Sygn. akt: KIO 4/21

WYROK
z dnia 1 lutego 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:
Przewodniczący:Irmina Pawlik

Protokolant: Szymon Grzybowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 stycznia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 stycznia 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: R. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Usługowo - Handlowa DREWMIX R. B. w Dobrowie oraz Grandforest spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Dobrowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Karnieszewice z siedzibą w Trawicy

orzeka:

1.oddala odwołanie;
2.kosztami postępowania obciąża odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: R. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Usługowo - Handlowa DREWMIX R. B. w Dobrowie oraz Grandforest spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Dobrowie i:
   2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
   2.2.zasądza od odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: R. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Usługowo - Handlowa DREWMIX R. B. w Dobrowie oraz Grandforest spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Dobrowie na rzecz zamawiającego - Państwowego Gospodarstwa Leśnego Lasy Państwowe Nadleśnictwo Karnieszewice z siedzibą w Trawicy kwotę 4 470 zł 21 gr (słownie: cztery tysiące czterysta siedemdziesiąt złotych i dwadzieścia jeden groszy) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów związanych z dojazdem na wyznaczoną rozprawę, w tym kosztów noclegu.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w związku z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2019, poz. 2020),na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:……

Sygn. akt: KIO 4/21

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

Zamawiający Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Karnieszewice z siedzibą w Trawicy (dalej jako „Zamawiający") prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Karnieszewice w roku 2021". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 16 października 2020 r. pod numerem 2020/S 202-490268. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm., dalej „ustawa Pzp"). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 4 stycznia 2021 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: R. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Firma Usługowo - Handlowa DREWMIX R. B. w Dobrowie oraz Grandforest Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Dobrowie (dalej jako „Odwołujący") wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty w zakresie zadania nr 7 i 8 oraz zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w ramach ww. zadań. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1-3 ustawy Pzp, poprzez niezgodne z przepisami ustawy Pzp prowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania przez Zamawiającego, w szczególności poprzez naruszenie:

1.art. 24 ust. 1 pkt. 12, art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez ich niewłaściwe zastosowanie i błędne przyjęcie, iż odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co skutkowało wykluczeniem wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz odrzuceniem jego oferty,
2.art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z pominięciem oferty złożonej przez odwołującego, co skutkowało wyborem oferty droższej od oferty złożonej przez odwołującego;
3.inne wskazane w treści odwołania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz czynności odrzucenia jego oferty w zakresie pakietu nr 7 i 8, dokonania oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego w zakresie pakietu nr 7 i 8, ponowne powtórzenie czynności badania i oceny ofert w zakresie pakietu nr 7 i nr 8, uznania oferty Odwołującego za ważną. Odwołujący wniósł także o zasądzenie od Zamawiającego na jego rzecz zwrotu kosztów postępowania odwoławczego wraz z kosztami zastępstwa procesowego.

W zakresie pakietu nr 7 Odwołujący podniósł, iż przedstawiony przez niego w JEDZ opis ciągnika do zrywki nasiębiernej jest wystarczający dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania wymaganym sprzętem. Podkreślił, że Zamawiający nie określił żadnych dodatkowych warunków dotyczących wymaganych ciągników. Jedynie w przypadku określenia dodatkowych warunków dotyczących np. mocy ciągnika lub max. rozstawu kół, wskazanie na konkretny model może okazać się konieczne. Odwołujący wskazał, iż nie kwestionuje, że zapis wymagający podania konkretnego modelu znalazł się w SIWZ. Zauważył jednak, że Zamawiający korzysta z wzorcowej dokumentacji, która ma zastosowanie do wszystkich zamawiających - Państwowych Gospodarstw Leśnych Lasy Państwowe w całej Polsce i dostosowany jest do różnych sytuacji faktycznych. Odwołujący zwrócił także uwagę, że Zamawiający nie kwestionuje tego jaki ciągnik został wykazany. Z pisma Zamawiającego nie wynika, że wskazany ciągnik nie spełnia warunków. Zamawiający jedynie kwestionuje okoliczność nie podania modelu, co jest w niniejszym przypadku wymogiem czysto formalnym. Odwołujący podniósł także, że w przedmiotowym przypadku, gdyby uznać, że informacje wskazane w JEDZ były niekompletne, to Odwołujący powinien zostać wezwany do ich uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Wskazał ponadto, że art. 26 ust. 3 ustawy Pzp może być zastosowany jednokrotnie, ale dotyczy to jednej konkretnej wady danego oświadczenia lub dokumentu. W tym zakresie powołał się także orzecznictwo KIO.

W zakresie pakietu nr 8 Odwołujący podniósł, iż prawdopodobnie Zamawiający określając warunki udziału w postępowaniu wyszedł z założenia, że wykonawca posiadający jedną realizację (wykonaną umowę) o mniejszej wartości

będzie w stanie zrealizować jedną część zamówienia, natomiast jeżeli stara się o udzielenie dwóch części zamówienia to jego realizacja .powinna być odpowiednio większa w zakresie kwotowym aby podołać realizacji obu części zamówienia. Nic nie stoi jednak na przeszkodzie aby wykonawcy temu powierzono realizację jednej z części zamówienia jeżeli jego doświadczenie jest odpowiednio wysokie dla wykazania spełnienia warunku w jednej z części. Odwołujący wskazał, iż zgadza się z Zamawiającym, że kwestia przypisania wartości do jednego z pakietów nie może być przedmiotem negocjacji z uczestnikami. W niniejszym postępowaniu jednakże taka sytuacja nie występuje, ponieważ oferta Konsorcjum Grand Forest 2 (na część zamówienia nr 12) została przez Zamawiającego odrzucona w konsekwencji wykluczenia z udziału w postępowaniu. Nie ma więc przeszkód do uznania, że nie można odpowiednio wartości doświadczenia przypisać do pakietu nr 8, Zamawiający nie prowadziłby w tym zakresie żadnych niedozwolonych negocjacji. Odwołujący podkreślił, że zapisy SIWZ w żaden sposób nie odnosiły się do takiej sytuacji, nie zawierały wskazówek co do sposobu postępowania w przypadku odrzucenia oferty w zakresie jednego z zadań, którego dotyczyło wykazane doświadczenie. Skutkiem wystąpienia sytuacji nieprzewidzianej w SIWZ Zamawiający nie może obarczać Odwołującego. Odwołujący podniósł ponadto, iż Zamawiający nie zakwestionował wykazanego w JEDZ doświadczenia ani w zakresie merytorycznym ani kwotowym, tym samym należy uznać, że bezspornie Odwołujący posiada doświadczenie niezbędne do realizacji niniejszego zamówienia i prawidłowo je wykazał. Przedstawił rozważania dotyczące celu ustanawiania warunków udziału w postępowaniu, odniósł się także do regulacji wskazanej w art. 22d ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 27 stycznia 2021 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie w całości.

