa J. W., ul. Dekoracyjna 16, 65-155 Zielona Góra.

W dniu 27 stycznia 2020 r. odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu w zakresie części 3 wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum: M. Z. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne i Szkółkarskie „Budnik" M. Z., Kursko 16, 66-300 Międzyrzecz, A. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Pilarskie - Drwal A. W., Goruńsko 41, 66-350 Bledzew, A. B. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Zakład Handlowo-Usługowy A. B., ul. Kościelna 5 lok. 2, 66-350 Bledzew, H. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych „Las" H. B., ul. Rynek 11, 66-350 Bledzew i A. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne A. W., Krobielewko 1a, 66-440 Skwierzyna (dalej zwani jako „odwołujący").

W odwołaniu zostały postawione zamawiającemu następujące zarzuty naruszenia (pisownia oryginalna):

1. art. 24 ust. 1 pkt 16) i 17) w zw. z art. 7 PZP, poprzez ich niezastosowanie i

zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Najstarszy Cis z Postępowania:

1.1. z uwagi na zamierzone wprowadzenie Zamawiającego w błąd co do spełnienia warunku udziału w Postępowaniu w zakresie potencjału

osobowego oraz technicznego, podczas gdy wbrew nieprawdziwym deklaracjom tego Konsorcjum zawartym w ofercie, dokumentach JEDZ oraz

złożonych wykazach osób i sprzętu, Konsorcjum Najstarszy Cis nie zamierza skierować przedstawionych osób do realizacji zamówienia w Pakiecie nr 3 i nie posiada maszyn i sprzętu wskazanego w złożonym wykazie na potrzeby realizacji zamówienia w Pakiecie nr 3, lecz wykorzystuje już te zasoby do realizacji innych analogicznych zamówień na rzecz innych odległych Nadleśnictw (tj. Nadl. Bystrzyca Kłodzka, Nadl. Smolarz, Nadl., Międzylesie, Nadl. Skwierzyna),

1.2. względnie z uwagi na wprowadzenie Zamawiającego w błąd w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przy przedstawianiu ww. informacji dotyczących spełnienia warunku udziału w Postępowaniu w zakresie potencjału osobowego oraz technicznego, mających istotny wpływ na decyzje Zamawiającego podejmowane w Postępowaniu, w związku z lekkomyślnym i bezrefleksyjnym wskazywaniem przedmiotowych zasobów ludzkich i sprzętowych równolegle w kilku toczących się analogicznych przetargach, nie zważając na ograniczoną możliwość jednoczesnego wykorzystania tych zasobów w różnych Nadleśnictwach,

2. art. 89 ust. 1 pkt 3) PZP w zw. z art. 3 oraz art. 10 ust. 1 i 14 ust. 1 UZNK, poprzez ich niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Najstarszy Cis pomimo,

iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, w szczególności polegający na wprowadzeniu Zamawiającego w błąd co do sposobu wykonania oferowanych usług, tj. przy pomocy konkretnych zasobów wskazanych w ofercie, którymi jednak Konsorcjum Najstarszy Cis nie dysponuje, jak również na rozpowszechnianiu (poprzez oferty składane w analogicznych przetargach) wprowadzających w błąd informacji na temat swojego przedsiębiorstwa oraz jakości ofertowanych usług w zakresie posiadanych kluczowych potencjałów - w celu osiągnięcia wymiernych korzyści w postaci uzyskania zamówienia,

3. 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

3) PZP, poprzez bezzasadny wybór oferty Konsorcjum Najstarszy Cis jako

najkorzystniejszej, pomimo, iż ze względów wskazanych powyżej podlegało ono wykluczeniu z Postępowania, zaś jego oferta odrzuceniu,

4. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2) oraz art. 22d ust. 2 PZP, poprzez zaniechanie

rzetelnej weryfikacji potencjału osobowego oraz technicznego przedstawionego

w ofercie przez Konsorcjum Najstarszy Cis i przeprowadzenie jego oceny niezgodnie

w wymogami PZP, tj. bez uwzględnienia realnej funkcji jaką pełnić mają postawione w tym zakresie warunki udziału w Postępowaniu (gwarantujące rzeczywiste wykorzystanie na etapie realizacji zamówienia ww. zasobów, nie zaś ich dostępność jedynie „na papierze") oraz bez uwzględnienia, że zasoby te są już zaangażowane w inne przedsięwzięcia Konsorcjum i nie mogą być wykorzystane do realizacji usług w Pakiecie nr 3;

na wypadek uznania, iż nie zachodzi o odstawa do odrzucenia oferty oraz że Konsorcjum Najstarszy Cis nie wprowadziło Zamawiającego w błąd, z ostrożności zarzucam Zamawiającemu naruszenie:

5. art. 26 ust. 3 w zw. z art. 22d ust. 2 PZP, poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum

Najstarszy Cis do uzupełnienia oferty złożonej na Pakiet nr 3 w zakresie wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia (wg załącznika nr 11 do SIWZ) oraz wykazu urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia (wg załącznika nr 12 do SIWZ), w sytuacji, gdy wskazane w ofercie zasoby zostały zaangażowane w czterech innych Nadleśnictwach i nie mogą być skierowane do realizacji ww. Pakietu nr 3, co spowodować powinno uznanie, że Konsorcjum Najstarszy Cis nie wykazało spełnienia warunku udziału w zakresie potencjału osobowego oraz technicznego.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu, w trybie art. 192 ust. 3 pkt 1 p.z.p., unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum Najstarszy Cis jako oferty najkorzystniejszej, wykluczenia Konsorcjum Najstarszy Cis z postępowania i

odrzucenia jego oferty, złożonej na pakiet nr 3 oraz przeprowadzenia ponownego badania i oceny złożonych ofert z pominięciem oferty Konsorcjum Najstarszy Cis. Ponadto wniesiono o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do odwołania na okoliczności wskazane w jego uzasadnieni oraz o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa i zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

W uzasadnieniu wniesionego środka ochrony prawnej wskazano co następuje. Odwołujący przytoczył brzmienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej w postaci potencjału osobowego i technicznego wymaganego przez zamawiającego dla części 3 postępowania. Zwrócono również uwagę na treść pkt 3.5 i 6.5 SIWZ z których w ocenie odwołującego wynika, że wyraźnie zaakcentowano rolę potencjału osobowego oraz technicznego wykonawcy, wymaganego w ramach warunków udziału w przetargu, który to potencjał jest weryfikowany nie w celu formalnego dopełnienia procedury i oceny złożonych dokumentów na zasadzie spełnia/nie spełnia, lecz dla zagwarantowania, że zasób przedstawiony w ofercie faktycznie będzie wykorzystany na etapie realizacji umowy. Konsekwencją powyższego jest również brzmienie §7 ust. 7 wzoru umowy (stanowiącym załącznik nr 13 do SIWZ), w którym „Wykonawca zobowiązuje się do wykonywania poszczególnych prac wchodzących w skład Przedmiotu Umowy przez osoby wskazane w Ofercie." Odwołujący dodał, że na potwierdzenie spełnienia przedmiotowych warunków żądano podania informacji w formularzu JEDZ oraz złożenia dwóch wykazów - wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia i wykazu urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia.

Odwołujący powołał się na treść art. 22d ust. 1 p.z.p., który w jego opinii jest podstawą do konieczności realnego dysponowania przez wykonawców wymaganym potencjałem. Jest to kluczowe w odniesieniu do zasobów osobowych i technicznych, które według odwołującego pełnią szczególną rolę przy wykonaniu zamówienia, bowiem w art. 22d ust. 2 p.z.p. ustanowiono szczególne uprawnienie, a zarazem i obowiązek zamawiającego, 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. Jak wskazuje się w doktrynie: „W sytuacji (zatem), gdy ze złożonych przez wykonawcę oświadczeń lub dokumentów wynika, że dysponuje on wymaganymi przez zamawiającego zasobami technicznymi oraz zawodowymi, mimo wszystko zamawiający może stwierdzić, że potencjał ten jest niewystarczający. Sytuacja taka wystąpi, gdy zamawiający poweźmie

wiedze, że dany wykonawca, przy pomocy tego samego potencjału, którego posiadanie wykazał w prowadzonym aktualnie postępowaniu, wykonuje albo będzie wykonywał inne przedsięwzięcia gospodarcze." (tak Prawo zamówień publicznych. Komentarz pod red. Marzeny Jaworskiej). Tym samym w przepisach p.z.p., rozporządzenia ws. rodzajów dokumentów oraz w treści SIWZ wprost i jednoznacznie przesądzono, że osoby i sprzęt wskazane przez wykonawcę w ofercie (tj. JEDZ oraz stosowne wykazy) 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 - tj. w przypadku zamówienia na pakiet 3 Konsorcjum Najstarszy Cis powinno dysponować konkretnymi maszynami i pojazdami wskazanymi w wykazie urządzeń technicznych (załącznik nr 12 do SIWZ) oraz konkretnymi osobami wskazanymi w wykazie osób skierowanych do realizacji zamówienia (załącznik nr 11 do SIWZ), w taki sposób, aby możliwe było terminowe i jakościowe wykonanie wszystkich prac przewidzianych w SIWZ w latach 2020 - 2022 na terenie leśnictw objętych tym pakietem.

W ocenie odwołującego przedstawione powyżej rozumienie szczególnej roli jaką pełnią warunki udziału w postępowaniu, dotyczące potencjału osobowego oraz technicznego, akcentowane jest również w jednolitym orzecznictwie ETS (obecnie TSUE), jak i Krajowej Izby Odwoławczej i nie pozostawia żadnych wątpliwości. Rozumienie to wybrzmiewa dobitnie zwłaszcza w orzecznictwie poświęconym dopuszczalności powoływania się przez wykonawców na zasoby podmiotów trzecich, które powinny być wykonawcy dostępne na potrzeby realizacji konkretnego zamówienia w sposób realny, a nie tylko formalny.