W odniesieniu do pakietu nr 7 Zamawiający wskazał, iż Odwołujący w stosunku do ciągnika do zrywki nasiębiernej „John Deere" oraz przyczepy do podwozu drewna „PALMS" wskazanych w JEDZ nie podał ich modelu. Wkontekście opisanego warunku Zamawiający uznał taki opis urządzenia za niewystarczający do uznania, że Odwołujący wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w odniesieniu do potencjału technicznego. Opis danego urządzenia w JEDZ powinien zawierać wszystkie wymagane w pkt 6.2 ppkt 3 lit b) SIWZ informacje, była o tym wyraźnie mowa w pkt 7.1 lit. a tiret dziewiętnaście SIWZ, a także w wezwaniu do uzupełnienia JEDZ. Zamawiający, wobec sytuacji, w której wykonawca składa oświadczenie JEDZ w wadliwej lub niekompletnej formie, lub zupełnie pomija w swojej ofercie ten dokument, następnie na wezwanie Zamawiającego składa niekompletny JEDZ, nie ma podstaw, aby wykonawca został po raz drugi (kolejny), w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wzywany do uzupełnienia wadliwego oświadczenia. Zamawiający wskazał, iż wprost określił w rozdziale 7 SIWZ, jakie informacje wykonawcy obowiązani są podać w JEDZ. Żądanie szczegółowego opisu urządzeń (potencjału technicznego), którymi dysponowanie wymagane było w ramach warunków udziału w postępowaniu, miało na celu umożliwienie Zamawiającemu należytą weryfikację, czy wykonawcy spełniają warunki udziału w postępowaniu. Z tego też powodu Zamawiający żądał podania w Części IV lit. C (pkt. 9) JEDZ informacji nt. rodzaju urządzeń zgodnie z pkt. 6.2. ppkt 3) lit b) SIWZ, tj. ciągnik do pracy na szkółce leśnej, ciągnik do zrywki nasiębiernej (ciągnik z przyczepą do zrywki nasiębiernej lub forwarder), ciągnik do zrywki półpodwieszonej, maszyna leśna typu harwester (wykazana opcjonalnie) oraz ich opis tj. marka, model, podstawy dysponowania oraz numer seryjny. Informacje te, ze względu na mnogość urządzeń dostępnych na rynku, miały istotne znaczenie dla identyfikacji i jednoznacznego określenia czy sprzęt, którym dysponuje wykonawca, odpowiada wymaganiom Zamawiającego opisanym w ramach warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający zwrócił uwagę na okoliczność, iż Odwołujący – wobec braku przedstawienia w JEDZ informacji dotyczących warunków udziału w postępowaniu – był już w tym zakresie wzywany do uzupełnienia JEDZ, wskazał na wynikającą z orzecznictwa zasadę jednokrotnego wezwania do uzupełnienia danego dokumentu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał ponadto, iż na etapie oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie był uprawniony do odstąpienia od żądania podania przez wykonawcę informacji odnośnie modelu sprzętu, zgodnie z wymaganiem SIWZ, gdyż naruszyłoby to zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wymagany przez Zamawiającego sposób wypełnienia JEDZ został wprost zakreślony w SIWZ poprzez zawarcie w nim instrukcji wypełnienia JEDZ, w tym także w zakresie objętym odwołaniem.

Zamawiający nie zgodził się także ze stanowiskiem Odwołującego, jakoby na podstawie informacji zawartych w uzupełnionym JEDZ Zamawiający mógł uznać, że Odwołujący spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w odniesieniu potencjału technicznego oraz że Zamawiający nie kwestionuje tego jaki ciągnik został wykazany. Zamawiający wskazał, iż na rynku występuje wiele rodzajów ciągników oraz przyczep, a opis tych urządzeń dokonany przez Odwołującego w JEDZ nie był wystarczający, aby zidentyfikować urządzenia, którymi dysponuje. Zarówno firma John Deere jak i PALMS produkują wiele typów urządzeń, z których nie wszystkie przeznaczone są do realizacji usług leśnych będących przedmiotem Postępowania i mogą być wskazywane celem potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowania. Brak wskazania modelu ww. urządzeń w JEDZ powoduje brak możliwości weryfikacji czy są one zgodne z warunkiem udziału w postępowaniu, co implikuje konieczność uznania, że Odwołujący tego warunku nie spełnia. Tytułem przykładu Zamawiający wskazał przyczepy producenta „PALMS", których model determinuje to, czy są przeznaczone do zrywki nasiębiernej. Producent ten posiada w swojej ofercie wiele przyczep, z których nie wszystkie są przystosowane do zrywki nasiębiernej – Zamawiający wskazał jako przykłady przyczepę PALMS model 1620, która jest przyczepą rolniczą/wywrotką, przyczepę PALMS model Tandem 800, która jest rolniczą przyczepą ciężarową/wywrotką, przyczepę PALMS Tandem 1200, która jest rolniczą przyczepą ciężarową/wywrotką, przyczepę PALMS model 1217, przyczepę PALMS model Tandem 307. Wskazał także na wielość ciągników produkowanych przez markę John Deere (przedstawił przykładowe zestawienie ciągników pochodzących ze strony internetowej ww. producenta). Zamawiający zaznaczył, że nie jest wystarczający poczyniony przez Odwołującego w JEDZ opis przyczepy, iż jest ona „do dowozu drewna" czy opis ciągnika, że jest „ciągnikiem do zrywki nasiębiernej", aby stwierdzić, że Odwołujący spełnia warunek udziału w postępowaniu, gdyby bowiem Zamawiający chciał się opierać wyłącznie na oświadczeniach wykonawców, nie wymagałby tak szczegółowych informacji w zakresie sprzętu lub ograniczył wypełnianie formularza JEDZ tylko do części alfa.

Zamawiający wyjaśnił, iż żądał szczegółowego opisu urządzeń już na etapie składania JEDZ, bowiem wykonawcy często składają oferty na wiele pakietów. Zamawiający formułując warunki udziału w postępowaniu brał pod uwagę pewne minimum umożliwiającym wykonanie zamówienia Zamawiający ocenia warunki dotyczące zdolności technicznej i zawodowej m.in. przez pryzmat dostępności wymaganych zasobów do prawidłowego wykonania zamówienia. Zaangażowanie tego samego sprzętu w realizację kilku pakietów skutkować mogłoby niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zamówienia przez wykonawcę. Szczegółowy opis urządzeń (sprzętu) pozwala Zamawiającemu na jednoznaczną ocenę, czy wykonawcy dysponują potencjałem technicznym pozwalającym na należyte wykonania zamówienia oraz czy ich działanie jest zgodne z dyspozycją pkt 6.5 SIWZ, w którym ograniczono możliwość wykazywania tego samego potencjału technicznego dla więcej niż jednego pakietu, z pewnymi włączeniami. Zamawiający podkreślił, że wykonawcy na etapie składania JEDZ powinni wykazać, że dysponują lub będą dysponować rzeczywiście konkretnym sprzętem już w momencie składania ofert. Szczegółowy opis danego urządzenia (sprzętu) pozwala Zamawiającemu na jednoznaczną ocenę, czy wykonawca nim dysponuje, bowiem informacje takie jak marka, model czy numer seryjny znane są co do zasady jedynie podmiotowi, którzy rzeczywiście tak owymi urządzeniami dysponuje Przedstawienie szczegółowego opisu sprzętu miało dodatkowo na celu umożliwić Zamawiającemu skorzystanie z dyspozycji § 2 ust. 7 Rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia i odstąpienie od żądania od wykonawców składania wykazów urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy na dalszym etapie postępowania.