Odwołujący podniósł, że zaangażowanie zasobów, wskazanych w ofercie Konsorcjum Najstarszy Cis na pakiet nr 3, do realizacji analogicznych usług w innych nadleśnictwach, uniemożliwia realizacje zamówienia zgodnie z wymaganiami SIWZ. Właściwa ocena oferty Konsorcjum Najstarszy Cis nie może być dokonana bez analizy ofert złożonych przez to Konsorcjum w innych, równolegle toczących się postępowaniach przetargowych, dotyczących wykonywania usług leśnych. Wymaga tego wzmiankowana wyżej ocena realności dysponowania przez wykonawcę zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Poza złożeniem ofert w postępowaniu Konsorcjum Najstarszy Cis równocześnie złożyło oferty na wykonywanie usług leśnych także w nadleśnictwach: Bystrzyca Kłodzka, Międzylesie, Smolarz oraz Skwierzyna. Stosownie do informacji przekazanych przez ww. nadleśnictwa będące zamawiającymi, Konsorcjum Najstarszy Cis złożyło oferty łącznie na wykonanie 20 pakietów usług analogicznych do tych, które są przedmiotem przetargu. Wyboru dokonano już we wszystkich pakietach, w których wystartowało Konsorcjum - w rezultacie czego za najkorzystniejsze uznano oferty wykonawcy w 15 z 20 Pakietów. W tabeli nr 1 załączonej do odwołania wskazano wyniki i zaawansowanie poszczególnych postępowań na dzień złożenia odwołania, a także wymogi poszczególnych zamawiających w zakresie dysponowania niezbędnymi zasobami osobowymi (w tym przede wszystkim liczbę wymaganych pilarzy) oraz sprzętem (zawarte w SIWZ w poszczególnych nadleśnictwach). Do odwołania załączono również tabelę nr 2 zawierającą zestawienie osób wskazanych przez Konsorcjum Najstarszy Cis w pozostałych nadleśnictwach dla wykazania, iż Konsorcjum spełnia warunek posiadania odpowiedniego potencjału osobowego. W tabeli wyróżniono kolorem czerwonym osoby, które wykazano w postępowaniu, a jednocześnie przedstawiono je również w ramach potencjału osobowego w poszczególnych nadleśnictwach. W tabeli tej wskazano także osoby, które nie zostały wykazane w postępowaniu, a powtarzają się w innych nadleśnictwach. W ocenie odwołującego Konsorcjum jednocześnie złożyło oferty w 5 nadleśnictwach na 20 pakietów, nie posiadając tak dużego potencjału osobowego (ale również i sprzętowego, co zostanie wykazane dalej), który byłby wystarczający do spełnienia warunków udziału we wszystkich nadleśnictwach i pakietach. Konsorcjum świadomie postanowiło w sposób sztuczny „powiększyć"" swoje ograniczone zasoby osobowe, poprzez przedstawienie w poszczególnych nadleśnictwach tych samych osób. Co więcej, jak wynika z wyjaśnień przedstawionych w postępowaniu, Konsorcjum zakładało, że statystycznie niemożliwe jest uzyskanie zamówienia na wszystkie pakiety. Wywołało to u zamawiających oraz u konkurencyjnych wykonawców mylne wrażenie jakoby Konsorcjum posiadało bardzo duże zasoby osobowe, adekwatne do liczby złożonych ofert. Jedynie z Nadleśnictwa Bystrzyca Kłodzka nie udało się dotychczas odwołującemu (ale również wnoszącym o to innym zamawiającym, w szczególności zamawiającemu w tym przetargu) uzyskać wykazu osób Konsorcjum, z uwagi na objęcie tego dokumentu tajemnicą przedsiębiorstwa, co należy postrzegać jako działanie w celu uniemożliwienia zamawiającym oraz innym wykonawcom weryfikacji realności zasobu. Konsorcjum chciało w ten sposób ukryć fikcyjność realnego dysponowania zasobem.

Dalej odwołujący wskazał, że dla zasobu sprzętu sporządzono zestawienie w postaci tabeli nr 3. Odwołujący podniósł, że powtarzające się w wielu nadleśnictwach te same urządzenia Konsorcjum dostrzegł zamawiający, który wezwał wykonawcę w tym zakresie do udzielenia wyjaśnień. Według odwołującego odpowiedź Konsorcjum wskazuje na lekceważenie wymogów SIWZ w poszczególnych postępowaniach. Konsorcjum de facto

odmówiło udzielenia wyjaśnień na część z zadanych pytań, na inne zaś odpowiedziało w sposób wskazujący zamiar wykorzystania w realizacji umów urządzeń, które nie zostały wymienione w wykazach, a nawet takich, które mogłoby dopiero w przyszłości pozyskać lub zakupić. Powołanie się przez Konsorcjum na zamiar wykorzystania innych, niż wykazane w ofertach urządzeń jest zrozumiałe tylko w tym znaczeniu, że oczywistym jest, iż te same urządzenia nie mogą jednocześnie pracować w 5 nadleśnictwach rozrzuconych w promieniu 400 kilometrów. Przyznając to Konsorcjum zdaje się zapominać, że SIWZ nie pozwala na zastąpienie urządzeń wskazanych w wykazie innymi. Przyjęcie odmiennego założenia oznaczałoby całkowitą bezcelowość formułowania jakichkolwiek wymogów dotyczących urządzeń (podobnie zresztą jak osób), skoro wykonawca posiadający przykładowo 5 urządzeń mógłby w oparciu o nie zgłosić się do przykładowo 20 przetargów w miejscowościach rozsianych po całym kraju, w którym każdy wymagałby posiadania 5 urządzeń. Dopiero po ich wygraniu wykonawca dokonywałby poszukiwań urządzeń na rynku. Taka interpretacja zaprzecza sensowi badania zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia.

Przechodząc do analizy realności dysponowania przez Konsorcjum osobami wskazanymi w wykazie wskazać należy, że za wyjątkiem dwóch osób żadna z nich nie jest do wyłącznej dyspozycji wykonawcy dla wykonania tego zamówienia. Każdy (poza dwoma) ze wskazanych pracowników jest jednocześnie wykazany jako osoba wyznaczona do świadczenia usług w większej liczbie nadleśnictw, będąc dostępna w dwóch, trzech, a nawet czterech nadleśnictwach jednocześnie. Zdaniem odwołującego dla każdej osoby zawodowo zajmującej się wykonywaniem lub nadzorem nad wykonywaniem usług leśnych, powinno być oczywiste, że powtarzanie się tych samych osób w ramach więcej niż jednego nadleśnictwa nie jest możliwe. Natomiast w zakresie treści wyjaśnień Konsorcjum w tym przedmiocie w opinii odwołującego nie potwierdzają one realności dysponowania zasobem osobowym. Wykonawca w wyjaśnieniach wskazał, że postępowania prowadzone przez poszczególne jednostki PGL LP są niezależne i do czasu zawarcia umowy żaden wykonawca nie ma gwarancji realizacji zamówienia (wyjaśnienia z dnia 23.12.2019 r.). W ocenie odwołującego z takim argumentem nie sposób się zgodzić. Wykonawca składając ofertę w postępowaniu musi zakładać, że oferta jego zostanie wybrana i zgodnie z przepisami prawa zobowiązany będzie do podpisania i wykonania umowy. Nietrafione jest w tym zakresie przywoływanie opinii komentatorów, którzy wskazują na możliwe różnice w zaawansowaniu wykonania poszczególnych zadań. W niniejszym przypadku mamy sytuację, gdy Konsorcjum jednocześnie startuje w postępowaniach na wykonywanie tych samych usług w okresie roku lub dłuższym, począwszy od daty podpisania umowy. Tym samym realizacja każdej z umów odbywać się będzie w tym samym czasie i będzie na takim samym etapie zaawansowania. Co więcej, wykonywanie przez Konsorcjum usług w wielu nadleśnictwach nie jest sytuacją hipotetyczną, bowiem jak wynika z tabeli Konsorcjum podpisało już umowę na realizację usług z Nadleśnictwem Bystrzyca Kłodzka, Nadleśnictwem Skwierzyna oraz z Nadleśnictwem Międzylesie, a także zostało wybrane do realizacji usług w każdym z pięciu nadleśnictw. Według odwołującego Konsorcjum nie może zatem skutecznie bronić realności swojego zasobu osobowego, dzielonego w ramach wielu postępowań, niepewnością co do wyboru i realizacji umowy. Wybór oferty Konsorcjum już nastąpił i do momentu rozpoczęcia rozprawy umowa zostanie podpisana również z nadleśnictwem Międzylesie.

Odwołujący stwierdził także, iż w wyjaśnieniach Konsorcjum potwierdzono wynikające z dokumentów wrażenie, że wykonawca traktuje wykazy osób, które mają wykonywać umowę, jako formalność nie mając następnie żadnego przełożenia na faktyczne wykonanie umowy. Tym samym potwierdza się zarzut fikcyjności dysponowania zasobem i fakt, że Konsorcjum nie gwarantuje wykonania umowy przez osoby, które przedstawia w wykazie. Powyższe stawia pod znakiem zapytania istotę i sens postanowień SIWZ, które określają konieczność realnego dysponowania określonymi zasobami. Skoro bowiem Konsorcjum wskazuje, że przedstawienie wykazu osób to formalność, która „w trakcie realizacji umowy nie ma już praktycznie żadnego znaczenia", to - niezależnie od tego, że z twierdzeniem tym nie można się zgodzić - tylko wówczas można zrozumieć dlaczego Konsorcjum wykazuje te same osoby jako uczestniczące w wykonaniu umów na terenie nadleśnictw oddalonych od siebie o bagatela 400 kilometrów (odległość między siedzibami nadleśnictw Smolarz i Międzylesie).

W ocenie odwołującego nie jest możliwym również, aby ci sami pracownicy wykonywali w tym samym czasie usługi dla kilku nadleśnictw, albowiem ilość prac jest szacunkowa i być może pracy nie będzie tak dużo, a zatem zasoby będą mogły pracować jednego dnia w jednym, a drugiego w innym nadleśnictwie. Istnieje szereg oczywistych ograniczeń powodujących, że jednoczesna praca pilarzy nie jest możliwa w opisany sposób. Pierwszym i najbardziej oczywistym ograniczeniem są ogromne odległości między niektórymi obszarami wykonywania pracy. Jakkolwiek oczywiście istnieje możliwości transportowania pracowników, to konieczność ich transportowania między miejscowościami odległymi o około 400 kilometrów byłaby nieracjonalna ekonomicznie, organizacyjnie i w praktyce niestosowana - podróż taka w jedną stronę zajmuje nie mniej niż 5 godzin. Niezależnie od powyższego, według odwołującego, najważniejszym powodem niemożności dzielenia przez

pracowników czasu pomiędzy pracę w różnych nadleśnictwach jest konieczność stałego wykonywania prac w każdym z nich. W szczególności praca przy pozyskaniu drewna trwa niemal przez cały okres trwania umowy. Wykonawca zobowiązany jest do realizacji tygodniowych, miesięcznych i kwartalnych planów pozyskania drewna. Nie jest zatem możliwe, aby wykonawca na pewien czas kumulował swoje zasoby w jednym nadleśnictwie, aby następnie skierować je do innego. Założenie poczynione w treści wyjaśnień przez Konsorcjum, że być może będzie tak, że w danym czasie w określonym nadleśnictwie nie będzie pozyskania jest założeniem nieuzasadnionym, sprzecznym z treścią dokumentów postępowania i z rzeczywistością. Z istoty wymogu dotyczącego realnego dysponowania zasobem dla odwołującego wynika, że zasób powinien być stale do dyspozycji zamawiającego, który nie ma obowiązku kształtowania swoich planów realizacji poszczególnych usług leśnych w porozumieniu z innymi nadleśnictwami z którymi miałby dzielić wykonawcę. Odwołujący dodał, że usługi leśne - poza nielicznymi wypadkami usług o charakterze niezaplanowanym - mają charakter planowy, w celu realizacji określonych działań wynikających z planu urządzenia lasu oraz określonych okresów wykonywania poszczególnych rodzajów prac. Tym samym konkretne zadania muszą być najczęściej realizowane w tym samym czasie w każdym z nadleśnictw.

Odwołujący zauważył, iż w wyjaśnieniach z 23 grudnia 2019 r. Konsorcjum wskazało, że dysponuje 60 pilarzami, zaś w treści wyjaśnień z 14 stycznia 2020 r. poinformowano o dysponowaniu 92 pilarzami. Kiedy, na skutek ogłoszenia wyboru najkorzystniejszych ofert we wszystkich pięciu nadleśnictwach, wymagana liczba pilarzy to 123 osoby, w przeliczeniu na pełne etaty. Deklaracja Konsorcjum, jakoby dysponowało 60 pilarzami (bez wskazania wysokości etatu), a nawet 92 pilarzami, nie gwarantuje spełnienia wymogów zamawiających, zaś informacje o pozyskaniu kilkudziesięciu osób są bez znaczenia dla sprawy, bowiem osoby te nie zostały wskazane w wykazach. Fakt dysponowania 60 czy 92 pilarzami nie znajduje potwierdzenia w dokumentach ZUS-DRA przedstawionych przez Konsorcjum wraz z wyjaśnieniem na pytanie zamawiającego. Z informacji tych usunięto dane o wysokości składek, które mogłyby zawierać wskazówkę co do liczby etatów (poprzez porównanie wysokości składek z minimalnym wynagrodzeniem za pracę), tym niemniej z zestawienia wynika, że łącznie tylko 36 osób pracuje w szczególnych warunkach. Wykonawcy tworzący Konsorcjum w sumie mogą zatrudniać nie więcej niż 36 pilarzy, gdyż zgodnie z przepisami ustawy o emeryturach pomostowych, osoby wykonujące osobiście prace bezpośrednio przy zrywce lub ręcznej ścince drzew przenośna pilarką z piłą łańcuchową (KOD 134), muszą być zgłoszone i wykazane w deklaracji ZUS-DRA, jako osoby pracujące w szczególnych warunkach lub szczególnym charakterze.

W dalszej kolejności odwołujący stwierdził, że Konsorcjum nie wskazało, aby miało zamiar posługiwać się podwykonawcami, zatem Konsorcjum jest zobowiązane wykonać umowę samodzielnie. Tymczasem z wyjaśnień wynika, że wykonawca zamierza wykonać umowę z udziałem podwykonawców, co potwierdza zarzut wprowadzenia zamawiającego w błąd. Nawet gdyby doszło do zmiany umowy i włączenia podwykonawców do jej realizacji nie wyklucza to, że Konsorcjum nie wykazało dysponowania realnym zasobem osobowym służącym do realizacji umowy. Co więcej, w ocenie odwołującego powyższe uprawdopodabnia fakt, że Konsorcjum od początku zakładało, że będzie musiało pozyskać na rynku osoby, które faktycznie będą wykonywały umowy w każdym z nadleśnictw, w którym uda się wygrać postępowanie. W szczególności, iż Konsorcjum rozpoczęło intensywne poszukiwanie pracowników mogących wykonywać usługi - wykonawca zorganizował spotkania i zamieszczał ogłoszenia o pracę, w tym w branżowych serwisach internetowych. Przedstawiciele Konsorcjum kontaktowali się ze znanymi im firmami i osobami fizycznymi celem pozyskania pracowników. Według odwołującego treść wyjaśnień Konsorcjum wskazuje, że składając oferty w każdym z nadleśnictw jego członkowie byli świadomi, że nie posiadają wymaganego przez zamawiających potencjału i dopiero mają zamiar go pozyskać w przyszłości, jeśli otrzymają zamówienie. Powyższe oznacza przyznanie przez Konsorcjum, że nie spełnia wymogu posiadania określonych zasobów. W tej sytuacji niezrozumiałym jest akceptacja przez zamawiającego wyjaśnień i zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum.

W opinii odwołującego również nie wykazano realności dysponowania przez Konsorcjum zadeklarowanymi urządzeniami. Z wykazów załączonych do odwołania oraz tabeli nr 3, a także treści wezwania do wyjaśnień z 10 stycznia 2020 r. wynika, że przedmiotowe urządzenia miałyby jednocześnie pracować w wielu nadleśnictwach, które są oddalone od siebie. Konsorcjum w wyjaśnieniach wskazało na zamiar użyczenia bądź zakupu dalszych urządzeń, tym niemniej wymagania dokumentacji zamawiającego nie stanowią jedynie formalności i wskazanie kolejnych, „nowych" urządzeń, znajdujących się w posiadaniu Konsorcjum, pozostaje bez znaczenia dla oceny jego potencjału. Wzór umowy nie przewiduje bowiem (inaczej niż w przypadku personelu) możliwości zmiany urządzeń służących wykonaniu zamówienia. Podsumowując powyższe według odwołującego Konsorcjum w sposób świadomy i zaplanowany przedstawiło wykazy osób i sprzętu, którymi nie miało zamiaru wykonywać umowy.

W zakresie zarzutu wprowadzenia zamawiającego w błąd przez Konsorcjum odwołujący argumentował w sposób następujący. Zdaniem odwołującego w zaistniałym stanie faktycznym potencjał osobowy oraz techniczny przedstawiony w ofercie Konsorcjum Najstarszy Cis na pakiet nr 3 nie tylko nie pozwala na spełnienie warunków udziału w postępowaniu (nie może być bowiem realnie wykorzystany do realizacji niniejszego zamówienia), lecz jego przedstawienie stanowi celowe działanie wprowadzające zamawiającego w błąd co do kluczowych zasobów. Co więcej, działanie takie Konsorcjum podejmuje również w analogicznych przetargach, toczących się równolegle w innych nadleśnictwach. Jest okolicznością oczywistą, dla wykonawców zawodowo wykonujących usługi gospodarki leśnej, że o możliwości prawidłowego wykonania tego rodzaju usług decyduje odpowiedni zasób osobowy oraz techniczny, stanowiąc o wartości i pozycji rynkowej zakładu usług leśnych. Stąd też regułą jest stawianie przez nadleśnictwa rozbudowanych warunków dotyczących osób (zwłaszcza w zakresie pilarzy) oraz sprzętu do pozyskania i zrywki drewna, które zapewniać powinny terminowe i odpowiednio jakościowe wykonanie usług. Jest również oczywiste i nie wymaga szczególnego dowodu, iż w odróżnieniu od doświadczenia, zasoby ludzkie oraz sprzętowe mają ograniczoną wydolność biologiczną, czy określoną przepisami prawa (np. prawa pracy) lub ograniczoną prawami fizyki możliwość wykorzystania maszyn i urządzeń. Świadomość tego niewątpliwe miało również Konsorcjum Najstarszy Cis, które od wielu lat funkcjonuje na rynku przedmiotowych usług. Mimo tego, posiadając określoną (a przede wszystkim ograniczoną) liczbę osób oraz sprzętu, Konsorcjum z pełną świadomością złożyło oferty przedstawiając niemal ten sam zespół osób i sprzętu w czterech innych nadleśnictwach.

W ocenie odwołującego Konsorcjum wywołało zatem swoim działaniem mylne wrażenie, jakoby przedstawiane zasoby pozostawały do jego dyspozycji i mogły bez przeszkód zostać skierowane do realizacji zamówienia. Co więcej, tezę taką Konsorcjum Najstarszy Cis podtrzymywało również w odpowiedziach na wezwania zamawiającego do wyjaśnień dotyczących osób oraz sprzętu, które następnie podtrzymano, pomimo wyrażonych przez zamawiającego wątpliwości co do możliwości wykorzystania tych zasobów przy realizacji zamówienia. Znamienne przy tym Konsorcjum nie kwestionowało zadeklarowania przedmiotowych zasobów równolegle w innych nadleśnictwach. Tym samym w ocenie odwołującego uznać należy, że doszło do wprowadzenia zamawiającego w błąd w wyniku zamierzonego działania lub co najmniej rażącego niedbalstwa, co wypełnia przesłankę wykluczenia wykonawcy z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p.