W odniesieniu do pakietu nr 8 Zamawiający wskazał m.in., iż w świetle pkt 6.5 SIWZco do zasady możliwe było wskazanie tego samego doświadczenia celem potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu dla więcej niż jednego pakietu, o ile jego wartość odpowiadała sumarycznej wartości doświadczenia wymaganego w ramach warunków dla wszystkich tych pakietów. W przedmiotowej sprawie, aby można było uznać warunek w zakresie doświadczenia za spełniony w stosunku do obu Pakietów (VIII i XII), wykonawca powinien wskazać usługę, której wartość wynosiła co najmniej 810 tys. zł (Pakiet XII 433 tys. zł + Pakiet VIII 377 tys. zł), podczas gdy usługa wskazana przez konsorcjanta Pana R. B. opiewała na 719 345,03 zł, która to kwota nie jest wystarczająca do uznania, że Odwołujący spełniał warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia w żadnym z ww. Pakietów. Zamawiający w takiej sytuacji nie był uprawniony do negocjowania i ustalania z wykonawcami do którego Pakietu przypisać wskazane przez Pana B. doświadczenie. Zamawiający nie zgodził się ze stanowiskiem Odwołującego, jakoby wykluczenie z postępowania dla Pakietu XII powodowało możliwość zaliczenia całości wskazanego przez Pana R. B. doświadczenia na poczet wykazania warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia w Pakiecie VIII. Wskazanie bowiem tego samego doświadczenia dla obu ww. Pakietów, wobec zapisów pkt 6.5 SIWZ, implikowało konieczność uznania, że wykonawcy nie spełniają warunku udziału w postępowaniu w żadnym z tych pakietów. Zamawiający wskazał, iż ograniczenie zawarte w pkt 6.5 SIWZ ma na celu zapobieganie sytuacjom wskazywania przez wykonawców pozornego potencjału. Inne rozumienie tego zapisu, niż zaprezentowane przez Zamawiającego, sprzyjałoby sytuacjom, w którym wykonawcy mając doświadczenie niezbędne do wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu tylko dla jednej części zamówienia, to samo doświadczenie wykazywaliby w większej ilości pakietów, po czym po otwarciu ofert decydowaliby oni, w stosunku do którego pakietu warto brać dalszy udział w postępowaniu, a w stosunku do których zaniechać np. uzupełniania JEDZ czy dokonania innych czynności, skutkujących wyeliminowaniem wykonawcy z postępowania na pozostałe części zamówienia. Przyjęcie rozumienia postanowienia pkt 6.5 SIWZ w sposób zaprezentowany przez Odwołującego prowadziłby do uprzywilejowania wykonawców dopuszczających się nieuczciwych praktyk w postępowaniu, którzy składają oferty w postępowaniu na kilka jego części, dysponując jednocześnie potencjałem pozwalającym na wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu tylko dla jednej z nich tj. niespełniających warunków udziału w postępowaniu w chwili składania ofert dla żadnej z tych części. Zamawiający podkreślił, że warunki udziału w postępowaniu należy wykazać już od momentu złożenia oferty, nie wolno relatywizować wykazania spełnienia warunku, tak jak czyni do Odwołujący, w zależności od faktycznej sytuacji, która zaistnieje w trakcie samego postępowania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk Stron postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Mając na uwadze treść art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020), zgodnie z którym do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1, Izba do postępowania odwoławczego w przedmiotowej sprawie zastosowała przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm., dalej jako „ustawa nPzp").

Izba stwierdziła, iż w terminie wynikającym z art. 525 ust. 1 ustawy nPzp do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy nPzp.

Izba uznała, iż Odwołujący, który został wykluczony z postępowania w zakresie Pakietu nr 7 i 8, a którego oferta mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania, wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy nPzp.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności SIWZ, informację z otwarcia ofert, ofertę Odwołującego, korespondencję prowadzoną przez Zamawiającego z Odwołującym w przedmiocie uzupełnienia dokumentu JEDZ, zawiadomienie o wykluczeniu Odwołującego z postępowania w Pakiecie 7 i 8 oraz konsorcjum z jego udziałem w Pakiecie 12. Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron postępowania złożone w pismach procesowych (odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie) oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 28 stycznia 2021 r.

Izba ustaliła, co następuje:

Na podstawie dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego, Izba ustaliła, iż Zamawiający prowadził postępowanie zgodnie z zasadami przewidzianymi dla tzw. „procedury odwróconej". Zamówienie podzielone zostało na 12 części, w tym Pakiet 7 - leśnictwo Chełmoniewo, Pakiet 8 – leśnictwo Lejkowo, Pakiet 12 – leśnictwo Węgorzewo oraz Gospodarstwo Nasienno – Szkółkarskie.

Zamawiający w pkt 6.3 SIWZ określił warunki udziału w postępowaniu dla poszczególnych Pakietów w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej. Zgodnie z pkt 6.3 lit a) SIWZZamawiający uzna warunek w zakresie doświadczenia za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie):
Pakiet 7 - zrealizował lub realizuje (przy czym w tym przypadku będzie liczona wartość zrealizowanej części przedmiotu umowy) usługę lub usługi polegającą na wykonywaniu prac z zakresu zagospodarowania lasu, zrywki i pozyskania drewna na kwotę nie mniejszą niż 303 000,00 zł brutto (w przypadku wykazywania przez Wykonawcę kilku usług z różnych umów, może on się wykazać łączną wartością wykonanych usług z maksymalnie 3 umów, a każda z wykonanych usług obejmowała prace z zakresu zagospodarowania lasu, zrywki i pozyskania drewna.
Pakiet 8 - zrealizował lub realizuje (przy czym w tym przypadku będzie liczona wartość zrealizowanej części przedmiotu umowy) usługę lub usługi polegającą na wykonywaniu prac z zakresu zagospodarowania lasu zrywki i pozyskania drewna na kwotę nie mniejszą niż 377 000,00 zł brutto (w przypadku wykazywania przez Wykonawcę kilku usług z różnych umów, może on się wykazać łączną wartością wykonanych usług z maksymalnie 3 umów, a każda z wykonanych usług obejmowała prace z zakresu zagospodarowania lasu, zrywki i pozyskania drewna).
Pakiet 12 - zrealizował lub realizuje (przy czym w tym przypadku będzie liczona wartość zrealizowanej części przedmiotu umowy) usługę lub usługi polegającą na wykonywaniu prac z zakresu zagospodarowania lasu, zrywki i pozyskania drewna, gospodarki nasienno - szkółkarskiej na kwotę nie mniejszą niż 433 000,00 zł brutto (w przypadku wykazywania przez Wykonawcę kilku usług z różnych umów, może on się wykazać łączną wartością wykonanych usług z maksymalnie 3 umów, a każda z wykonanych usług obejmowała prace z zakresu zagospodarowania lasu, zrywki i pozyskania drewna, gospodarki nasienno - szkółkarskiej).

Zgodnie z pkt 6.3 lit b) SIWZ Zamawiający wskazał, iż uzna warunek w zakresie potencjału technicznego za

spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że dysponuje lub będzie dysponować: Pakiet 7 - ciągnik do zrywki nasiębiernej (ciągnik z przyczepą do zrywki nasiębiernej lub forwarder) w ilości co najmniej 1 szt.; ciągnik do zrywki półpodwieszonej w ilości co najmniej 1 szt.

Ponadto w pkt 6.5 SIWZ Zamawiający wskazał, iż jeżeli Wykonawca ubiega się o udzielenie zamówienia na kilka Pakietów, nie może celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu wskazywać w więcej niż jednym Pakiecie wartości tego samego doświadczenia (ppkt 1) ani tego samego potencjału technicznego, z zastrzeżeniem przypadków wskazanych w lit. a) – c) (ppkt 4).

Zamawiający w pkt 7.1 lit a) SIWZ wskazał, iż wykonawca zobowiązany jest złożyć wraz z ofertą aktualne na dzień składania ofert oświadczenie stanowiące wstępne potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, złożone na formularzu JEDZ. Zamawiający doprecyzował ponadto, że w JEDZ należy podać m.in. następujące informacje:

- na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia informacje nt. usług wykonanych lub wykonywanych (przy czym w tym przypadku będzie liczona wartość zrealizowanej części przedmiotu umowy) w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) polegających na wykonywaniu prac z zakresu zagospodarowania lasu, zrywki i pozyskania drewna (dla pakietów I, II III, IV, V, VI, VII VIII, IX, X, XI, XII) a dla pakietu XII - dodatkowo - prace z zakresu gospodarki nasienno - szkółkarskiej na kwotę nie mniejszą niż: dla pakietu 7 - 303 000,00 zł brutto, dla pakietu 8 - 377 000,00 zł brutto, dla pakietu 12 - 433 000/00 zł brutto, które podać należy w Części IV lit. C (pkt 1b) JEDZ. We wskazanej części JEDZ należy podać informacje nt. podmiotu, na rzecz którego były wykonywane usługi (ze wskazaniem nazwy i jego siedziby), terminu wykonywania usługi (dat dziennych rozpoczęcia i zakończenia realizacji usługi), rodzaju wykonanych usług oraz wartości (brutto) wykonanych usług.
- na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału technicznego - informacje nt. dla wszystkich pakietów - (1) ciągnik do zrywki nasiębiernej (ciągnik z przyczepą do zrywki nasiębiernej lub forwarder), (2) ciągnik do zrywki półpodwieszonej oraz dodatkowo dla pakietu XII (3) ciągnik do pracy na szkółce leśnej o max. rozstawie kół tylnych 1650 mm którymi dysponuje wykonawca, które podać należy w Części IV lit. C (pkt 9) JEDZ; W przypadku opcjonalnego wskazania maszyny lub maszyn leśnych typu harwester należyje podać w Części IV lit. C (pkt. 9) JED. We wskazanej części JEDZ należy podać informacje nt. rodzaju urządzeń zgodnie z pkt. 6.2. ppkt 3) lit b) SIWZ, tj. ciągnik do pracy na szkółce leśnej, ciągnik do zrywki nasiębiernej (ciągnik z przyczepą do zrywki nasiębiernej lub forwarder), ciągnik do zrywki półpodwieszonej, maszyna leśna typu harwester (wykazana opcjonalnie) ich opis tj. marka, model, podstawy dysponowania oraz numer seryjny.

Odwołujący (Konsorcjum Grand Forest 1, tj.Firma Usługowo-Handlowa DREWMIX R. B. i Grandforest Sp. z o.o.) złożył ofertę w zakresie Pakietu nr 7 i 8. Ponadto w zakresie Pakietu nr 12 ofertę złożyło konsorcjum Grand Forest 2, w skład którego wchodzili obaj członkowie konsorcjum Odwołującego oraz wykonawca A. K. - Zakład Usług Leśnych „ORKAN" (Konsorcjum Grand Forest 2)Oferta Odwołującego w Pakiecie 7 i 8 oraz oferta Grand Forest 2 w Pakiecie 12 zostały ocenione jako najkorzystniejsze. Odwołujący do oferty załączył dokumenty JEDZ dla obu członków konsorcjum, w którym w ogóle nie wypełniono części IV lit. C w zakresie wymaganym na potrzeby wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w Pakiecie 7 i 8. Analogiczna sytuacja zachodziła w przypadku konsorcjum Grand Forest 2, które złożyło ofertę w Pakiecie 12.

Z uwagi na powyższe Zamawiający wezwał Odwołującego w odniesieniu do pakietu 7 douzupełnienia JEDZ m.in. w zakresie Części IV lit. C pkt 9w zakresie wykazania się przez wykonawcę dysponowaniem: ciągnikiem do zrywki nasiębiernej (ciągnik z przyczepą do zrywki nasiębiernej lub forwarder) w ilości co najmniej 1 szt.; ciągnikiem do zrywki półpodwieszonej w ilości co najmniej 1 szt. Zamawiający wskazał, iż ze złożonego wraz z ofertą dokumentu JEDZ nie wynika, aby Wykonawca wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej dotyczącego potencjału technicznego tj. że dysponuje co najmniej 1 szt. ciągnika do zrywki nasiębiernej (ciągnik z przyczepą do zrywki nasiębiernej lub forwarder) oraz co najmniej 1 szt. ciągnika do zrywki półpodwieszonej. Zamawiający wyjaśnił, że we wskazanej części JEDZ należy podaćinformacje nt. rodzaju urządzeń zgodnie z pkt. 6.2. ppkt 3) lit b) SIWZ, tj. ciągnik do pracy na szkółce leśnej, ciągnik do zrywki nasiębiernej (ciągnik z przyczepą do zrywki nasiębiernej lub forwarder), ciągnik do zrywki półpodwieszonej, maszyna leśna typu harwester (wykazana opcjonalnie) ich opis tj. marka, model, podstawy dysponowania oraz numer seryjny.

W odpowiedzi na ww. wezwanie Odwołujący złożył m.in. JEDZ dla p. R. B. (Firma Usługowo-Handlowa DREWMIX R. B.), w którym w Części IV lit. C pkt 9 wskazano następujący sprzęt: 1) ciągnik do zrywki nasiębiernej: ciągnik rolniczy John Deere (nr seryjny 1L05100RJCJ737473, własność); przyczepa do podwozu drewna PALMS (nr seryjny 12471; własność). W ww. części JEDZ Grandforest Sp. z o.o. wskazano z kolei następujący sprzęt:1) ciągnik do zrywki półpodwieszanej: forwarder John Deere 1510G (nr seryjny1WJ1510GVLL00441; leasing; 2) maszyna leśna typu harwester (wykazana opcjonalnie)- John Deere 1470G ; nr seryjny 1WJ1470GCLL002340; leasing.

Ponadto Zamawiający wezwał Odwołującego w odniesieniu do pakietu 8 douzupełnienia JEDZ m.in. w zakresie Części IV: „Kryteria kwalifikacji", lit. C: „Zdolność techniczna i zawodowa", punkt 1b - w zakresie wykazania się przez wykonawcę zrealizowaniem w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie) usługi lub usług polegających na wykonywaniu prac z zakresu z zakresu zagospodarowania lasu, zrywki i pozyskania drewna, na kwotę nie mniejszą niż 377 000,00 zł brutto (w przypadku wykazywania się przez wykonawcę kilku usług z różnych umów, może on się wykazać łączną wartością wykonanych usług z maksymalnie 3 umów, a każda z wykowanych usług obejmowała prace z zakresu zagospodarowano lasu, zrywki i pozyskania drewna). Zamawiający wskazał, iż ze złożonego wraz z ofertą dokumentu JEDZ nie wynika, aby Wykonawca wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej w zakresie doświadczenia tj. że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie) zrealizował lub realizuje usługi lub usługę polegające na wykonywaniu prac z zakresu z zakresu zagospodarowania lasu, zrywki i pozyskania drewna, na kwotę nie mniejszą niż 377 000,00 zł brutto. We wskazanej części JEDZ należało podać informacje nt. podmiotu, na rzecz którego były wykonywane usługi (ze wskazaniem nazwy i jego siedziby), terminu wykonywania usługi (dat dziennych rozpoczęcia i zakończenia realizacji usługi), rodzaju wykonanych usług oraz wartości (brutto) wykonanych usług. W JEDZ brak jakiejkolwiek informacjina ten temat. Opis w JEDZpowinien zawierać wszystkie wymagane w pkt 6.2 ppkt 3 lit a) SIWZ informacje, była to tym wyraźnie mowa w pkt 7.1 lit. a tiret 18 SIWZ.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Odwołujący złożył m.in. JEDZ wypełniony przez p. R. B. (Firma Usługowo-Handlowa DREWMIX R. B.), w którym wczęści IV C pkt 1b wskazano następujące doświadczenie: Zagospodarowanie lasu, zrywka i pozyskania drewna (umowa nr 14/2018), kwota 719 345,03 zł, od 26.02.2018 r. do 31.12.2018 r., odbiorca: Nadleśnictwo Tychowo. Tę samą usługę Pan R. . (członek Konsorcjum Grand Forest 2) wskazał w JEDZ uzupełnionym na wezwanie Zamawiającego dla Pakietu 12 celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia. Jednocześnie w JEDZ firmyA. K. - Zakład Usług Leśnych „ORKAN"dla Pakietu 12 celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wskazano także następujące doświadczenie: Gospodarka nasienna i szkółkarska (Umowa nr 17/2018), kwota 469 638,11 zł, od 22.03.2018 r. do 31.12.2018 r., odbiorca: Nadleśnictwo Tychowo .