Trudno bowiem inaczej ocenić sytuację, w której wykonawcy nadal powołują się na przedmiotowe zasoby w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a co więcej - jak wynika z udzielonych wyjaśnień - z góry planują, że w razie otrzymania zamówienia będą je realizować przy pomocy innych, bliżej nieokreślonych osób i sprzętu, a nawet przy pomocy podwykonawców, choć zarówno w ofercie, jak i JEDZach Konsorcjum Najstarszy Cis oświadczyło, iż nie zamierza wykonywać zamówienia przy ich pomocy. Ponadto z wyjaśnień Konsorcjum wynika, że składając oferty z góry zakładano, że wykonawca nie wygra w kilku przetargach, co rzekomo ma podstawy w statystyce, albo że wykonawca nie zawrze wszystkich umów, co w przypadku wyboru oferty, według odwołującego, stanowi naruszenie norm p.z.p.

Następnie odwołujący zauważył, że z daleko idącej ostrożności należy podnieść również zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p., jeśli Izba z jakichkolwiek przyczyn uzna, że działanie Konsorcjum Najstarszy Cis było niezawinione (mimo, że w sposób oczywisty przeczą temu wszystkie powołane wyżej okoliczności). Wtedy też Konsorcjum można zarzucić co najmniej działanie lekkomyślne lub zwykłe niedbalstwo, co będzie skutkowało koniecznością jego wykluczenia z postępowania. Jak słusznie podkreśla KIO w licznych orzeczeniach, przedsiębiorcy uczestniczący w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego to profesjonaliści, od których wymaga się zachowania należytego poziomu staranności ocenianego z uwzględnieniem zawodowego charakteru działalności (art. 14 w zw. z art. 355 ust. 2 Kodeksu cywilnego). Zachowanie staranności winno polegać na upewnieniu się czy składane dokumenty i oświadczenia zawierają stan rzeczy odpowiadający rzeczywistości. Deklarowanie przez Konsorcjum Najstarszy Cis, że będzie ono w stanie zrealizować zamówienie w pakiecie nr 3 tymi samymi osobami oraz sprzętem, zaangażowanymi w tym samym niemalże czasie w wielu nadleśnictwach (w tym położonych w drugim krańcu Polski Nadleśnictwach Bystrzyca Kłodzka i Międzylesie) jest co najmniej lekkomyślne. Według ustaleń odwołującego Konsorcjum jako jedyne złożyło oferty w kilku nadleśnictwach, w oparciu o te same zasoby sprzętowe oraz osobowe, mylnie przyjmując, że uprawnia go do tego ustawa p.z.p., gdyż rzekomo chodzi o formalne spełnienie warunku.

Odwołujący dodał, że nie ma możliwości zastępowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nieprawdziwych informacji innymi dokumentami, czy informacjami. Już jednorazowe działanie wykonawcy, zmierzające do wprowadzenia zamawiającego w błąd, wywołuje skutek w postaci jego wykluczenia. Takie zachowanie nie podlega konwalidacji i jeśli raz zaistniało to nie należy dawać wykonawcy szansy jego naprawienia, choćby poprzez wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p. do uzupełnienia dokumentów

potwierdzających wymagane zdolności. Ustawa p.z.p. nie przewiduje możliwości poprawienia/uzupełnienia przez wykonawcę złożonych przez niego dokumentów i oświadczeń, które zawierają informacje niezgodne z rzeczywistością. Ponadto, dopuszczenie możliwości konwalidowania czynności podania nieprawdziwych informacji i wyciąganie z nich konsekwencji dopiero po dodatkowym wezwaniu do uzupełnienia mogłoby przyczynić się do szerzenia tej niebezpiecznej praktyki oraz zwolniłoby wykonawców z obowiązku rzetelnej weryfikacji dokumentów składanych zamawiającemu. Stanowiłoby to także o nierównym traktowaniu wykonawców, którzy dokonują wnikliwej oceny składanych przez nich dokumentów w postępowaniu i nie wprowadzają zamawiającego w błąd co do istotnych okoliczności, zatem byłoby to naruszeniem zasady równego traktowania.

Odwołujący stwierdził dalej, że art. 26 ust. 3 p.z.p. służy uzupełnieniu dokumentów i oświadczeń innych niż nieprawdziwe. Nie bez przyczyny artykuł ten nie posługuje się określeniem „nieprawdziwych informacji" czy „wprowadzających w błąd" i zakładając racjonalność ustawodawcy należałoby przyjąć, że gdyby miał on dotyczyć także takich informacji, to posłużono by się terminologią zbieżną z art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p., co jednak nie ma miejsca. Nie ulega zatem wątpliwości, że Konsorcjum podlega wykluczeniu z postępowania, gdyż przedstawiło zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Bezsprzeczne jest także to, że nastąpiło to wskutek celowego działania członków Konsorcjum, lub co najmniej w wyniku rażącego niedbalstwa - nie można bowiem znaleźć żadnego usprawiedliwienia dla wykonawcy, który wskazuje nieprawdę mimo, że zna swój potencjał i wie, że będzie zmuszony go dopiero pozyskać.

W przedmiocie zarzutu złożenia przez Konsorcjum oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji odwołujący wskazał, że z odwołania oraz załączonych do niego dowodów wynika, że Konsorcjum Najstarszy Cis, mając świadomość niedostatków swojego potencjału tak osobowego, jak i sprzętowego, jednocześnie złożyło oferty na usługi leśne w aż 5 nadleśnictwach na 20 pakietów. Taka liczba pakietów i obszarów znacznie przewyższała realne możliwości wykonawcze członków Konsorcjum. Tym niemniej, w celu osiągnięcia maksymalnych korzyści finansowych w związku z toczącymi się przetargami, Konsorcjum zdecydowało się złożyć oferty - co w braku adekwatnego potencjału osobowego i sprzętowego wymagało po stronie Konsorcjum odgórnego świadomego założenia, że: a) oferty te nie były składane na poważnie, b) wbrew oświadczeniom zawartych w ofertach (w tym, w ofercie na pakiet nr 3 złożonej w postępowaniu) Konsorcjum nie dysponowało realnie osobami oraz sprzętem w zakresie przedstawionym na potrzeby realizacji oferowanych usług (w związku z zaangażowaniem zasobów w inne przedsięwzięcia) i nie zamierzało wykonać oferowanych usług przy pomocy osób oraz sprzętu wskazanego w przedstawionych wykazach, c) wbrew oświadczeniom zawartych w ofertach o samodzielnej realizacji usług, Konsorcjum z góry planowało zaangażowanie w realizację zamówień podwykonawców, d) dopiero w razie uzyskania zamówienia w poszczególnych nadleśnictwach, Konsorcjum rozpocznie pozyskiwanie brakującego personelu oraz sprzętu, przy pomocy którego usługi będą faktycznie wykonywane.

Powyższe w ocenie odwołującego prowadzi do wniosku, że potencjał osobowy oraz sprzętowy, który dla zamawiających nadleśnictw traktowany był jako kluczowy element charakteryzujący wykonawców składających oferty, jak również gwarantujący odpowiednią jakość usług, został przedstawiony przez Konsorcjum w sposób zafałszowany i wprowadzający w błąd. Działając pod wpływem błędu zamawiający wybrał Konsorcjum w postępowaniu do wykonania usług aż w 2 na 4 pakiety, na łączną kwotę przeszło 12 milionów złotych. Opisany sposób działania wykonawca zastosował w różnych nadleśnictwach, konkurując w sposób nieuczciwy z pozostałymi wykonawcami, którzy dostosowali liczbę składanych ofert do zasobów, którymi realnie dysponują. Strategia ta była stosowana przez Konsorcjum już wcześniej - po wygraniu przetargu na usługi leśne w Nadleśnictwie Skwierzyna na lata 2017-2019 Konsorcjum, któremu brakowało własnego potencjału, korzystało przy wykonaniu ze wsparcia pracowników zatrudnionych w firmach, z którymi konkurowało w tym postępowaniu. Tym samym Konsorcjum wpisywało się w działanie przedsiębiorców nazywanych w branże leśnej „firmami teczkowymi". Przedsiębiorcy tacy, dysponując bardzo małym zasobem ludzkim i sprzętowym, zgłaszali się do bardzo wielu przetargów i zaniżając cenę wygrywali z przedsiębiorcami posiadającymi wymagany zasób. Następnie zwycięzca proponował pokonanym konkurentom pracę dla niego. Alternatywę dla takich pokonanych przedsiębiorców stanowił brak zleceń, często pod przymusem ekonomicznym, dlatego też godzono się na takie rozwiązanie. Jeżeli przedsiębiorca, który nie wygrał w przetargu nie zgodziłby się na współpracę wtedy firma teczkowa „podbierała" mu pracowników, którym „pokonany" nie mógł zapewnić pracy lub pracy z wynagrodzeniem oferowanym przez „zwycięzcę".

Zatem, w opinii odwołującego, działanie Konsorcjum wypełniło znamiona czynu nieuczciwej konkurencji przez który zgodnie z art. 3 ust. 1 UZNK rozumieć należy działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Czynem takim jest wprowadzające w błąd oznaczenie

przedsiębiorstwa, o którym mowa w art. 10 ust. 1 UZNK, polegające m.in. na takim oznaczeniu usług, które może wprowadzić klientów w błąd co jakości, sposobu wykonania lub innych istotnych cech usług, a także zatajenie ryzyka, jakie wiąże się z korzystaniem z nich. Skonkretyzowany przez Konsorcjum w ofercie zasób osób i sprzętu dawał podstawę do przyjmowania, iż oferowane usługi zostaną wykonane przy jego pomocy, co jednak okazało się nieprawdą, a co bezpośrednio przekłada się na sposób oraz jakość wykonania umowy.