Zamawiający w dniu 23 grudnia 2020 r. zawiadomił Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania i odrzuceniu jego oferty w zakresie Pakietu 8 na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 i art. 24 ust. 4 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał, iż Pan R. B., wchodzący w skład konsorcjum Grand Forest, które złożyło ofertę na Pakiet 8 oraz konsorcjum Grand Forest 2, które złożyło ofertę na Pakiet 12, w stosunku do obu tych pakietów wykazywał spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia. W części IV lit. C pkt 1b JEDZ dla obu ww. Pakietów wskazał on następujące doświadczenie: Zagospodarowanie lasu, zrywka i pozyskania drewna (umowa nr 14/2018) kwota 719 345,03 zł, zrealizowana od 26.02.2018 r. do 31.12.2018 r. na rzecz Nadleśnictwa Tychowo. Zamawiający wskazał na treść warunków udziału w postępowaniu dla obu ww. pakietów oraz brzmienie pkt 6.5 SIWZ. Podniósł, iż aby można było uznać warunek w zakresie doświadczenia za spełniony dla obu ww. Pakietów, wykonawca powinien wskazać usługę, której wartość wynosiła co najmniej 810 tys. zł (Pakiet XII 433 tys. zł + Pakiet VII 377 tys. zł), podczas gdy usługa wskazana przez konsorcjanta Pana R. B. opiewała na 719 345,03 zł, która to kwota nie jest wystarczająca.Zamawiający jednocześnie nie może prowadzić negocjacji z wykonawcą, do którego z ww. pakietów wartość doświadczenia przypisać. Zatem, należy uznać, iż także w Pakiecie 8 wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia. Zamawiający wskazał także, iż w przypadku gdy wykonawca składa oświadczenie JEDZ w wadliwej lub niekompletnej formie, lub zupełnie pomija w swojej ofercie ten dokument, następnie na wezwanie zamawiającego składa niekompletny JEDZ, nie ma podstaw, aby wykonawca został po raz kolejny, w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wzywany do uzupełnienia wadliwego oświadczenia.

Zamawiający w dniu 23 grudnia 2020 r. zawiadomił Konsorcjum Grand Forest 2 o wykluczeniu go z postępowania i odrzuceniu jego oferty w zakresie Pakietu 12 na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 i art. 24 ust. 4 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał, iż ww. Konsorcjum dla żadnego z konsorcjantów nie wskazało w JEDZosób posiadających wymagane w warunku udziału w postępowaniu uprawnienia, wobec czego należy uznać, iż nie spełnił on ww. warunku udziału w postępowaniu w zakresie osób skierowanych do realizacji zamówienia. Zamawiający wskazał ponadto w odniesieniu do doświadczenia podanego w Część IV lit. C pkt 1b JEDZże co do zasady możliwe jest wykazywanie w więcej niż jednym pakiecie tego samego doświadczenia celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej dotyczących doświadczenia dla kilku pakietów, o ile wartość wskazywanej usługi odpowiada sumie wartości doświadczenia wymaganego w ramach warunku na poszczególne pakiety wobec których wykonawca tę usługę wskazuje. Dodatkowo, jeżeli wykonawca wskazuje celem wykazania swojego doświadczenia kilka umów, to każda z nich powinna obejmować prace z zakresu zagospodarowania lasu, zrywki i pozyskania drewna, gospodarki nasienno - szkółkarskiej. Wobec dokonanego opisu warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia nie jest możliwe wskazywanie dwóch umów, tak aby jedna z nich obejmowała część doświadczenia wymaganego w ramach warunku doświadczenia, a druga pozostałe prace wymagane w ramach doświadczenia. Tym samym należy uznać, iż Wykonawca nie spełnił ww. warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający dodał, iż w przypadku gdy wykonawca składa oświadczenie JEDZ w wadliwej lub niekompletnej formie, lub zupełnie pomija w swojej ofercie ten dokument, następnie na wezwanie zamawiającego składa niekompletny JEDZ, nie ma podstaw, aby wykonawca został po raz kolejny, w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, został wzywany do uzupełnienia wadliwego oświadczenia.

Zamawiający w dniu 28 grudnia 2020 r. zawiadomił Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania i odrzuceniu jego oferty w zakresie Pakietu 7 na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 i art. 24 ust. 4 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał, iż w Części IV C pkt 9 JEDZ należało podać informacje nt. rodzaju urządzeń zgodnie z pkt. 6.2. ppkt 3) lit b) SIWZ, tj. ciągnik do zrywki nasiębiernej (ciągnik z przyczepą do zrywki nasiębiernej lub forwarder), ciągnik do zrywki półpodwieszonej, maszyna leśna typu harwester (wykazana opcjonalnie) ich opis tj. marka, model, podstawy dysponowania oraz numer seryjny. Odwołujący w stosunku do ciągnika do zrywki nasiębiernej „John Deere" oraz przyczepy do podwozu drewna „PALMS" wskazanych ww. części JEDZ nie podał ich modelu. W kontekście opisanego warunku taki opis urządzenia jest niewystarczający do uznania, że Wykonawca wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Opis w JEDZ danego urządzenia, powinien zawierać wszystkie wymagane w pkt 6.2 ppkt 3 lit b) SIWZ informacje, była to tym wyraźnie mowa w pkt 7.1 lit. a tiret dziewiętnaście SIWZ. Zamawiający wskazał także, że w przypadku gdy wykonawca składa oświadczenie JEDZ w wadliwej lub niekompletnej formie, lub zupełnie pomija w swojej ofercie ten dokument, następnie na wezwanie zamawiającego składa niekompletny JEDZ, nie ma podstaw, aby wykonawca został po raz kolejny, w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wzywany do uzupełnienia wadliwego oświadczenia.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła brak podstaw do uwzględnienia odwołania.

W ocenie Izby ani w odniesieniu do Pakietu 7, ani do Pakietu 8 nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt. 12, art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez ich niewłaściwe zastosowanie i błędne przyjęcie, iż Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co skutkowało wykluczeniem go z postępowania oraz odrzuceniem jego oferty.

Przywołując brzmienie przepisów, których naruszenie zarzucono Zamawiającemu Izba wskazuje, iż 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. Zgodnie zaś z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

W oparciu o przekazaną przez Zamawiającego dokumentację postępowania Izba stwierdziła, iż decyzja Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego z postępowania w zakresie Pakietu 7 była decyzją prawidłową.

Przede wszystkim wskazać należy, że Zamawiający w sposób precyzyjny i jednoznaczny opisał w treści SIWZ zakres informacji, jakie należało wskazać w JEDZ na potrzeby weryfikacji spełnienia warunku udziału w postepowaniu. W zakresie potencjału technicznego (sprzętu) Zamawiający wymagał podania informacji na temat rodzaju urządzeń oraz ich opisu, tj. marki, modelu, podstawy dysponowania oraz numeru seryjnego. Zamawiający wskazał także konkretne instrukcje, w którym miejscu JEDZ należy te informacje podać - Części IV lit. C pkt. 9 JEDZ. Postanowienia SIWZ wyraźnie wskazywały, iż Zamawiający oczekiwał podania konkretnych danych identyfikujących sprzęt, którym wykonawca dysponuje lub będzie dysponował. Odwołujący, na etapie kształtowania postanowień SIWZ, mając możliwość zadawania pytań do treści SIWZ czy też wniesienia odwołania wobec treści ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ, wymagań Zamawiającego nie kwestionował. W szczególności Odwołujący nie wskazywał wówczas, że wymaganie w zakresie podania modelu sprzętu miałoby być bezcelowe, na którą to okoliczność zwracał uwagę na potrzeby postępowania odwoławczego.

Pomimo jasnego, zrozumiałego sformułowania postanowień SIWZ Odwołujący nie zastosował się do nich, dołączając do oferty dokumenty JEDZ dla obu członków konsorcjum, w których nie wypełniono części odnoszącej się do spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej. Już ta sytuacja sygnalizowała, że Odwołujący nie dochował należytej staranności podczas przygotowywania oferty. Przepisy ustawy Pzp dają jednak wykonawcom szansę uzupełnienia braków czy poprawienia błędów w złożonych oświadczeniach lub dokumentach służących weryfikacji podmiotowej, aby nie doprowadzać do automatycznego eliminowania z postępowania

wykonawców, którzy w istocie spełniają warunki udziału w postępowaniu, a jedynie nie wykazali tego w złożonych dokumentach. Z uwagi na powyższe Zamawiający wystosował do Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwanie, w którym po raz kolejny, precyzyjnie wskazał, jakich informacji wymaga w zakresie warunku udziału w postepowaniu dotyczącego potencjału technicznego (sprzętu) i w którym miejscu JEDZ należy te informacje podać. Pomimo tego Odwołujący ponownie nie przedstawił w pełnym wymaganym zakresie danych co do sprzętu, którym dysponuje. Izba miała na względzie, iż Odwołujący jest profesjonalistą i obowiązują go standardy właściwe dla profesjonalnego charakteru prowadzonej przez niego działalności (por. art. 355 § 2 k.c.). Należyta staranność określana przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej działalności gospodarczej uzasadnia zwiększone oczekiwanie co do umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności składanych przez wykonawcę oświadczeń i dokumentów. Odwołujący decydując się na ubieganie się o udzielenie zamówienia powinien przeanalizować SIWZ pod kątem wymaganych do złożenia oświadczeń i dokumentów, jak i powinien szczegółowo przeanalizować treść wystosowanego do niego wezwania z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i przedstawić takie oświadczenia, jakie w wezwaniu tym wskazano. Powyższemu obowiązkowi Odwołujący nie sprostał, co już samo w sobie wskazuje na konieczność wykluczenia go z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp z uwagi na niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Izba za bezzasadną uznała argumentację Odwołującego, jakoby w powyższym stanie faktycznym zachodziła konieczność wezwania go do uzupełnienia oświadczenia wskazanego w Części IV lit. C pkt. 9 JEDZ. Uzupełnienie oświadczeń i dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp ma charakter wyjątkowy, to rolą wykonawcy jest powzięcie takich działań i wdrożenie takich procedur, aby dokumenty składane w ramach postępowania przetargowego były zgodne z wymaganiami SIWZ (por. m.in. wyrok KIO z dnia 30 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 1598/20). W orzecznictwie na gruncie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w sposób jednolity przyjęto zasadę jednokrotnego wezwania do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia oświadczeń lub dokumentów w odniesieniu do tej samej okoliczności, błędu czy niedokładności. Ponowne wezwanie wykonawcy na podstawie ww. przepisu owszem może być dopuszczalne, ale wyłącznie w przypadku kiedy dotyczy ono innych okoliczności, ewentualnie kiedy pierwotne wezwanie było wadliwe, niepełne, nie wskazywało na dany błąd. Z taką sytuacją - wbrew stanowisku Odwołującego – nie mamy do czynienia w przedmiotowej sprawie. Odwołujący raz już złożył niekompletne dokumenty JEDZ dla obu konsorcjantów i został wezwany na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do ich uzupełnienia m.in. w zakresie dotyczącym warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania odpowiednim na potrzeby zamówienia sprzętem. Z treści wezwania jasno wynikało, że jego zakresem objęto konieczność uzupełnienia Części IV lit. C pkt. 9 JEDZ. Ponowne wezwanie, którego wystosowania domaga się Odwołujący, również obejmowałoby swoim zakresem uzupełnienie Części IV lit. C pkt. 9 JEDZ, a jako takie stanowiłoby ponowne wezwanie w tożsamym zakresie, co naruszałoby zasadę równego traktowania wykonawców wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Izba podziela pogląd wyrażony w wyroku z dnia 13 marca 2020 r., sygn. akt KIO 430/20, iż w przypadku gdy wykonawca składa oświadczenie JEDZ w wadliwej lub niekompletnej formie, lub zupełnie pomija w swojej ofercie ten dokument, następnie na wezwanie zamawiającego składa niekompletny JEDZ, nie ma podstaw, aby wykonawca został po raz kolejny, w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wzywany do uzupełnienia wadliwego oświadczenia.

Mając powyższe na uwadze Izba zgodziła się z Zamawiającym, że powstały w niniejszej sprawie problem jest wynikiem braku dołożenia należytej staranności przez Odwołującego podczas wypełniania dokumentu JEDZ na etapie składania oferty, a następnie na etapie wezwania do jego uzupełnienia. Nie składając kompletu wymaganych w treści JEDZ oświadczeń (które Zamawiający precyzyjnie wskazał w treści SIWZ), Odwołujący sam pozbawił się możliwości ich późniejszego uzupełnienia czy poprawienia na wypadek, gdyby okazały się błędne. Odwołujący już raz był wzywany przez Zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w stosunku do tych samych oświadczeń składanych na potwierdzenie tych samych okoliczności. Gdyby Odwołujący składając ofertę wypełnił JEDZ w Części IV lit. C pkt. 9, to jego dalsze pomyłki nie niosłyby za sobą tak dalekich konsekwencji jak wykluczenie z postępowania, a Odwołujący miałby szansę na uzupełnienie niekompletnego oświadczenia w zakresie sprzętu, jakim dysponuje.

Ponadto Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, że informacje wskazane przez niego w JEDZ dotyczące ciągnika i przyczepy do zrywki nasiębiernej są wystarczające do weryfikacji spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Izba za wiarygodną uznała argumentację Zamawiającego wyjaśniającą dlaczego wymagał wskazania opisu deklarowanego sprzętu, w tym jego modelu. Po pierwsze okoliczność ta miała znaczenie z uwagi na fakt, że postępowanie obejmowało wiele pakietów, zaś pkt 6.5 SIWZ wprowadzał określone ograniczenia w zakresie dysponowania sprzętem na potrzeby spełnienia warunków udziału w postępowaniu w przypadku, gdy oferta obejmuje więcej niż jeden pakiet. Po drugie wskazanie danych identyfikujących sprzęt miało umożliwić Zamawiającemu zweryfikowanie spełnienia przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego rodzaju sprzętu (ciągnika do zrywki nasiębiernej), co następowało właśnie w oparciu m.in. o podanie modelu. Sama deklaracja, że Odwołujący dysponuje ciągnikiem czy przyczepą do zrywki nasiębiernej danego producenta nie pozwala Zamawiającemu na jednoznaczną ocenę czy posiadany sprzęt stanowi wymagany ciągnik do zrywki nasiębiernej. Zamawiający zwrócił uwagę na ilość urządzeń (ciągników i przyczep) dostępnych na rynku, w świetle czego wskazanie modelu było niezbędne do zweryfikowania czy wskazany w JEDZ sprzęt jest ciągnikiem do zrywki nasiębiernej (ciągnikiem z przyczepą do zrywki nasiębiernej). Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał, iż na rynku dostępnych jest wiele ciągników marki John Deere, jak i wiele przyczep PALMS, w tym przyczepy rolnicze, które nie są przeznaczone do zrywki nasiębiernej. Zamawiający ponadto na rozprawie wskazywał na konieczność rozróżnienia sprzętu używanego na cele rolnicze od sprzętu dedykowanego do gospodarki leśnej. Odwołujący powyższemu nie zaprzeczał.