Ponadto, zdaniem odwołującego informacje zawarte w ofercie Konsorcjum wprowadzały w błąd, a tym samym ich rozpowszechnianie wypełnia znamiona czynu nieuczciwej konkurencji o którym mowa w art. 14 ust. 1 UZNK - zgodnie z tym przepisem czynem nieuczciwej konkurencji jest rozpowszechnianie nieprawdziwych lub

wprowadzających w błąd wiadomości o swoim przedsiębiorstwie, w celu przysporzenia korzyści lub wyrządzenia szkody. Wobec tego, że składając ofertę w postępowaniu Konsorcjum dopuściło się popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji w ocenie odwołującego zamawiający winien tą ofertę odrzucić na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 p.z.p. w zw. z art. 3 oraz art. 10 ust. 1 i 14 ust. 1 UZNK, czego zamawiający w postępowaniu zaniechał.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający uwzględnia odwołanie w całości. Zamawiający na rozprawie podnosił argumenty, które w jego ocenie stanowią o prawidłowości czynności wyboru oferty przystępującego jako oferty najkorzystniejszej, tym niemniej były one sprzeczne z jego stanowiskiem procesowym w przedmiocie uwzględnienia odwołania, które do zamknięcia rozprawy nie uległo zmianie. Zatem twierdzenia te, jako niezgodne ze złożonym przez zamawiającego oświadczeniem o uwzględnieniu odwołania, zostały przez skład orzekający pominięte.

Krajowa Izba Odwoławcza, wobec spełnienia przesłanek art. 185 ust. 2 i 3 p.z.p., dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym konsorcjum: G. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych G. G., ul. Klonowa 5, 66-131 Cigacie, K. L. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych K. L., Szklarnia 18, 57-530 Międzylesie i J. W. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Firma Usługowa J. W., ul. Dekoracyjna 16, 65-155 Zielona Góra (dalej zwanych jako „przystępujący") zgłaszające przystąpienie po stronie zamawiającego.

Przystępujący wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania przez zamawiającego i przedstawił swoje stanowisko procesowe w formie pisemnej.

Krajowa Izba Odwoławcza - po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie i stanowiskiem procesowym przystępującego, konfrontując je z zebranym w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedstawioną w postaci elektronicznej przez zamawiającego, w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, SIWZ, złożonymi ofertami i korespondencją prowadzoną pomiędzy zamawiającym a przystępującym oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy - ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający ustalił, że odwołanie mieści się w zakresie przedmiotowym ustawy p.z.p., zostało wniesione przez podmiot uprawniony, a także dotyczy materii określonej w art. 180 ust. 1 p.z.p., zatem podlega kognicji Krajowej Izby Odwoławczej. Izba ustaliła dalej, że odwołanie podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 187 ust. 1 p.z.p. i nie została wypełniona żadna z przesłanek o których mowa w art. 189 ust. 2 p.z.p., a których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Izba stwierdziła również, że odwołujący posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 179 ust. 1 p.z.p.

W oparciu o zakreślone we wcześniejszej części uzasadnienia akta sprawy odwoławczej Izba ustaliła następujące okoliczności w zakresie istotnym dla rozstrzygnięcia - okoliczności te nie były sporne pomiędzy stronami postępowania odwoławczego:

I. Zgodnie z dokumentacją postępowania:

1) Przedmiotem zamówienia są usługi z zakresu gospodarki leśnej, opisane w rozdziale nr 3 SIWZ, szczegółowy opis zamówienia zamawiający zawarł w załącznikach nr 3.1. - 3.5. do SIWZ, specyfikację techniczną wykonania

prac leśnych zawarto w załączniku nr 4 do SIWZ, opis zasad odbiorów prac zawarto w załączniku nr 5 do SIWZ, treści te następnie będą stanowiły załącznik nr 1 do umowy. Ponadto wzór umowy zawarto w załączniku nr 13 do SIWZ;

2) W rozdziale 6 SIWZ ustanowiono warunki udziału w postępowaniu, w tym co kluczowe w pkt 6.2. ppkt 3 lit. b pakiet 3 dotyczące potencjału technicznego, zaś w lit. c pakiet 3 dotyczące potencjału osobowego (sekcja III pkt 1.3. ogłoszenia o zamówieniu);

II. Zamawiający przeprowadził postępowanie wyjaśniające w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w stosunku do potencjału osobowego i technicznego przystępującego z powodu powielania części zaoferowanego potencjału w innych nadleśnictwach, co może prowadzić do wątpliwości czy konsorcjum faktycznie dysponuje odpowiednim potencjałem pozwalającym na należytą realizację zamówienia:

1) Wezwanie z 18 grudnia 2019 r., na które przystępujący udzielił odpowiedzi pismem z 23 grudnia 2019 r.;

2) Dwa wezwania z 10 stycznia 2020 r., na które przystępujący udzielił odpowiedzi pismami z 14 stycznia 2020 r.;

III. W dniu 15 stycznia 2020 r. dokonano wyboru oferty przystępującego jako oferty najkorzystniejszej w zakresie pakietu nr 3 postępowania.

Stan faktyczny rozpoznawanej sprawy nie był pomiędzy stronami sporny, sporna była ocena prawna oferty przystępującego. Odwołujący nie zgodził się z czynnością zamawiającego wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej, ponieważ jego zdaniem konsorcjum nie wykazało w sposób prawidłowy, że spełnienia warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej i zawodowej w zakresie posiadania potencjału kadrowego i maszynowego, ponieważ zasoby te są wykorzystywane do realizacji usług leśnych w innych nadleśnictwach, zatem nie mogą zostać wykorzystane do wykonania przedmiotowego zamówienia. Ponadto, według odwołującego brak dysponowania spornym potencjałem przez przystępującego powoduje, że doszło do wprowadzenia zamawiającego w błąd co do posiadania wymaganej zdolności podmiotowej przez konsorcjum, którego zasoby nie będą dostępne w sposób realny, gwarantujący rzeczywiste wykorzystanie na etapie realizacji zamówienia. Konsorcjum zatem winno podlegać wykluczeniu z postępowania, jak również jego oferta stanowi czyn nieuczciwej konkurencji i powinna zostać odrzucona. W sposób ewentualny postawiono zamawiającemu zarzut zaniechania wezwania przystępującego do uzupełnienia oferty w zakresie spornych zasobów osób i urządzeń.

Krajowa Izba Odwoławcza dokonała oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 192 ust. 2 p.z.p., który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Skład orzekający - uwzględniając materiał dowodowy zgromadzony w sprawie, w szczególności po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania oraz dowodów przedłożonych przez strony, zważając na okoliczności faktyczne podniesione w odwołaniu - stwierdził, że sformułowane przez odwołującego zarzuty znajdują częściowe oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym.

Izba wskazuje, że rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie w części z powodu przedwczesnego wyboru oferty przystępującego jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, zatem została wypełniona hipoteza art. 192 ust. 2 p.z.p., bowiem stwierdzone naruszenie przepisów ustawy miało istotny wpływ na wadliwy wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Złożone na rozprawie przez odwołującego dokumenty - oświadczenia pana M.S. powodują, że zamawiający powinien wrócić do etapu badania oferty konsorcjum w zakresie wykazania spełnienia warunku dysponowania potencjałem kadrowym 10 osób, które ukończyły z wynikiem pozytywnym szkolenie dopuszczające do pracy z pilarką lub posiadają odpowiadające temu szkoleniu uprawnienia, zgodnie z treścią pkt 6.2. ppkt 3 lit. c pakiet nr 3 SIWZ. Odwołujący złożonymi dowodami wykazał, że istnieją co najmniej obiektywne wątpliwości, które należy wyjaśnić w zakresie dysponowania tą osobą przez przystępującego, jak również w zakresie posiadania przez tego pana wymaganych uprawnień, a w konsekwencji należy dokonać weryfikacji czy nie doszło do wprowadzenia zamawiającego w błąd w tym zakresie. Izba dalej wskazuje, że na tym etapie postępowania dalsze czynności, jakich dokona zamawiający zgodnie z ustawą p.z.p., będą zależały od wyników postępowania wyjaśniającego w tym przedmiocie.

Skład orzekający zaznacza, że nie zgadza się ze stanowiskiem przystępującego, że dowody te należy pominąć, czy że nie dotyczą one rozpoznawanego sporu. Odwołujący zarzucił konsorcjum brak realnego dysponowania zasobem kadrowym oraz brak wykonywania zamówienia wskazanym w ofercie personelem i dokładnie taka okoliczność faktyczna znalazła potwierdzenie w oświadczeniu złożonym przez pana M.S. w dniu 10.01.2020 r., czyli w dacie przed dokonaniem wyboru oferty przystępującego w postępowaniu. Fakt, że zarzuty w tym zakresie szły o wiele dalej, i że odwołujący wyprowadzał z faktów w ich ramach dużo dalej idące wnioski niż z nich rzeczywiście wynikały, nie może skutkować pominięciem tej okoliczności. Wypada także zauważyć, że zarzucono przystępującemu brak dysponowania na potrzeby przetargu niezbędnym personelem, to tym bardziej brak dysponowania danym, indywidualnie określonym, pilarzem mieści się w granicach rozpoznawanego odwołania. Należy również wskazać, że Izba nie jest związana podstawą prawną podaną przez odwołującego przy dokonywaniu kwalifikacji naruszenia prawa przez zamawiającego. Odwołanie zostało uwzględnione częściowo ze względu na skuteczne wykazanie konieczności weryfikacji treści środka dowodowego przystępującego w postaci wykazu osób w zakresie pozycji nr 3 dotyczącej pilarza pana M.S. W ocenie składu orzekającego w ustalonym stanie rzeczy żądania odwołania są zbyt daleko idące, w szczególności, że ustawodawca zobligował jednostkę zamawiającą do wykonania szeregu czynności wskazanych w ustawie p.z.p., przed podjęciem decyzji o eliminacji wykonawcy z postępowania.