Jednocześnie Odwołujący, twierdząc, że na podstawie przedstawionego przez niego w JEDZ opisu sprzętu da się ten sprzęt zidentyfikować i zweryfikować na potrzeby oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu, nie przedstawił na tę okoliczność żadnych dowodów. Tymczasem to na Odwołującym w tym zakresie spoczywał ciężar dowodu, zgodnie z ogólną zasada rozkładu ciężaru dowodu w postępowaniu odwoławczym wyrażoną w art. 534 ust. 1 ustawy nPzp i to Odwołującego obciążają negatywne konsekwencje zaniechania podjęcia stosownej inicjatywy dowodowej. Jak zwrócił uwagę Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 21 sierpnia 2019 r., sygn. akt XXIII Ga 573/19 „ciężar udowodnienia faktu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami poniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności. Tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik procesu. (…) Kontradyktoryjność postępowania przed KIO, oznacza nie tylko to, że na stronach spoczywa ciężar dowiedzenia swoich twierdzeń ale również to, że żadna ze stron nie ma obowiązku wykazywać inicjatywy w postępowaniu, bowiem ponosi ryzyko jej zaniechania.” Odwołujący nie przedstawił także żadnych dowodów mających potwierdzać, że podany w JEDZ numer seryjny ciągnika John Deere był numerem VIN pojazdu, z którego miałby wynikać model ciągnika, podczas gdy przedstawienie dowodów na tę okoliczność (np. dowód rejestracyjny pojazdu, karta pojazdu) w ocenie Izby było obiektywnie możliwe i nie było utrudnione (przy czym argumentacja ta nie została w ogóle podniesiona w odwołaniu, podobnie jak twierdzenia o nierównym tratowaniu wykonawców, z uwagi na fakt, że wybrany w Pakiecie 12 wykonawca również nie wskazał numeru seryjnego sprzętu). Odwołujący w JEDZ nie wskazał także modeluprzyczepy PALMS, tymczasem Zamawiający w treści odpowiedzi na odwołanie podał wiele przykładów przyczep PALMS, które są przyczepami rolniczymi/wywrotkami, a nie przyczepami przeznaczonymi do zrywki nasiębiernej. Powyższych okoliczności Odwołujący nie podważał. Wręcz przeciwnie, jego twierdzenia podnoszone na rozprawie, iż wskazane w odpowiedzi na odwołanie przyczepy to głównie przyczepy budowlane, a nie służące do podwozu drewna, potwierdzają, że

na rynku dostępnych jest wiele przyczep marki PALMS i wskazanie dalszych danych identyfikujących, jak np. model, było niezbędne do dokonania oceny czy przyczepa, którą dysponuje wykonawca, jest wymaganą w SIWZ przyczepą do zrywki nasiębiernej.

Zamawiający nie naruszył przepisów ustawy Pzp także w przypadku wykluczenia Odwołującego z postepowania w zakresie Pakietu 8. W ocenie Izby akceptacja jako spełniającej warunek w tym Pakiecie usługi przedstawionej dla dwóch różnych pakietów, wbrew postanowieniom pkt 6.5 SIWZ, prowadziłabydo naruszenia zasady równego traktowania wykonawców.

Również w tym przypadku postanowienia SIWZ były jednoznaczne – Zamawiający w pkt 6.5 SIWZ wyraźnie wskazał, iż jeżeli wykonawca ubiega się o udzielenie zamówienia na kilka pakietów, nie może celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu wskazywać w więcej niż jednym pakiecie wartości tego samego doświadczenia. Tak ukształtowane postanowienia SIWZ w równym stopniu obowiązywały każdego z wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, jak i samego Zamawiającego. Jak zauważył Zamawiający, tego rodzaju postanowienia SIWZ, w postępowaniach, które (tak jak przedmiotowe) obejmują wiele pakietów (Nadleśnictw) i w którym wykonawcy składają oferty na wiele pakietów, mają nie tylko zapobiegać wskazywaniu przez wykonawców pozornego potencjału, ale także eliminować potencjalne nieuczciwe praktyki. Zamawiający wskazał tutaj na sytuacje, w których wykonawcy mogliby posłużyć się na potrzeby kilku pakietów jedną usługą, a następnie – po otwarciu ofert i sprawdzeniu, w którym pakiecie mają szansę na wygraną – dostosować pod to swoje dalsze działania w postępowaniu.

Odwołujący zarówno na potrzeby Pakietu 8, jak i na potrzeby Pakietu 12 (o który ubiegał się wspólnie z jeszcze jednym wykonawcą) powołał się na tę samą usługę, wykonaną przez członka konsorcjum Odwołującego - pana R. B. (zagospodarowanie lasu, zrywka i pozyskania drewna o wartości 719 345,03 zł zrealizowana na rzecz Nadleśnictwa Tychowo), pomimo, że SIWZ zakazywała podania w więcej niż jednym pakiecie wartości tego samego doświadczenia. Wartość wskazanej przez pana R. B. usługi nie była wystarczająca, aby uznać, że odpowiada ona warunkom udziału w obu pakietach, tj. w Pakiecie 8 i 12. Zgodnie z pkt 6.3 lit. a) SIWZ w zakresie Pakietu 8 należało legitymować się usługą o wartości nie mniejszej niż 377 000,00 zł, zaś w zakresie Pakietu 12 nie mniejszej niż 433 000,00 zł brutto. Zatem, aby dopuścić jako spełniającą warunek udziału w postępowaniu w obu pakietach usługę zrealizowaną przez Pana R. B. na rzecz Nadleśnictwa Tychowo w zakresie zagospodarowania lasu, zrywki i pozyskania drewna, jej wartość nie mogłaby być mniejsza niż 810 000,00 zł.

Izba nie zgodziła się z Odwołującym, ze nic nie stoi na przeszkodzie, aby w takiej sytuacji wykonawcy powierzono realizację jednego z ww. pakietów, skoro jego doświadczenie jest na potrzeby jednego pakietu wystarczające. Takiemu działaniu w przedmiotowym stanie faktycznym stoi na przeszkodzie wspomniana już zasada równego traktowania wykonawców, o której mowa w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Jak wskazuje się w orzecznictwie TSUE instytucje zamawiające zapewniają równe traktowanie wykonawców w sposób niedyskryminacyjny i przejrzysty. W związku z tym, po pierwsze, zasady równego traktowania i niedyskryminacji wymagają, by wszyscy oferenci mieli takie same szanse przy formułowaniu swych ofert, z czego wynika zatem wymóg, by oferty wszystkich oferentów były poddane tym samym warunkom. Po drugie, obowiązek przejrzystości ma na celu zagwarantowanie braku ryzyka faworyzowania i arbitralnego traktowania ze strony instytucji zamawiającej. Obowiązek ten obejmuje wymóg, by wszystkie warunki i zasady postępowania w sprawie udzielenia zamówienia były określone w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tak by, po pierwsze, umożliwić wszystkim rozsądnie poinformowanym i wykazującym zwykłą staranność oferentom zrozumienie ich dokładnego zakresu i dokonanie ich wykładni w taki sam sposób, a po wtóre, by umożliwić instytucji zamawiającej rzeczywistą weryfikację, czy oferty złożone przez oferentów odpowiadają kryteriom wyznaczonym dla danego zamówienia (por. m.in. wyrok z dnia 7 kwietnia 2016 r., C-324/14, *Partner A. D. v. Zarządowi Oczyszczania Miasta*).

W przedmiotowym przypadku Zamawiający, wbrew jednoznacznym postanowieniom SIWZ zakazującym powoływanie się na wartość tej samej usługi w różnych pakietach i pomimo faktu, że Odwołujący (sam w Pakiecie 8 i w konsorcjum z jeszcze jedynym wykonawcą w Pakiecie 12) był już raz wzywany do uzupełnienia oświadczeń dotyczących doświadczenia, musiałby albo wyjaśniać z Odwołującym do której z części zamówienia (pakietu) należy przypisać doświadczenie wskazane na potrzeby dwóch pakietów, albo samemu dokonać wyboru, co i w jednym i drugim przypadku nie byłoby zasadne. Sam Odwołujący zgodził się ze stanowiskiem Zamawiającego, iż kwestia przypisania wartości usługi do jednego z pakietów nie może być przedmiotem negocjacji z uczestnikami, z uwagi na konieczność zadośćuczynienia zasadom określonym w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Natomiast Odwołujący możliwość przypisania wskazanego dla obu pakietów doświadczenia na potrzeby Pakietu 8 wywodził z faktu wykluczenia konsorcjum z udziałem Odwołującego z postępowania w Pakiecie 12, co nie jest jednak w ocenie Izby uzasadnione. Aprobata stanowiska prezentowanego przez Odwołującego o możliwości posłużenia się doświadczeniem p. B. na potrzeby Pakietu 8 z uwagi na brak kolizji w zakresie zaangażowania zasobów wobec wykluczenia wykonawcy z Pakietu 12, prowadziłaby zdaniem składu orzekającego do nieuzasadnionego uprzywilejowania pozycji Odwołującego w postępowaniu, podczas gdy zaistniała sytuacja była wynikiem tylko i wyłącznie jego błędów, przy tym popełnionych pomimo jednoznacznej treści postanowień SIWZ i precyzyjnego wezwania do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów.

W kontekście zaangażowania zasobów należy mieć na uwadze także okoliczność, że w przedmiotowej sprawie (w przeciwieństwie do sprawy o sygn. akt KIO 715/19, na którą powoływał się Odwołujący na rozprawie) Zamawiający badał wykazanie doświadczenia na potrzeby spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie obu, a nie tylko jednego z pakietów, ponadto badanie to następowało w sposób równoległy, w tym samym czasie (wezwania do uzupełnienia JEDZ w obu pakietach zostały wystosowane odpowiednio w dniu 10 i 11 grudnia 2020 r.). Co istotne, w niniejszej sprawie, dopiero na etapie badania ofert, w odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, doszło do uzupełnienia oświadczeń w zakresie posiadanego doświadczenia i powołania się przez wykonawców na tę samą usługę w dwóch różnych pakietach. Okoliczność ta została przez Zamawiającego jednoznacznie ustalona, wynikała wprost z informacji zawartych w przedstawionych dokumentach. Mając jedna na uwadze, że wykonawcy już raz byli wzywani do uzupełnienia JEDZ w zakresie przedmiotowego doświadczenia, nie było możliwe wezwanie ich ponownie na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów dotyczących wymaganych zdolności. Z kolei Zamawiający samodzielnie nie był uprawniony zdecydować, do którego z pakietów przypisać doświadczenie, ponieważ nie posiadał na ten temat wiedzy. Oczekiwanie Odwołującego, aby uznać usługę zrealizowaną na rzecz Nadleśnictwa Tychowo jako spełniającą warunek w Pakiecie 8 tylko z tego względu, że w pakiecie 12 konsorcjum z jego udziałem popełniło jeszcze więcej błędów wypełniając JEDZ w części dotyczącej doświadczenia niż popełnił Odwołujący w Pakiecie 8, jest nie do pogodzenia z naczelnymi zasadami rządzącymi systemem zamówień publicznych. Odwołujący - jak już wyżej wskazywano - jest profesjonalistą i powinien ponosić konsekwencje niedołożenia należytej staranności w procesie ofertowania, nawet jeśli wiążą się one z nieuzyskaniem zamówienia. Gdyby Odwołujący i konsorcjum z udziałem Odwołującego, składając JEDZ-e wraz z ofertą w Pakiecie 8 i 12, wypełnili wszystkie wymagane w zakresie warunków udziału w postępowaniu części JEDZ, to zaistniałe błędy, w tym także te dodatkowe błędy w Pakiecie 12, mogłyby zostać poprawione w ramach wezwania z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Odwołujący sam swoim zaniechaniem takiej szansy się pozbawił.

Ponadto Izba stwierdziła, iż nie znajduje oparcia w dokumentacji postępowania twierdzenie Odwołującego, że podstawy wykluczenia konsorcjum Grand Forest 2 z postepowania w zakresie Pakietu 12 były zupełnie odrębne niż przyczyny wykluczenia Odwołującego w zakresie Pakietu 8. W zawiadomieniu o wykluczeniu dotyczącego Pakietu 12

Zamawiający wprost wskazał na kwestie dotyczące możliwości wykazywania się tym samym doświadczeniem na potrzeby więcej niż jednego pakietu w Część IV lit. C pkt 1b JEDZ („co do zasady możliwe jest wykazywanie w więcej niż jednym pakiecie tego samego doświadczenia celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej dotyczących doświadczenia dla kilku pakietów, o ile wartość wskazywanej usługi odpowiada sumie wartości doświadczenia wymaganego w ramach warunku na poszczególne pakiety wobec których wykonawca tę usługę wskazuje."). Dodatkowo Zamawiający wskazał na dalsze błędy dotyczące dotyczącą wykazywanego doświadczenia - podniósł, że jeżeli wykonawca wskazuje celem wykazania swojego doświadczenia kilka umów, to każda z nich powinna obejmować prace z zakresu zagospodarowania lasu, zrywki i pozyskania drewna, gospodarki nasienno - szkółkarskiej. Wobec dokonanego opisu warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia nie jest możliwe wskazywanie dwóch umów, tak aby jedna z nich obejmowała część doświadczenia wymaganego w ramach warunku doświadczenia, a druga pozostałe prace wymagane w ramach doświadczenia. Ponadto przyczyną wykluczenia konsorcjum był także fakt, że w odniesieniu do żadnego z konsorcjantów w JEDZ nie wskazano osób posiadających wymagane w SIWZ uprawnienia.

Izba nie uznała także za wiarygodne stanowiska Odwołującego prezentowanego na rozprawie, że usługę zrealizowaną przez p. R. B. na rzecz Nadleśnictwa Tychowo wskazano w Pakiecie 12 przez pomyłkę, co miało wynikać z faktu, że podano tam dwie usługi, a usługa zrealizowana przez p. B. odpowiadała tylko warunkowi z Pakietu 8. Powyższemu przeczy dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia. Warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia w Pakiecie 12 dotyczył wykazania się realizacją usługi polegającej na wykonywaniu prac z zakresu zagospodarowania lasu, zrywki i pozyskania drewna oraz prac z zakresu gospodarki nasienno - szkółkarskiej. Usługa wskazana w JEDZ p. B. obejmowała swoim zakresem zagospodarowanie lasu, zrywkę i pozyskanie drewna, zaś usługa wskazana w JEDZ p.A. K. (konsorcjanta) obejmowała pracez zakresu gospodarki nasienno - szkółkarskiej. W świetle powyższego, w ocenie Izby, konsorcjum z udziałem Odwołującego w sposób świadomy, a nie na skutek błędu, posłużyło się obiema ww. usługami na potrzeby wykazania wymaganego w Pakiecie 12 doświadczenia, tylko bowiem łącznie te usługi odpowiadały zakresowi wskazanemu w treści warunku. Ww. wykonawca popełnił natomiast błąd w innym zakresie, ponieważ na gruncie SIWZ taki sposób łączenia potencjału nie był dopuszczalny, na co wskazał Zamawiający w zawiadomieniu o wykluczeniu. Powyższe wskazuje, że argumentacja Odwołującego stanowi wyłącznie wyraz przyjętej na potrzeby postepowania odwoławczego taktyki procesowej, niemniej nie ma ona oparcia w dokumentach zamówienia.

Mając na uwadze wszystko powyższe Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu w całości i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze ustawy nPzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy nPzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. a) i b) w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zasądzając od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 4 470 zł 21 gr stanowiącą koszty postępowania poniesione przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika (3 600 zł) oraz tytułem dojazdu na wyznaczoną rozprawę (tj. koszty biletów lotniczych w kwocie 665,21 zł i noclegu w kwocie 205 zł), których wysokość stwierdzono na podstawie złożonych do akt sprawy rachunków oraz spisu kosztów.

Przewodniczący:……