W pozostałym, dużo dalej idącym zakresie, skład orzekający oddalił wniesiony środek zaskarżenia, ponieważ obarczony ciężarem dowodu odwołujący nie udowodnił postawionych zarzutów. Należy krótko przypomnieć, że postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą jest postępowaniem kontradyktoryjnym, zaś skutkiem skargowego charakteru postępowania odwoławczego jest obowiązek przedstawiania przez strony dowodów na potwierdzenie faktów z których wywodzą korzystne dla siebie skutki prawne - zgodnie z zasadą ei incumbit probatio, qui dicit, non ei, qui negat, wyrażoną w art. 190 ust. 1 p.z.p. Zatem to na odwołującym spoczywa ciężar wykazania, że potencjał podmiotowy przystępującego nie będzie zaangażowany w realizację zamówienia, czyli jak podnoszono, że wskazanie w ofercie sprzętu i kadry ma charakter fikcyjny, wprowadzający zamawiającego w błąd co do zaoferowanego sposobu wykonania usług, czy że zaangażowanie kadry oraz urządzeń w realizację zamówień w innych nadleśnictwach uniemożliwia wykonywanie umowy przez dane osoby i sprzęt dla tego zamawiającego i wreszcie, że zaangażowanie potencjału odwołującego w inne przedsięwzięcia gospodarcze może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia dla Nadleśnictwa Międzyrzecz.

Przedstawienie przez stronę dowodu, w celu wykazania określonych twierdzeń o faktach sprawy, z których wywodzi ona korzystne dla siebie skutki, nie jest jej prawem czy obowiązkiem, lecz ciężarem procesowym wynikającym i zagwarantowanym przepisami prawa, przede wszystkim w jej własnym interesie (por. wyrok Sądu Najwyższego z 21.11.2011 r., sygn. akt II UK 69/11, wyrok Sądu Najwyższego z 17.06.2009 r., sygn. akt IV CSK 71/09). Strona, która w postępowaniu odwoławczym nie udowodni faktów, z którymi wiąże korzystne dla siebie konsekwencje prawne i nie podoła ciążącemu na niej ciężarowi dowodowemu musi liczyć się z materialnoprawnym skutkiem nieudowodnienia istotnych faktów, co w konsekwencji powoduje oddalenie niewykazanych zarzutów odwołania.

Dowody złożone przez odwołującego wraz z odwołaniem, tj. tabela z listą postępowań, wydruki ogłoszeń o wyborach ofert, listy oraz wykazy osób i urządzeń przystępującego, wskazują, że konsorcjum wygrało przetargi we wskazanych w dowodach nadleśnictwach i w ramach realizacji usług podało w ofertach potencjał osób i urządzeń, który w znaczącym zakresie powtarza się u kilku zamawiających - okoliczności te nie były sporne, co wynika także z treści odwołania (vide str. 16 pkt 3.3., gdzie odwołujący wskazuje, że przystępujący nie kwestionuje zadeklarowania tych samych zasobów w różnych nadleśnictwach), a także posiada odzwierciedlenie w treści wyjaśnień i stanowisku procesowym przystępującego. Ponadto na rozprawie przystępujący przyznał, że obecnie zawarł umowy z czterema nadleśnictwami - Skwierzyna, Bystrzyca Kłodzka, Międzylesie i Smolarz.

Natomiast odwołujący oparł odwołanie na twierdzeniu, czy raczej teorii, że w jego ocenie dane osoby i sprzęt z oferty przystępującego nie będą wykorzystywane do realizacji zamówienia objętego sporem, czy też innych przetargów, zatem wskazanie tego potencjału ma charakter pozorny. Zarzucono przystępującemu fikcyjność dysponowania zasobem podmiotowym i na tym poprzestano, kiedy to właśnie ta okoliczność powinna zostać udowodniona, a za nią brak możliwości łącznego wykorzystania tych zasobów do realizacji zobowiązań, które przystępujący na siebie przyjął. Nie jest wystarczająca spekulacja oparta o sam fakt, że personel i urządzenia z oferty konsorcjum są wskazane również w innych przetargach. Aby skutecznie wykazać, że na etapie wykonywania umowy sporny potencjał nie będzie dostępny dla zamawiającego, a tym samym doprowadzić do wykluczenia wykonawcy na tej podstawie, czy odrzucenia jego oferty, nie można pominąć odniesienia się do realiów realizacji zamówienia. Innymi słowy, ocena czy zamawiający będzie dysponował

kadrą i urządzeniami wykonawcy w toku realizacji umowy nie może nie odnosić się do szerokopojętych 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 i sprzętu jest realne czy fikcyjne, jak podnosił odwołujący.

Skład orzekający wskazuje dalej, że o ile logicznym jest absurd formułowania tzw. negatywnych tez dowodowych (na okoliczność braku, względnie nieistnienia przedmiotu tezy dowodowej), to za wyrokiem Sądu Najwyższego z 16.04.2003 r. w sprawie sygn. akt II CKN 1409/00 należy wskazać, że „Tzw. fakty negatywne mogą być dowodzone za pomocą dowodów faktów pozytywnych przeciwnych, których istnienie wyłącza twierdzoną okoliczność negatywną.” Zatem odwołujący powinien chociażby odnieść się do treści dokumentacji postępowania i na tej podstawie zbudować argumentację, że nie będzie możliwe posługiwanie się tym samym potencjałem w kilku nadleśnictwach - np. poprzez wskazanie treści SIWZ, która zakazuje wykonywania w czasie trwania umowy usług dla innych zamawiających, bądź w taki sposób angażuje kadrę i sprzęt, że nie będzie możliwe świadczenie usług leśnych w różnych nadleśnictwach, czy że harmonogram wykonywania usług nie pozwala na jednoczesne zaangażowanie w różne zamówienia, bądź że określenie sposobu realizacji zamówienia wyklucza wykonywanie w czasie trwania umowy innych zleceń. W uproszczeniu, chodzi o wykazanie okoliczności, które wskazują, iż pracownicy i sprzęt wykonawcy nie mogą lub nie będą w stanie jednocześnie wykonywać usług leśnych w kilku nadleśnictwach, co powoduje, iż stanowisko o pozornym zaoferowaniu zasobów można byłoby uznać za uzasadnione. Jednakże odwołujący ograniczył inicjatywę dowodową do okoliczności bezspornych, zaś tam, gdzie jego stanowisko powinno zostać poparte dowodami pozostało ono w sferze formułowania poszlak i domniemań, którym przystępujący zaprzeczył, bądź zostało oparte na przyjętym przez odwołującego - w ramach jego potencjału przedsiębiorstwa, wiedzy i doświadczeniu - sposobie realizowania usług leśnych, kiedy istotne są realia gospodarcze w jakich funkcjonuje przystępujący, któremu postawiono zarzuty, a nie to jaki sposób wykonania usługi przyjmuje odwołujący. Wreszcie twierdzenia odwołującego nie znalazły potwierdzenia w dokumentacji przetargu objętego sporem, natomiast treść dokumentacji innych nadleśnictw nie została nawet przytoczona. Odwołujący zatem nie sprostał ciężarowi dowodu - wskazał z czego wywodzi swoje wątpliwości, ale nie poparł tych wątpliwości żadnymi dowodami, które pozwoliłyby ustalić, czy są one w istocie uzasadnione.

Przechodząc na brzmienie dokumentacji postępowania przetargu Izba wskazuje, że SIWZ nie zawiera wymogu wyłącznej dostępności zasobów podmiotowych wykonawcy dla wykonania umowy, a tym samym nie ma zakazu realizacji innych zamówień w czasie trwania umowy z zamawiającym, zaś odwołujący nie udowodnił okoliczności przeciwnej. O ile w obrocie spotykane są umowy z obowiązkiem utrzymania określonego zaplecza na potrzeby wykonania zadania, niezależnie od okoliczności np. zamówienia, w których zamawiający weryfikuje stałą dostępność konkretnego zasobu i płaci wykonawcy za samą gotowość do pracy, to z taką sytuacją nie mamy do czynienia w ustalonym stanie rzeczy. Realizacja umowy polega na wykonywaniu pracy na zlecenie zamawiającego, zatem kiedy wykonawca nie realizuje zleceń jego ludzie i sprzęt nie świadczą pracy na rzecz zamawiającego, wykonawca również nie otrzymuje wtedy wynagrodzenia. Zamawiający nie zdecydował się na postawienie w dokumentacji zamówienia zakazu używania potencjału wykonawcy u innego zamawiającego, a więc na kanwie brzmienia umowy możliwa jest taka organizacja pracy, która pozwoli zoptymalizować zaangażowanie zasobów w wiele przedsięwzięć, bez szkody dla ich właściwego wykonania.

Izba ustaliła, że zgodnie z § 1 ust. 4 wzoru umowy (vide ppkt 1 pkt I okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia) wskazane w SIWZ ilości prac wchodzących w zakres umowy mają charakter szacunkowy, przy zapewnieniu wykonania 70% wartości przedmiotu umowy. W § 2 ust. 1 wskazano natomiast, że wykonawca będzie wykonywał umowę na podstawie zleceń przekazywanych przez zamawiającego. Zlecenie będzie określać rodzaj i zakres prac do wykonania, termin ich realizacji, lokalizację (adres leśny), a w przypadku zaistnienia takiej potrzeby również inne niezbędne informacje. Ponadto, co istotne w § 2 ust. 12 umowy zamawiający określił swoje uprawnienie do wstrzymania realizacji lub rezygnacji z realizacji zlecenia w całości lub w części.

Mają na uwadze treść umowy należy zauważyć, że zaangażowanie pracowników i sprzętu wykonawcy może być różne, w różnych okresach realizacji zamówienia, w zależności od decyzji zamawiającego. Ten brak regularności zleceń powoduje, że obciążenie pracami będzie nierównomierne w czasie trwania umowy, w zależności od bieżących potrzeb jednostki zamawiającej. Nie ma zatem podstaw do przyjęcia, że przez cały okres umowy kadra i urządzenia wykonawcy winny pozostawać do wyłącznej dyspozycji zamawiającego, w pełnym wymiarze czasu pracy - zastrzeżenie takie wywołałoby zapewne niebagatelny wzrost kosztów właśnie z tej przyczyny, że potencjalnie wykonawcy musieliby liczyć się z tym, że nie mogą swoich zasobów wykorzystać gdzie indziej.

Izba wskazuje dalej, że w pkt 3.5. rozdziału 3 SIWZ zamawiający wymaga zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności przy pozyskaniu i

zrywce drewna, tym niemniej nie wskazano wymaganego wymiaru etatu pracy tych

pracowników, pozostawiając to decyzji wykonawcy. Jak również to wykonawca, w ramach wykonania prac objętych danym zleceniem, ma obowiązek zapewnić odpowiednią liczbę osób do wykonania zlecenia (§ 7 ust. 2 wzoru umowy). Takie ukształtowanie umowy - z możliwością dostosowania sposobu jej wykonania do potencjału posiadanego przez konkretnego wykonawcę - znajduje odzwierciedlenie w treści warunków udział w postępowaniu w zakresie potencjału osobowego, gdzie zamawiający wymaga 16 pilarzy, zaś kiedy wykonawca dysponuje maszyną leśną typu harwester, wtedy wystarczy 10 pilarzy i operator maszyny. Ponadto istotnym jest, że na kanwie opisu przedmiotu zamówienia wykonawcy mogą wykonywać go za pomocą maszyn, przy warunkach wysokiego pozyskania maszynowego (załącznik nr 3.4. do SIWZ), mogą także delegować do tego większą ilość pilarzy, wybór należy do wykonawcy i jest zależny od potencjału technicznego, który dany przedsiębiorca posiada.

Właściwy dla siebie sposób organizacji usług leśnych, ze względu na posiadane zaplecze, przystępujący podkreślał już w toku składania wyjaśnień zamawiającemu, a także na rozprawie, gdzie również złożono dowody z raportów urządzeń harwester na okoliczność ich wydajności. Natomiast odwołujący, który podnosił, że potencjał osobowy i kadrowy nie zdoła wykonywać pracy w kilku nadleśnictwach, oparł swoje stanowisko na własnym sposobie realizacji usług leśnych, a nie na warunkach przystępującego, i w żaden sposób nie odniósł go do konkretnie wykazanych realiów, harmonogramów czy potrzeb przerobowych. Zatem obliczenia odwołującego ilu pilarzy i ile urządzeń będzie niezbędnych do realizowania zamówień dla kilku nadleśnictw, po pierwsze - odnoszą się do właściwego dla odwołującego sposobu wykonywania usług gospodarki leśnej, zatem trudno przyjąć, że miałoby to świadczyć o błędzie w ofercie innego przedsiębiorcy, po drugie - nie zostały potwierdzone przez treść warunków realizacji przetargów w innych nadleśnictwach, a po trzecie - mają charakter wysoce hipotetyczny. Odwołujący podnosił konieczność sumowania potencjału, ale pominął jakiekolwiek odniesienie do brzmienia dokumentacji w innych postępowaniach, a więc nie wskazał żadnych okoliczności, które Izba mogłaby ocenić pod kątem czy zaangażowanie w inne zamówienia mogłoby pozbawić przystępującego możliwości należytej realizacji zamówienia dla Nadleśnictwa Międzyrzecz.

Następnie Izba wskazuje, że zgodnie z § 7 ust. 7 wzoru umowy zamawiający dopuszcza możliwość zmiany osób realizujących zamówienie, o ile osoby te zostaną zastąpione pracownikami o takiej samej wiedzy i kwalifikacjach oraz uprawnieniach wskazanych w SIWZ, co wymaga pisemnego powiadomienia zamawiającego. Z treści tej odwołujący wywodził zakaz zmiany urządzeń w toku realizacji zamówienia, z czym nie sposób się zgodzić. Brak wskazania przez zamawiającego we wzorze umowy procedury zgłaszania wymiany sprzętu, np. z powodu jego awarii, nie oznacza, że wykonawca winien przez trzy lata wykonywać umowę tymi samymi urządzeniami. W szczególności, że wzór umowy nie zawiera żadnych obostrzeń, które uniemożliwiałyby czy utrudniałyby wykonanie zamówienia przy użyciu innego sprzętu. Poza tym uzasadnienie takiego stanowiska odwołujący oparł na właściwym dla siebie rozumieniu celu formułowania wymagania dotyczącego urządzeń, zamiast na tym czego wymaga zamawiający. Gdyby jednostka zamawiająca nie zgadzała się na wymianę urządzeń leśnych (pomijając w ogóle samą możliwość wykonywania tego zamówienia tym samym sprzętem przez kilka lat), to taka treść winna znaleźć się wprost w SIWZ. Podobnie jak zakaz wykonywania w czasie trwania umowy usług dla innych zamawiających, czy przypisanie konkretnego potencjału wykonawcy wyłącznie dla danego zamówienia.

Umknęło uwadze odwołującego, że w odróżnieniu od zwykłej wykładni oświadczeń woli na gruncie kodeksu cywilnego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie zezwala interpretatorowi (tu: Izbie) na prowadzenie procesu wykładni SIWZ tak długo, aż przyniesie to efekt - proces ten jest ograniczony w czasie i zakresie poprzez fakt, że zmiana SIWZ po dokonaniu otwarcia ofert nie jest już możliwa. Możliwa jest jedynie wykładnia istniejącej treści dokumentacji postępowania, nie jest natomiast możliwe uzupełnianie SIWZ nową treścią w postaci twórczej „interpretacji" treści dokumentacji postępowania, która miałby powodować, że personel i urządzenia wykonawcy są całkowicie przypisane do realizacji umowy dla zamawiającego i nie ma żadnej możliwości używania tego potencjału w innych przedsięwzięciach. Abstrahując już od tego, że same realia wykonywania usług leśnych powodują nieuniknione przestoje i konieczność zagospodarowania kadry i sprzętu w tym czasie, to kiedy odwołujący chciałby skutecznie twierdzić, że istnieje wymóg wyłączności potencjału dla realizacji konkretnej umowy, to powinien zadbać, żeby taka treść znalazła się w SIWZ. Wykonawcy mają bowiem prawo zwrócić się do zamawiającego w trybie art. 38 p.z.p. o wyjaśnienie dokumentacji postępowania, a także możliwość wniesienia środków ochrony prawnej w odniesieniu do regulacji SIWZ i kiedy wykonawca dochodzi do przekonania, że realizacja zamówienia powinna mieć pewne obostrzenia, ponieważ w jego

odczuciu nie zabezpiecza to jego interesu, to należy zadbać o to na etapie przed składaniem ofert, kiedy jeszcze SIWZ może być modyfikowana. Natomiast na obecnym etapie postępowania usiłowanie nakładania na przystępującego wymagań, których nie ma w treści SIWZ (i które w znacznej mierze wywodzą się z przyjętego przez odwołującego, właściwego dla niego, sposobu realizacji usług gospodarki leśnej) stanowiłoby naruszenie naczelnych zasad zamówień publicznych, określonych w art. 7 ust. 1 p.z.p. z których wyprowadzić należy także zakaz retroaktywnego pogarszania sytuacji niektórych wykonawców, w szczególności w zakresie próby nakładania na nich obowiązków, które nie wynikają z warunków przetargu.

Skład orzekający nie podzielił także twierdzeń odwołującego w przedmiocie wprowadzenia zamawiającego w błąd co do wykonywania przez przystępującego usługi za pomocą podwykonawców. Argumentacja odwołującego pomija brzmienie wyjaśnień przystępującego i treść jego oferty. Ponadto treść wyjaśnień w przetargu (vide pkt II okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia) jest adekwatna do wezwań zamawiającego i odnosi się do stanu aktualnego na termin ich złożenia.

W konsekwencji powyższego, wobec specyfiki wykonywania usług leśnych, ukształtowania warunków i sposobu realizacji umowy oraz wymagań SIWZ, a także w związku z brakiem podołania ciężarowi dowodowemu przez odwołującego, skład orzekający stwierdził, że w ustalonym stanie rzeczy odwołujący nie wykazał, aby doszło do naruszenia prawa przez zamawiającego, poprzez brak wykluczenia przystępującego na podstawie art.

24 ust. 1 pkt 16 lub 17 p.z.p. Odwołujący nie udowodnił, że jego twierdzenie o

nieprawdziwych deklaracjach konsorcjum w zakresie skierowania wskazanych w ofercie osób i urządzeń do realizacji umowy posiada uzasadnione podstawy. Skoro zatem podane przez przystępującego informacje są prawdziwe, to stan błędu po stronie zamawiającego nie powstał i nie mógł powstać - stanowi to uniwersalną obronę, a priori eliminującą możliwość kwalifikacji postępowania przystępującego poprzez art. 24 ust. 1 pkt 16 czy 17 p.z.p.

Dalej Izba stwierdziła, że nie doszło także do naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 p.z.p. (w zw. z art. 3, art. 10 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2019 poz. 1010)), poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, ponieważ nie udowodniono, aby jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji. Zarzut ten odwołujący powiązał z niewykazanym wprowadzeniem zamawiającego w błąd co do sposobu realizacji zamówienia przy pomocy kadry i sprzętu wskazanego w ofercie. Następnie, w ocenie Izby na obecnym etapie nie potwierdził się także zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 p.z.p.

Izba wskazuje również, że nie wykazano naruszenia przez zamawiającego art. 22d ust. 2 p.z.p. Zdaniem składu orzekającego skorzystanie z dyspozycji tej normy i skuteczne wykluczenie wykonawcy z postępowania powinno opierać się na wykazaniu, że zostały spełnione w sposób łączny następujące przesłanki: 1) zasoby techniczne lub zawodowe wykonawcy realizują inne przedsięwzięcia gospodarcze, 2) brak zasobów może negatywnie wpływać na realizację umowy w sprawie zamówienia publicznego. Pierwsza z przesłanek nie wymaga szerokiego omówienia i opiera się na wykazaniu, że posiadany przez wykonawcę potencjał, wymagany do realizacji umowy, stanowiący zaplecze techniczne lub zawodowe, jest zaangażowany w inne zadania.

Natomiast druga z przesłanek art. 22d ust. 2 p.z.p. wymaga wykazania wystąpienia negatywnego wpływu na realizację zamówienia. Wykładnia językowa normy w tym zakresie wskazywałaby na bezmierne spektrum pejoratywnych skutków, które mogłyby dosięgnąć stosunku obligacyjnego. Zatem, aby dokonać prawidłowej interpretacji przepisu, który posługuje się siatką pojęciową zaczerpniętą z prawa europejskiego, konieczne staje się rozszerzenie spektrum analizy o wykładnię systemową i funkcjonalną, a także teleologiczną. Omawianą przesłankę należy więc połączyć z celem normy, jakim jest zagwarantowanie zamawiającemu możliwości przeciwdziałania zawarcia umowy z wykonawcą, który - już w świetle wiedzy posiadanej przez zamawiającego na etapie postępowania o udzielenie zamówienia - swoich zobowiązań nie zrealizuje, bądź zrealizuje je nienależycie, jak należy rozumieć sformułowanie „negatywnego wpływu na realizację zamówienia", którym posłużył się ustawodawca. „Negatywny wpływ" jest pojęciem pojemnym z tej przyczyny, że obejmuje on wszystkie potencjalne szkody, mające swój grunt tak w ustawie, jak i wynikający z umowy (rozkład ryzyka, odpowiedzialność kontraktowa, w tym na zasadzie kary umownej itp.).

Mając na względzie zasadę racjonalności prawodawcy - który nie zawiera regulacji zbędnych, powtarzających się w systemie prawa, a w przypadku takiej konieczności posługuje się sformułowaniami nieostrymi - aby objąć regulacją możliwie szeroką gamę uzasadnionych przypadków, możliwość wystąpienia negatywnych skutków (czyli zagrożenie prawidłowości realizacji kontraktu) powinno być na tyle realne, żeby usprawiedliwiało sankcję wykluczenia wykonawcy z postępowania. Biorąc przy tym pod uwagę formalne cechy

systemu prawnego, wyrażone w zasadzie spójności i zupełności systemu prawa, Izba przyjęła, że sformułowanie „może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia publicznego", jakim posługuje się art. 22d ust. 2 p.z.p., należy wykładać - mając na względzie art. 14 ust. 1 p.z.p. - przez pryzmat zasad wykonywania zobowiązań i skutków ich niewykonania, bądź nienależytego wykonania, przewidzianych w prawie cywilnym, mając na uwadze okoliczności konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a szczególnie zobowiązania, które przyjmuje na siebie dany wykonawca, z uwzględnieniem konieczności zabezpieczenia zarówno interesu wykonawcy, jak i zasady racjonalnego wydatkowania środków publicznych.

Warto nadmienić również, że pomiędzy wykorzystaniem potencjału wykonawcy do realizacji innych przedsięwzięć gospodarczych, a drugą z przesłanek, dotyczącą możliwości wystąpienia zagrożenia należytego wykonania umowy, winien występować adekwatny związek przyczynowy. Zatem aby wykazać, że doszło do wypełnienia hipotezy przedmiotowej normy i podjąć działania zmierzające do stwierdzenia braku spełnienia warunku przez wykonawcę, należy oprzeć się na zgromadzonych dowodach, wskazujących, że zasoby wykonawcy będą niedostępne w czasie realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego, ze względu na ich zaangażowanie w inne przedsięwzięcie, co powoduje realne zagrożenie zaistnienia szkody - w szczególności kontraktowej.

W ocenie składu orzekającego odwołujący nie wykazał, aby okoliczności sprawy mogły stanowić podstawę do przyjęcia, że zaangażowanie kadry i urządzeń przystępującego w inne zamówienia będzie miało negatywny wpływ na realizację umowy. Odwołujący poprzestał na podnoszeniu stanowiska o ograniczonej możliwości jednoczesnego wykorzystania zasobów w różnych nadleśnictwach - z czym Izba się nie zgodziła, a o czym szerzej we wcześniejszej części uzasadnienia. Natomiast w zakresie samego sposobu realizacji przyszłych przedsięwzięć przez przystępującego, skład orzekający stwierdził, iż odwołujący nawet nie uprawdopodobnił, że nie jest możliwe takie zorganizowanie pracy przez wykonawcę, aby obsłużyć realizację więcej niż jednej umowy.

Odwołujący nie podjął także próby odniesienia się do warunków na jakich będą świadczone umowy dla innych zamawiających, a zatem nie zdecydował się na chociażby przybliżenia argumentacji, którą Izba mogłaby zweryfikować przy ocenie czy możliwe jest prawidłowe wykonywanie zobowiązań, które przyjął na siebie przystępujący, potencjałem który posiada. W tym zakresie odwołanie jest merytorycznie puste.

Stanowiska stron pozostały w sferze twierdzeń, sprowadzających się do tego czyj hipotetyczny sposób realizacji zamówienia okaże się prawidłowy, bez odniesienia się do konkretnych realiów wykonywania zamówień dla poszczególnych nadleśnictw. To jednak odwołującego obciążał ciężar wykazania swoich zarzutów, a dopiero następnie można byłoby przedstawione w tym zakresie dowody skonfrontować ze stanowiskiem i dowodami przystępującego. Z uwagi na to, iż tych dowodów - odnoszących się do konkretnych okoliczności i weryfikowalnych wskaźników - zabrakło, strony prowadziły polemikę, opierając się na hipotetycznych, nieweryfikowalnych założeniach co do tego jak mogą kształtować się potrzeby zamawiających i co można zrobić, a czego nie, aby im sprostać. Kiedy z punktu widzenia omawianej normy istotne jest wykazanie, że nie będzie możliwe pogodzenie użycia spornego potencjału równocześnie z innymi przedsięwzięciami gospodarczymi, co spowoduje negatywny wpływ na realizację zamówienia - czyli zrównany zostanie stan kiedy wykonawca w ogóle nie posiada zasobów, a kiedy je posiada, jednakże z powodu realizacji kilku zadań następuje brak możliwości ich wykorzystania. Tymczasem w rozpoznawanej sprawie żadne okoliczności - czy to wynikające z dokumentacji postępowania, czy wskazywane przez odwołującego - do takiej oceny nie mogły doprowadzić.

Izba stwierdziła dalej, że nie mógł zostać uwzględniony zarzut postawiony w sposób ewentualny - naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 3 p.z.p., która to norma miałaby zastosowanie gdyby doszło do potwierdzenia naruszenia przez zamawiającego art. 22d ust. 2 p.z.p. Zatem zarzut ten, jako nieposiadający uzasadnionych podstaw, został przez Krajową Izbę Odwoławczą oddalony.

Skład orzekający wskazuje również, że w poczet materiału procesowego sprawy zostały włączone złożone przez odwołującego dowody w postaci dokumentów i oświadczeń składanych przez przystępującego w toku przetargu, tym niemniej dowody te już się ex lege znajdował w aktach sprawy (vide § 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2018 r., poz. 1092 ze zm.). Natomiast wydruk ogłoszenia o zatrudnieniu wskazuje, że osoba, której adres e-mail zawiera nazwisko jednego z członków konsorcjum przystępującego, poszukuje pracowników, a więc nie jest to dowód przydatny do ustalenia jakichkolwiek istotnych okoliczności dla rozstrzygnięcia sporu.

W zakresie dowodu złożonego przez przystępującego w postaci pisma z Nadleśnictwa Bystrzyca Kłodzka wynika, że w dwadzieścia trzy dni zrealizowano 11% planu

na cały rok. Dowód ten jednak byłby przydatny tylko jako ewentualny kontrdowód, gdyby odwołujący faktycznie wywiódł, że nie jest możliwe zrealizowanie przez przystępującego wszystkich jego zobowiązań tym nakładem zasobów, na który wskazał. Powyższe ustalenie nie odgrywa zasadniczego znaczenia dla rozstrzygnięcia, ponieważ odwołujący nie przeciwstawił mu żadnych dowodów, z którymi można byłoby je skonfrontować. W ocenie Izby złożenie rzeczonego dowodu stanowiło zatem wyraz staranności przystępującego, który akurat w tym zakresie wskazał na pewne obiektywne mierniki swoich możliwości, których

jednak nie było do czego odnieść, ponieważ odwołujący - poza własnymi twierdzeniami - nie przedstawił żadnych dowodów, z których wynikałby brak możliwości zrealizowania spornym potencjałem podmiotowym zobowiązań przyjętych przez konsorcjum.

Krajowa Izba Odwoławcza częściowo uwzględniła odwołanie, bowiem wykazano, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 p.z.p. Stwierdzone naruszenie przepisów ustawy miało istotny wpływ na wadliwy wynik postępowania o udzielenie zamówienia, tj. na przedwczesny wybór oferty przystępującego jako oferty najkorzystniejszej.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego wydano na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 p.z.p., tj. stosownie do wyniku postępowania. Przegrywającym jest konsorcjum G. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych G. G. w Cigaciach, K. L. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych K. L. w Szklarni i J. W. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Firma Usługowa J. W. w Zielonej Górze, które zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego i wniosło sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania przez zamawiającego. Zatem zgodnie z § 5 ust. 2 pkt 2 w zw. § 3 pkt 1 i 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 (Dz. U. z 2018 r. poz. 972) Izba obciążyła przystępującego kosztami postępowania odwoławczego odwołującego w postaci wpisu od odwołania, wynagrodzeniem pełnomocnika, zgodnie ze złożoną fakturą VAT, w kwocie wynikającej z ww. rozporządzenia oraz kosztem dojazdu, na podstawie przedłożonego do akt sprawy biletu.

Przewodniczący: