Sygn. akt: KIO 179/23

WYROK

z dnia 8 lutego 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 lutego 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 stycznia 2023 r. przez wykonawcę ZULRIK Sp. z o.o. z siedzibą w Bytowie w postępowaniu prowadzonym przez Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Dretyń

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego 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 na rzecz Zamawiającego kwotę 4 946 zł 91 gr (słownie: cztery tysiące dziewięćset czterdzieści sześć złotych dziewięćdziesiąt jeden groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, dojazdu oraz noclegu.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późń. zm.) 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 179/23

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

Zamawiający – Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Dretyń [dalej „Zamawiający"] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Dretyń w 2023 roku (znak postępowania: Z.270.05.2022).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 19 października 2022 r. pod numerem nr 2022/S 202-575462.

W dniu 20 stycznia 2023 r. wykonawca ZULRIK Sp. z o.o. z siedzibą w Bytowie [dalej „Odwołujący"] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. W zakresie Pakietu II - Leśnictwo: Tursko i Dretyń,

- od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego, polegającej na bezpodstawnym odrzuceniu oferty ZULRIK Sp. z o.o., ul. Konwaliowa 2 lok. 11/G, 77–100 Bytów na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b, oraz

- zaniechanie przez Zamawiającego dokonania czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, do której zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy Pzp, tj. brak wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 128 ust. 4, w zakresie Pakietu II, tj. warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania odpowiednimi osobami do realizacji zamówienia przez Wykonawcę,

- od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego, polegającej na bezpodstawnym zatrzymaniu wadium Wykonawcy i tym samym błędnym zastosowaniu art. 98 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp, pismem z dnia 10 stycznia 2023 r.

2. W zakresie Pakietu III - Leśnictwo: Kowalewice i Okunino:

- od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego, polegającej na odrzuceniu oferty ZULRIK Sp. z o.o. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b poprzez bezpodstawne uznanie, że Wykonawca nie spełnia warunku udziału w postępowaniu w sposób zgodny z przygotowaną przez Zamawiającego i opublikowaną Specyfikacją Warunków Zamówienia,

- od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego, polegającej na całkowicie bezpodstawnym zatrzymaniu wadium Wykonawcy i tym samym błędnym zastosowaniu art. 98 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp, pismem z dnia 10 stycznia 2023 r.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i zgodnie z art. 554 ust. 3 ustawy Pzp:

W zakresie części II:

- unieważnienie czynności Zamawiającego w zakresie odrzucenia oferty Wykonawcy oraz zatrzymania wniesionego przez Wykonawcę wadium,

W zakresie części III:

- unieważnienie czynności Zamawiającego w zakresie odrzucenia oferty Wykonawcy oraz zatrzymania wniesionego przez Wykonawcę wadium.

Jednocześnie Odwołujący wniósł o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

Uzasadnienie zarzutów w zakresie Pakietu II:

Odwołujący przywołał brzmienie warunku dotyczącego potencjału kadrowego w zakresie Pakietu II oraz wskazał, że w złożonym wraz z ofertą JEDZ Wykonawca wskazał, że dysponuje następującymi osobami: „1.1. osoby - szkolenie dopuszczające do pracy pilarką, 2. 2 osoby - ukończone szkolenie w zakresie pracy ze środkami chemicznymi, 3.koordynator posiada wykształcenie leśne". Wykonawca nie spodziewał się bowiem, że Zamawiający będzie wymagał określenia osób skierowanych do realizacji zamówienia już na etapie JEDZa składanego wraz z ofertą, skoro i tak musi zweryfikować dokument podmiotowy taki jak np. wykaz osób na dalszym etapie. Wykonawca sugerował się informacją, że osoby, które wskazuje mogą się zmienić jeżeli będą spełniały warunki wymagane przez Zamawiającego. Tym samym pismem z dnia 15.12.2022 r. Zamawiający zasadnie (zgodnie ze sporządzonym przez Zamawiającego SWZ) wezwał Wykonawcę do uzupełnienia JEDZ-a.

Zamawiający wskazał zatem na konieczność uzupełnienia przez Wykonawcę informacji zawartych w złożonym JEDZ-u o imiona i nazwiska, zakres wykonywanych przez wskazane osoby czynności oraz podstawy dysponowania tymi osobami.

Wykonawca i podmiot udostępniający zasoby uzupełnili więc informacje wymagane przez Zamawiającego w JEDZ w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego, podając dwie osoby o takim samym imieniu i nazwisku (tymi osobami jest Pani A. B. (żona Pana K. B. oraz Pani A. B. - kuzynka Pana K. B.). Zamawiający w swym wnioskowaniu (prawdopodobnie) zignorował fakt, że mogą istnieć dwie osoby o takim samym nazwisku, tym samym dokonując uchybienia poprzez brak wezwania Wykonawcy ZULRIK Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień - czy Pani A. B. jest w istocie tą samą osobą. Stan faktyczny jest taki, że istnieją dwie osoby o takim nazwisku i te osoby Wykonawca wskazał w JEDZ, a zatem wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu, a odrzucenie było bezzasadne i bezpodstawne. Wykonawca nie może ponosić ujemnych konsekwencji faktu, że istnieją dwie osoby o takim samym imieniu i nazwisku, a Zamawiający nie ma podstawy, by ograniczać możliwość Wykonawcy do dysponowania osobami, które tak samo się nazywają, tym

bardziej, że takie obostrzenie nie było wskazane w SWZ, choć nawet gdyby było - byłoby nieuzasadnione.

Ponadto w zakresie dysponowania Wykonawca wskazał, że Pan P. P. będzie zatrudniony na podstawie umowy o pracę, podobnie Pani A. B. skierowana do realizacji zamówienia w zakresie pracy ze środkami chemicznymi (kuzynka). W zakresie Pana K. B. i jego małżonki A. B. (również skierowanej przez wykonawcę do pracy ze środkami chemicznymi). Obie osoby są wskazane w dokumentach KRS stąd mamy do czynienia z dysponowaniem bezpośrednim. Oboje tworzą także spółkę cywilną, która jest podmiotem udostępniającym zasoby, co zostało wykazane w JEDZach i również było Zamawiającemu wiadome ze złożonych dokumentów. Zamawiający dokumentami dysponował, co nie zmienia faktu, że również mógł dopytać o swoje wątpliwości w tym zakresie. Gdyby Wykonawca nie chciał zaoferować dwóch osób o imieniu A. B., a jedną, wskazywałby ją tylko w jednym JEDZu. Zamawiający nie miał więc podstaw by uznać bezspornie, że jest to jedna i ta sama osoba oraz, że Wykonawca warunku nie spełnia. Tym bardziej, że JEDZ jest gotowym formularzem i Zamawiający nigdzie nie określił, że ustanawia jedynie słuszny sposób uzupełniania formularza JEDZ przez Wykonawcę i podmiot trzeci, którego niezastosowanie będzie skutkowało odrzuceniem wykonawcy - gdzie ponownie Odwołujący pragnie podkreślić, że został odrzucony na etapie JEDZa, a nie podmiotowych środków dowodowych.

Jak Zamawiający trafnie wskazał, nie ma prawa wezwać wykonawcy dwukrotnie do uzupełnienia tego samego dokumentu. Wykonawca nie podważa tego faktu. W istniejącym stanie faktycznym Zamawiający nie miał jednak przesłanki do ponownego uzupełniania dokumentu JEDZ, a jedynie do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień dlaczego Wykonawca dysponuje dwiema osobami o takich samych danych personalnych tj. imieniu i nazwisku. Tym samym Zamawiający dopuścił się uchybienia poprzez zaniechanie przez Zamawiającego dokonania czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, do której Zamawiający był obowiązany na podstawie art. 513 pkt 2 ustawy Pzp.

W postawie Zamawiającego Wykonawca nie doszukuje się złej wiary, nie sposób jednak nie wywnioskować, że Zamawiający oparł się o z góry przyjęte założenia na temat spełniania (a raczej nie spełniania) przez Wykonawcę warunku i pominął pochopnie czynności, do których uprawnia i zobowiązuje go ustawa PZP wyposażona w mechanizmy mające na celu eliminację tego rodzaju nieporozumień. Pisemne wyjaśnienie wykonawcy odpowiadające na konkretnie

zadane przez Zamawiającego pytania rozwiałoby wszelkie niejasności co do intencji wykonawcy.

Wadium – część II:

Wykonawca wraz z ofertą złożył gwarancję opiewającą na wymaganą przez Zamawiającego kwotę 37.000 zł. Mając na uwadze powyższą argumentację, która podważa

podstawę dla Zamawiającego do zatrzymania wadium, na której oparł się w piśmie o zatrzymaniu wadium z dnia 10.01.2023 r. Uzasadniał, że ze stanowiska Zamawiającego zawartego w ww. piśmie wynika, że podstawą zatrzymania wadium, było uchybienie samego Zamawiającego. Stąd zarzut Wykonawcy jest w pełni zasadny. Nawet gdyby uznać, że Wykonawca się myli, odmienna interpretacja i nieporozumienie nie stanowią zawinionego i celowego działania po stronie Wykonawcy. Mając na uwadze pozostałe warunki, które wykonawca spełnił bez zarzutu trudno uznać, iż działania Wykonawcy uzasadniają dokonanie przysporzenia przez Zamawiającego w wysokości 37.000,00 zł (a po dodaniu wadium z części III, które Zamawiający również sobie zatrzymał 72.000,00 zł).

Odwołujący przywołał fragment komentarza J. E. Nowickiego i wskazał, że autor komentarza do ustawy Pzp przychyla się do stanowiska spójnego z pozostałymi przepisami ustawy, że w niniejszym stanie faktycznym zatrzymanie wadium nie jest tak oczywiste i autorytarne jak postuluje w swoim piśmie do Wykonawcy Zamawiający. Tym bardziej, że instytucja wadium ma na celu uniknięcie przypadku, w którym Wykonawca uchyla się od zawarcia umowy o zamówienie publiczne, a Wykonawca składa odwołanie by umowę zawrzeć i zamówienie zrealizować. Zamawiający nie może czynić sobie z samowolnej interpretacji przepisów ustawy PZP źródła dochodu. Wykonawca złożył dokumenty, a zamawiający pochopnie go odrzucił zatrzymując jednocześnie wadium z powodu własnego niezrozumienia intencji wykonawcy. Akceptując takie działanie Zamawiającego może dojść do rozwoju nieodpowiednich praktyk względem wnoszonego przez Wykonawców wadium, a w konsekwencji spowodować niechęć niezależnych wykonawców do składania ofert w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego - z obawy przed frywolnymi interpretacjami Zamawiającego. W niniejszym stanie faktycznym interpretacja Zamawiającego nie jest zasadna pod żadnym względem, stąd Wykonawca podnosi, że zatrzymanie jego wadium było działaniem nadmiernym i nieuzasadnionym w świetle przedmiotowego stanu faktycznego i przepisów ustawy Pzp.

Uzasadnienie zarzutów w zakresie Pakietu III:

Odwołujący przywołał brzmienie warunku dotyczącego potencjału kadrowego w zakresie Pakietu III oraz wskazał, że faktem jest, że wykonawca został wezwany do uzupełnienia oświadczenia JEDZ pismem z dnia 02.12.2022 r. celem potwierdzenia spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający wezwał wskazał, że JEDZ należy uzupełnić o opis doświadczenia. Odwołujący uzupełnił wymagane informacje w sposób należyty tj. wskazał, że wykonał na rzecz Nadleśnictwa Bytów prace z zakresu gospodarki leśnej o kwocie powyżej 967 tys. zł brutto na łączną kwotę 1.537.575,46 zł, w tym (…).

Wykonawca zgodnie z warunkiem zatem przedstawił zrealizowanie na podstawie większej ilości umów (co jest zgodne z treścią warunku określonego w SWZ) usługi

z zakresu gospodarki leśnej o łącznej wartości nie mniejszej niż 967.000,00 zł brutto polegające na wykonywaniu prac obejmujących pozyskanie i zrywkę drewna oraz zagospodarowanie lasu. Łączna wartość prac wyniosła więcej niż 967 tys. zł co przyznał sam zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Wykonawcy. Odwołujący podkreślał, że Zamawiający nie neguje faktu wykonania prac z zakresu zagospodarowania lasu, a jedynie fakt, że usługa zagospodarowania nie była wykonywana na podstawie jednej umowy wraz z usługami z zakresu pozyskiwania i zrywki drewna, co ma kluczowe znaczenie dla bezzasadności odrzucenia oferty wykonawcy. Treść samego warunku dopuszcza bowiem spełnienie go przez Wykonawców na podstawie „większej ilości umów". Zamawiający nigdzie nie wskazał, że usługi pozyskiwania, zrywki i zagospodarowania lasu mają być wykonane wyłącznie na podstawie jednej umowy, co więcej sam podkreślił w treści warunku, że uzna go za spełniony jeżeli wykonawca zrealizuje go na podstawie większej ilości umów. Tym samym odrzucenie oferty Odwołującego jawi się jako całkowicie bezzasadne i spełniające zarzut określony w art. 513 pkt 1 ustawy Pzp.

Wadium – część III:

Wykonawca wraz z ofertą złożył gwarancję opiewającą na wymaganą przez Zamawiającego kwotę 35.000,00 zł. Mając na uwadze powyższą argumentację, która podważa podstawę dla Zamawiającego do zatrzymania wadium na której oparł się w piśmie o zatrzymaniu wadium z dnia 10.01.2023 r. W przytoczonym uzasadnieniu Zamawiającego wyraźnie widać zatem, że podstawą zatrzymania wadium, było uchybienie samego Zamawiającego. Stąd zarzut Wykonawcy jest w pełni zasadny. Nawet odmienna interpretacja nie stanowią zawinionego i celowego działania po stronie Wykonawcy. Mając na uwadze pozostałe warunki, które wykonawca spełnił bez zarzutu trudno uznać, iż działania Wykonawcy uzasadniają dokonanie przysporzenia przez Zamawiającego w wysokości 35.000,00 zł (a po dodaniu wadium z części II, które Zamawiający również sobie zatrzymał 72.000,00 zł).

Uzasadniając bezprawność zatrzymania wadium przez Zamawiającego w obu częściach, zwanych w niniejszym postępowaniu „Pakietami" II i III Odwołujący pragnie pochylić się nad specyfiką i celem instytucji jaką jest wadium. Zgodnie z komentarzem do ustawy PZP „Prawo zamówień publicznych nie podaje definicji wadium. Wskazane jest więc dla określenia istoty tej instytucji posłużenie się definicją zawartą w art. 704 § 1 k.c., gdzie za wadium uznaje się sumę pieniężną lub odpowiednie zabezpieczenie zapłaty tej sumy, wnoszone pod rygorem niedopuszczenia do uczestnictwa w przetargu lub aukcji. Funkcje wadium to stworzenie bariery finansowej zapewniającej przystąpienie do przetargu jedynie osób zainteresowanych oraz zapewnienie odszkodowania zastrzeżonego na wypadek uchylania się przez wybrany w przetargu podmiot od zawarcia umowy. Wadium w zamówieniach publicznych w pewnym stopniu ma również

zapobiegać niedozwolonym

próbom wpływu na wynik postępowania przez zaniechanie przedstawienia dokumentów wymaganych po złożeniu oferty od wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona. Rola wadium kończy się w momencie zawarcia umowy." Tym samym celem wadium nie jest możliwość wzbogacenia się przez Zamawiającego kosztem nieostrożnego, czy nieodwołującego się od odrzucenia oferty Wykonawcy, a zabezpieczenie postępowania w taki sposób, by nie uchylał się od zawarcia umowy.

W zakresie podstaw odrzucenia na jakich oparł się Zamawiający w obu częściach Odwołujący przytoczył ugruntowane i konsekwentnie potwierdzane stanowisko w orzecznictwie KIO zmierzające do unikania samowolnych i autorytarnych interpretacji Zamawiającego w zakresie zapisów SWZ, czy tym bardziej przepisów ustawy Pzp, iż „Wszelkie niezgodności treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy rozpatrywać na korzyść wykonawców". W wyroku z dnia 18 marca 2015 r., III Ca 70/15, Sąd Okręgowy w Nowym Sączu zwrócił uwagę, że „Zapisy w SIWZ (...) muszą mieć charakter precyzyjny i jednoznaczny, a wątpliwości powstałe na tym tle muszą być rozstrzygane na korzyść wykonawcy. Obowiązek takiego formułowania i tłumaczenia ma na celu realizację zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców przystępujących do przetargu". Podobnie orzekła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 11 sierpnia 2014 r., KIO 1557/14 oraz w wyroku z dnia 7 października 2013 r., KIO 2260/13. Odwołujący wskazał, że w wyroku z dnia 9 stycznia 2018 r., KIO 2712/17, Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że przy dokonywaniu oceny prawidłowości - zgodności złożonej przez wykonawcę oferty z wymaganiami Zamawiającego, podstawowe znaczenie ma wykładnia językowa. Jest to konieczne z uwagi na formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz potrzebę zagwarantowania równego traktowania wykonawców.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 1 lutego 2023 r. wniósł o:

1. o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 2 ustawy Pzp jako, że zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony (Odwołujący nie ma interesu w uzyskaniu zamówienia);

2. alternatywnie do wniosku sformułowanego w pkt 1, o oddalenie odwołania w całości;

3. przeprowadzenie dowodów z dokumentów wskazanych w treści uzasadnienia odpowiedzi na odwołanie na okoliczności (fakty) tam wskazane;

4. zasądzenie na rzecz Zamawiającego od Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego wraz z kosztami dojazdu na rozprawę - według spisu kosztów przedłożonego na posiedzeniu lub rozprawie.

Zamawiający przedstawił stan faktyczny sprawy, argumentację prawną i faktyczną odnoszącą się do zarzutów odwołania oraz uzasadnienie wniosków, o których mowa w punkcie 1 i 2 powyżej.

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

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Oddaleniu podlegał wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 2 ustawy Pzp. Powyższy wniosek Zamawiający uzasadniał tym, że Odwołujący utracił status wykonawcy, bowiem Odwołujący poprzez wykorzystanie środków ochrony prawnej przewidzianych w Pzp dochodzi tylko i wyłącznie unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty i zatrzymania wadium, ponieważ zakresem zaskarżenia nie została objęta żadna inna czynność lub zaniechanie Zamawiającego (w tym unieważnienie postępowania w zakresie Pakietu II czy wybór oferty najkorzystniejszej w zakresie Pakietu III). Zdaniem Zamawiającego niezależnie od sposobu rozstrzygnięcia postępowania odwoławczego, Odwołującemu nie zostanie przywrócony status wykonawcy, który może uzyskać zamówienia objęte Postępowaniem, zatem nie ma i nie będzie miał interesu w uzyskaniu zamówienia. W konsekwencji odwołanie powinno zostać oddalone, ewentualnie odrzucone, bowiem brak interesu we wniesieniu odwołania związany z utratą statusu wykonawcy w danym postępowaniu skutkować powinien odrzuceniem odwołania jako wniesionego przez podmiot nieuprawniony.

Zgodnie z art. 528 pkt 2 ustawy Pzp, Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony.

Odnosząc się do wniosku o odrzucenie odwołania Izba wskazuje, iż podziela dominujący w orzecznictwie pogląd, że ewentualny brak interesu, nie stanowi podstawy odrzucenia odwołania, o której mowa w art. 528 pkt 2 ustawy Pzp, ale stanowi podstawę do oddalenia odwołania. Przesłanka dotycząca interesu w uzyskaniu zamówienia ma charakter materialnoprawny i podlega badaniu na rozprawie. Jej spełnienie stanowi podstawę do dalszej, merytorycznej oceny zarzutów. Ewentualne zaprzeczenie naruszenia interesu wykonawcy w uzyskaniu danego zamówienia może prowadzić do oddalenia odwołania, a nie jego odrzucenia bez merytorycznego rozpoznania zarzutów (tak KIO w wyroku z dnia 27 lipca 2020 r. sygn. akt: KIO 1356/20).

Izba nie podzieliła również oceny Zamawiającego jakoby Odwołujący nie posiadał interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Stosownie do art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy,

uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz

poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Bezspornym jest, że Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego w Pakiecie II oraz Pakiecie III niniejszego postępowania oraz zatrzymał wadium Wykonawcy wniesione w tych Pakietach. W ocenie Izby nie budzi wątpliwości, iż w wyniku naruszenia przepisów, których naruszenie Odwołujący zarzuca Zamawiającemu we wniesionym odwołaniu Wykonawca miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz mógł ponieść szkodę. Wskazać należy, iż oferta Odwołującego została odrzucona w Pakiecie II, który unieważniono na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy Pzp, bowiem cena oferty pozostałej w postępowaniu przekraczała budżet Zamawiającego, którego Zamawiający nie mógł zwiększyć. Jednocześnie niesporne było, że cena odrzuconej oferty Odwołującego mieściła się w kwocie, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w Pakiecie II. Tym samym w przypadku potwierdzenia się zarzutu dotyczącego odrzucenia oferty Odwołującego, wzruszeniu podlegałaby jednocześnie czynność unieważnienia Pakietu II, która stanowiła wyłącznie konsekwencję decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego.

Podobnie rzecz ma się w przypadku Pakietu III, w którym oferta Odwołującego została odrzucona oraz dokonano wyboru oferty wykonawcy S. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: „S. B. Zakład Usługowo – Handlowy". Jednocześnie jak wynika z dokumentacji postępowania oferta Odwołującego była korzystniejsza (tańsza) w świetle ustanowionego kryterium oceny ofert niż oferta wybrana.

W sytuacji zatem potwierdzenia się zarzutu dotyczącego odrzucenia oferty Odwołującego, unieważnieniu podlegałaby czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, stanowiąca następstwo wadliwej decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego.

Izba ustaliła, że do postępowania odwoławczego nie zgłoszono przystąpień.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację warunków zamówienia wraz z załącznikami oraz wyjaśnieniami i modyfikacjami, ofertę Odwołującego wraz z uzupełnieniami, wezwania kierowane do Odwołującego, zawiadomienia z dnia 10 stycznia 2023 r. o odrzuceniu oferty Odwołującego z Pakietu II i III oraz zatrzymaniu wadium Wykonawcy w tych Pakietach.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie i pisemnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 3 lutego 2023 r.

Izba zaliczyła w poczet materiału sprawy dowody złożone przez Odwołującego, tj.:

1. referencje Nadleśnictwa Dretyń z dnia 28 października 2022 r. dotyczące umów 270.1.05.2022.O i Z.270.1.062022 oraz 270.1.06.2022.O i Z.270.1.062022;

2. referencje Nadleśnictwa Bytów z dnia 25 października 2022 r., 24 listopada 2022 r. oraz z dnia 22 grudnia 2022 r.;

3. zaświadczenie o ukończeniu kursu przez Panią A. B. w zakresie środków ochrony roślin;

4. korespondencję między Zamawiającym - Nadleśnictwo Trzebielino, a Odwołującym (wezwanie do wyjaśnienia z dnia 12 lutego 2022 r., wezwanie do uzupełnienia z dnia 12 grudnia 2022 r., wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych z dnia 24 listopada 2022 r. – dowód pominięty, brak odpisu dla Zamawiającego);

5. korespondencję między Zamawiającym - Nadleśnictwo Warcino, a Odwołującym (wezwanie do uzupełnienia z dnia 20 grudnia 2022 r., wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych z dnia 21 listopada 2022 r. oraz wezwanie do wyjaśnień z dnia 13 grudnia 2022 r. – dowody pominięte, brak odpisu dla Zamawiającego;

6. oświadczenie Odwołującego z 30 stycznia 2023 r. wraz z potwierdzeniami przelewu wadium w pakiecie nr 2 i 3;

7. korespondencję między Odwołującym, a Nadleśnictwem Bytów wraz z załącznikami – dowód pominięty, brak odpisu dla Zamawiającego.

Ponadto do akt sprawy Izba włączyła dowody załączone do odpowiedzi na odwołanie, tj.:

1. pismo RDLP w Szczecinku z dnia 23.01.2023 r. (załącznik nr 3);

2. pismo z Nadl. Warcino z dnia 26.01.2023 r. z załącznikiem w postaci zaświadczenia (załącznik nr 4);

3. pismo z Nadl. Bytów z dnia 25.01.2023 r. z załącznikiem w postaci zaświadczenia (załącznik nr 5);

4. pismo z Nadl. Trzebielino z dnia 26.01.2023 r. wraz z zaświadczeniem (załącznik nr 6);

5. zaświadczenia o ukończeniu szkolenia w zakresie stosowania środków ochrony roślin wystawione dla A. B. i K. B. przedłożone przez wspólników Taste Factory s.c. w Nadleśnictwie Dretyń przed zawarciem umowy na wykonywanie usług leśnych na 2022 r. (załącznik nr 7);

6. pismo z Nadl. Osusznica z dnia 26.01.2023 r. (załącznik nr 8);

7. pismo z Nadl. Sławno z dnia 25.01.2023 r. (załącznik nr 9);

8. uzupełniony JEDZ Odwołującego złożony w postępowaniu o udzielenie zamówienia „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Bytów w roku 2023" – Pakiet II (załącznik nr 10);

9. uzupełniony JEDZ Odwołującego złożony w postępowaniu o udzielenie zamówienia „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Bytów w roku 2023" – Pakiet IV (załącznik nr 11);

10. SWZ dla postępowania o udzielenie zamówienia u innego Zamawiającego – Skarbu Państwa Państwowego Gospodarstwa Leśnego Nadleśnictwo Bytów pn. „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Bytów w roku 2023" (załącznik nr 12);

11. SWZ dla postępowania o udzielenie zamówienia pn. „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Trzebielino w toku 2023" (załącznik nr 13);

12. wykaz usług złożony w postępowaniu o udzielenie zamówienia pn. „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Trzebielino w toku 2023" w odpowiedzi na wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych na podstawie art. 126 ust. 1 Pzp (załącznik nr 14);

13. wezwanie do uzupełnienia wykazu usług na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia pn. „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Trzebielino w toku 2023" (załącznik nr 15);

14. uzupełniony wykaz usług w postępowaniu o udzielenie zamówienia pn. „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Trzebielino w toku 2023" (załącznik nr 16);

15. SWZ dla postępowania o udzielenie zamówienia pn. „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Warcino w toku 2023" (załącznik nr 17);

16. wykaz usług złożony w postępowaniu o udzielenie zamówienia pn. „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Warcino w toku 2023" w odpowiedzi na wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp (załącznik nr 18);

17. wezwanie do uzupełnienia wykazu usług na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia pn. „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Warcino w toku 2023" (załącznik nr 19);

18. uzupełniony wykaz usług w postępowaniu o udzielenie zamówienia pn. „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Warcino w toku 2023" (załącznik nr 20);

19. pismo z Nadl. Bytów z dnia 01.02.2023 r. ws. zakresu usług wskazanych przez Odwołującego w JEDZ (załącznik nr 21).

Izba ustaliła, co następuje:

Dotyczy Pakietu II:

Pismem z dnia 10 stycznia 2023 r. Zamawiający zawiadomił o odrzuceniu oferty ZULRIK Sp. z o.o. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp oraz unieważnieniu postępowania w zakresie Pakietu II na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy Pzp (cena oferty pozostałej w postępowaniu przekraczała budżet Zamawiającego).

Odnośnie odrzucenia oferty złożonej przez ZULRIK Zamawiający wskazał, że: Zgodnie z warunkiem udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub

zawodowej w odniesieniu do osób skierowanych do realizacji zamówienia, określonym w pkt 7.1. ppkt 4 lit. c) ppkt II) SWZ dla ww. postępowania:

Warunek ten, w zakresie osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia, zostanie uznany za spełniony, jeśli Wykonawca wykaże, że dysponuje lub będzie dysponować:

co najmniej: 6 osoby, które ukończyły z wynikiem pozytywnym szkolenie dopuszczające do pracy z pilarką zgodnie z § 21 rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 24 sierpnia 2006 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy przy wykonywaniu niektórych prac z zakresu gospodarki leśnej (Dz. U. z 2006 r. Nr 161, poz. 1141) lub posiadające odpowiadające im uprawnienia wydane na podstawie poprzednio obowiązujących przepisów albo odpowiadające im uprawnienia wydane w innych Państwach Członkowskich Unii Europejskiej lub w przypadku gdy Wykonawca wykaże, że dysponuje lub będzie dysponował co najmniej sztuką maszyny wielooperacyjnej typu harwester (informacje w tym zakresie należy zamieścić w JEDZ w Cz. IV lit. C pkt. (9), powyższy warunek zostanie uznany za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że dysponuje lub będzie dysponował co najmniej 2 osobami, które ukończyły z wynikiem pozytywnym szkolenie dopuszczające do pracy z pilarką zgodnie z § 21 rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 24 sierpnia 2006 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy przy wykonywaniu niektórych prac z zakresu gospodarki

leśnej (Dz. U. z 2006 r. Nr 161, poz. 1141) lub posiadające odpowiadające im 2 uprawnienia wydane na podstawie poprzednio obowiązujących przepisów albo odpowiadające im uprawnienia wydane w innych Państwach Członkowskich Unii Europejskiej, oraz

co najmniej 2 osobami, które ukończyły szkolenie w zakresie pracy ze środkami chemicznymi zgodnie z rozporządzeniem Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi z dnia 8 maja 2013 roku w sprawie szkoleń w zakresie środków ochrony roślin (tekst jedn. Dz. U. z 2022 r. poz. 824) lub posiadające odpowiadające im uprawnienia wydane na podstawie poprzednio obowiązujących przepisów które uprawniają do pracy w kontakcie ze środkami ochrony roślin albo odpowiadające im uprawnienia wydane w innych Państwach Członkowskich Unii Europejskiej.

Celem potwierdzenia spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu wykonawca obowiązany był w Części IV lit. C pkt (2) JEDZ podać informacje nt. ilości (1) osób które ukończyły z wynikiem pozytywnym szkolenie dopuszczające do pracy z pilarką zgodnie z § 21 rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 24 sierpnia 2006 r. w sprawie

bezpieczeństwa i higieny pracy przy wykonywaniu niektórych prac z zakresu gospodarki leśnej (Dz. U. z 2006 r. Nr 161, poz. 1141) lub posiadających odpowiadające im uprawnienia wydane na podstawie poprzednio obowiązujących przepisów albo odpowiadające im

uprawnienia wydane w innych Państwach Członkowskich Unii Europejskiej, (2) oraz osób, które ukończyły szkolenie w zakresie pracy ze środkami chemicznymi zgodnie z rozporządzeniem Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi z dnia 8 maja 2013 roku w sprawie szkoleń w zakresie środków ochrony roślin (tekst jedn. Dz. U. z 2022 r. poz. 824) lub posiadające odpowiadające im uprawnienia wydane na podstawie poprzednio obowiązujących przepisów które uprawniają do pracy w kontakcie ze środkami ochrony roślin albo odpowiadające im uprawnienia wydane w innych Państwach Członkowskich Unii Europejskiej.

W ww. części JEDZ należało podać informacje nt. danych personalnych (imię i nazwisko) osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia, zakresu wykonywanych przez nich czynności, posiadanych kwalifikacji zawodowych, uprawnień (jeżeli są wymagane) oraz podstawy dysponowania.

Zarówno wykonawca jak i podmioty udostępniające zasoby w Części IV lit. C pkt (2) JEDZów złożonych z ofertą podali jedynie ogólne informacje nt. osób skierowanych do realizacji zamówienia:

1) Pani A. B. wskazała jedynie: „1. 1 osoby - szkolenie dopuszczające do pracy z pilarką 2. 1 osoby – ukończone szkolenie w zakresie prace ze środkami chemicznymi”,

2) Pan K. B. wskazał jedynie: „1. 2 osoby - szkolenie dopuszczające do pracy z pilarką 2. 2 osoby – ukończone szkolenie w zakresie prace ze środkami chemicznymi”,

3) Wykonawca wskazał jedynie: „1. 1 osoby - szkolenie dopuszczające do pracy z pilarką 2. 1 osoby – ukończone szkolenie w zakresie prace ze środkami chemicznymi”,

z pominięciem danych personalnych tych osób – tj. imion i nazwisk, zakresu wykonywanych przez nich czynności oraz podstawy dysponowania tymi osobami, wobec czego Zamawiający dnia 04 grudnia 2022 r. (pismem z dnia 02.12.2022) wezwał Wykonawcę uzupełnienia tych informacji w JEDZach. Wezwanie do uzupełnienia JEDZ obejmowało w zasadzie wszystkie części dotyczące warunków udziału w postępowaniu, ponieważ Wykonawca równie zdawkowo uzupełnił Część IV lit. C pkt (1b) i (9) JEDZ nie wykazując przy tym spełniania żadnego z warunków udziału w postępowaniu.

Wykonawca uzupełnił JEDZe, jednak nie wynika z nich, aby dysponował co najmniej 2 osobami, które ukończyły szkolenie w zakresie pracy ze środkami chemicznymi zgodnie z rozporządzeniem Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi z dnia 8 maja 2013 roku w sprawie szkoleń w zakresie środków ochrony roślin (tekst jedn. Dz. U. z 2022 r. poz. 824) lub posiadającymi odpowiadające im uprawnienia wydane na podstawie poprzednio obowiązujących przepisów które uprawniają do pracy w kontakcie ze środkami ochrony roślin albo odpowiadające im uprawnienia wydane w innych Państwach Członkowskich Unii Europejskiej.

W Części IV lit. C pkt 2) JEDZów wskazano:

1) JEDZ Wykonawcy – ZULRIK Sp. z o.o.:

- 1 osoby - szkolenie dopuszczające do pracy pilarką, B. K. (ukończony kurs drwal - operator pilarki spalinowej - umowa o pracę,

- 2. 1 osoby - ukończone szkolenie w zakresie pracy ze środkami chemicznymi B. A. (ukończone szkolenie w zakresie pracy ze środkami chemicznymi - środki ochrony roślin) -umowa o pracę;

2) JEDZ p. Kr. B. - wspólnika spółki cywilnej Taste Factory s.c. udostępniającej zasoby Wykonawcy:

- P. P. (ukończony kurs drwal - operator pilarki spalinowej oraz operator maszyny leśnej -zaświadczenie kwalifikacyjne UDT) - umowa o pracę,

- B. A. (ukończone szkolenie w zakresie pracy ze środkami chemicznymi - środki ochrony roślin),

- B. K. (osoba nadzoru - ukończone technikum leśne z tytułem technik leśnik;

3) JEDZ p. A. B. – wspólnika spółki cywilnej Taste Factory s.c. udostępniającej zasoby Wykonawcy:

- P. P. (ukończony kurs drwal - operator pilarki spalinowej oraz operator maszyny leśnej -zaświadczenie kwalifikacyjne UDT) - umowa o pracę,

- B. A. (ukończone szkolenie w zakresie pracy ze środkami chemicznymi - środki ochrony roślin),

- B. K. (osoba nadzoru - ukończone technikum leśne z tytułem technik leśnik).

W JEDZach wskazano po kilka osób, jednak istotnym jest, że powtarzały się one i tak p. A. B. we wszystkich trzech JEDZach została wskazana jako osoba do wykonywania czynności ze środkami ochrony roślin, która ukończyła szkolenie w zakresie pracy ze środkami chemicznymi, a p. P. P. w dwóch JEDZach został wskazany jako operator pilarki spalinowej posiadający ukończony kurs drwala.

Reasumując powyższe, oceniając wskazane w JEDZach osoby w kontekście spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie osób skierowanych do realizacji zamówienia (tj. z pominięciem osoby nadzoru, operatora maszyny leśnej, którymi dysponowanie nie było wymagane w ramach warunku) wykazano spełnienie warunku w zakresie dysponowania co najmniej 2 osobami, które ukończyły z wynikiem pozytywnym szkolenie dopuszczające do pracy z pilarką zgodnie z § 21 rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 24 sierpnia 2006 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy przy wykonywaniu niektórych prac z zakresu gospodarki leśnej (Dz. U. z 2006 r. Nr 161, poz. 1141) lub posiadające odpowiadające im uprawnienia wydane na podstawie poprzednio obowiązujących przepisów albo odpowiadające im uprawnienia wydane w innych Państwach Członkowskich Unii Europejskiej. Istotnym jest, że Wykonawca zamiennie za 4

z wymaganych w warunku ww. osób wskazał, że dysponuje maszyną wielooperacyjną typu harwester. Nie wykazano natomiast spełnienia warunku w zakresie dysponowania co najmniej 2 osobami, które ukończyły szkolenie w zakresie pracy ze środkami chemicznymi zgodnie z rozporządzeniem Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi z dnia 8 maja 2013 roku w sprawie szkoleń w zakresie środków ochrony roślin (tekst jedn. Dz. U. z 2022 r. poz. 824) lub posiadającymi odpowiadające im uprawnienia wydane na podstawie poprzednio obowiązujących przepisów które uprawniają do pracy w kontakcie ze środkami ochrony roślin albo odpowiadające im uprawnienia wydane w innych Państwach Członkowskich Unii Europejskiej. W JEDZach wskazano bowiem tylko jedną osobę posiadającą ww. uprawnienia i jest nią pani A. B. .

Powyższe stanowi o tym, że Wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w odniesieniu do osób skierowanych do realizacji zamówienia.

W przedmiotowej sprawie należy wskazać na wynikającą z jednolitego orzecznictwa KIO możliwość wyłącznie jednokrotnego wzywania wykonawców do uzupełnienia danego dokumentu (zob.m.in. wyrok z 26 września 2016 r., o sygn. akt KIO 1648/16, KIO 1660/16, czy też wyrok z 15 marca 2016 r. o sygn. akt KIO 296/16). Jak wskazano powyżej, pismem z dnia 02 grudnia 2022 r. (przekazane Wykonawcy w dniu 04.12.2022) Zamawiający wezwał Wykonawcę do uzupełnienia JEDZ, a w piśmie tym zakomunikował Wykonawcy jak ocenił złożone dokumenty JEDZ, jakie błędy i braki w nich dostrzegł oraz w jakim zakresie konieczne jest uzupełnienie JEDZ. W wezwaniu przytoczone zostały odpowiednie fragmenty SWZ dotyczące treści warunku oraz konieczności podania informacji odnośnie osób skierowanych do realizacji zamówienia, związku z czym kolejna próba wezwania Wykonawcy do uzupełnienia JEDZ w tym zakresie prowadziłaby do ponownego umożliwienia Wykonawcy uzupełnienia informacji o osobach skierowanych do realizacji zamówienia, co byłoby sprzeczne ze treścią art. 128 ust. 1 Pzp.

W związku z tym, że Wykonawca był już wzywany, na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, do uzupełnienia JEDZ w zakresie informacji dotyczących osób skierowanych do realizacji zamówienia, nie może zostać ponownie wezwany do uzupełnienia informacji w tym zakresie, bowiem zasada jednokrotnego wezwania do uzupełnienia dokumentów dotyczy jednokrotności wezwania do uzupełnienia konkretnych treści w danym dokumencie czy oświadczeniu.

Jak podkreśliła KIO w wyroku z dnia 8 czerwca 2017 r. (sygn. akt KIO 888/17), skoro wykonawca nie składa dokumentów innych niż JEDZ, na danym etapie postępowania, to tym bardziej w JEDZ muszą być zawarte precyzyjnie wszystkie informacje, które zamawiający dotychczas mógł uzyskać z innych dokumentów składanych przez wykonawców wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia

publicznego. W związku z tym, informacje zawarte w JEDZ mają być na tyle szczegółowe, aby na przykład na ich podstawie zamawiający mógł stwierdzić czy dana dostawa/usługa/robota budowlana wskazana przez wykonawcę w celu wykazania potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu rzeczywiście miała taki zakres, jaki odpowiada ukształtowanym przez zamawiającego warunkom udziału w postępowaniu. Zatem odformalizowanie postępowania nie polega na tym, że nie podaje się informacji, bądź podaje się jakiekolwiek informacje lecz na tym polega odformalizowanie procedury, że na etapie składania JEDZ wykonawca zobowiązany jest do jasnego, precyzyjnego przedstawienia informacji, których ocena pozwoli na sprawdzenie zdolności wykonawcy i spełnienia przez niego warunków, a nie musi wykonawca na tym etapie postępowania składać dużej liczby dokumentów. Nie zmienia się bowiem sposób oceny i weryfikacji zdolności wykonawców, wszyscy muszą wykazać się spełnieniem warunków oraz w tym zakresie przedstawić stosowne zobowiązania w JEDZ, czyli JEDZ jest dokumentem kategorycznym jeżeli chodzi o wagę oświadczeń i informacji jakie wykonawca przedstawia za jego pomocą.

Powyższej opisane okoliczności stanowią o konieczności odrzucenia oferty Wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp, ponieważ nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w odniesieniu do osób skierowanych do realizacji zamówienia.

Pismem z dnia 10 stycznia 2023 r. Zamawiający zawiadomił Odwołującego o zatrzymaniu wadium wniesionego w Pakiecie II w kwocie 37.000 zł, w formie gwarancji ubezpieczeniowej na podstawie art. 98 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp.

Zamawiający wskazał, że Wykonawca, w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia JEDZ z dnia 02 grudnia 2022 r., przekazane Wykonawcy w dniu 04 grudnia 2022, skierowane do niego na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm. – dalej jako „PZP") uzupełnił JEDZ, jednak nie wynikało z niego aby spełnił warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej w odniesieniu do osób skierowanych do realizacji zamówienia tj. aby dysponował co najmniej 2 osobami, które ukończyły szkolenie w zakresie pracy ze środkami chemicznymi zgodnie z rozporządzeniem Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi z dnia 8 maja 2013 roku w sprawie szkoleń w zakresie środków ochrony roślin (tekst jedn. Dz. U. z 2022 r. poz. 824) lub posiadającymi odpowiadające im uprawnienia wydane na podstawie poprzednio obowiązujących przepisów które uprawniają do pracy w kontakcie ze środkami ochrony roślin albo odpowiadające im uprawnienia wydane w innych Państwach Członkowskich Unii Europejskiej. W JEDZach wskazano tylko jedną osobę posiadającą ww. uprawnienia i jest nią pani A. B. .

Wykonawca, mimo iż wspólnik i członek zarządu jego spółki oraz jednocześnie jedna z osób udostępniających Wykonawcy zasoby na potrzeby spełniania warunków udziału w postępowaniu tj. wspólnik spółki cywilnej udostępniającej zasoby Taste Factory s.c. – p. K. B. ukończył szkolenie w zakresie pracy ze środkami chemicznymi zgodnie z rozporządzeniem Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi z dnia 8 maja 2013 roku w sprawie szkoleń w zakresie środków ochrony roślin (tekst jedn. Dz. U. z 2022 r. poz. 824), nie powołał się na tę okoliczność w uzupełnionym JEDZ, wskazując ww. osobę jako osobę nadzoru, która ukończyła technikum leśne z tytułem technik leśnik (chociaż takowa nie była wymagana w ramach warunku) oraz jako osobę, która ukończyła z wynikiem pozytywnym szkolenie dopuszczające do pracy z pilarką zgodnie z § 21 rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 24 sierpnia 2006 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy przy wykonywaniu niektórych prac z zakresu gospodarki leśnej (Dz. U. z 2006 r. Nr 161, poz. 1141).

W SWZ nigdzie nie ustanowiono zakazu łączenia funkcji i wskazywania celem wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu osób, które łącznie mają kilka uprawnień (kwalifikacji) wskazanych w tym warunku, także przepisy prawa nie zawierają w tym zakresie żadnych ograniczeń. Dodatkowo Zamawiający w zakresie osób, które ukończyły szkolenie w zakresie pracy ze środkami chemicznymi zgodnie z rozporządzeniem Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi z dnia 8 maja 2013 r. w sprawie szkoleń w zakresie środków ochrony roślin (tekst jedn. Dz. U. z 2022 r. poz. 824) lub posiadających odpowiadające im uprawnienia wydane na podstawie poprzednio obowiązujących przepisów które uprawniają do pracy w kontakcie ze środkami ochrony roślin albo odpowiadające im uprawnienia wydane w innych Państwach Członkowskich Unii Europejskiej, w pkt 7.3. SWZ dopuścił możliwość wykazywania tej samej osoby w więcej niż jednym Pakiecie.

Zamawiający powziął wiedzę o ukończeniu przez p. K. B. ww. szkolenia w zakresie pracy ze środkami chemicznymi z JEDZ złożonego w niniejszym postępowaniu na Pakiet III.

Wykonawca miał zatem realną i obiektywną możliwość prawidłowego uzupełnienia JEDZ i wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej w odniesieniu do osób skierowanych do realizacji, ale tego nie uczynił z przyczyn leżących po jego stronie. Co więcej wykazanie spełniania warunku w tym zakresie nie wymagało od wykonawcy podjęcia żadnych działań związanych z poszukiwaniem osoby, przy pomocy której wykaże jego spełnienie, a jedynie wskazania w JEDZ wspólnika i członka zarządu spółki Wykonawcy, który ukończył szkolenie zakresie pracy ze środkami chemicznymi.

Konsekwencją nieuzupełnienia JEDZ w sposób pozwalający na uznanie, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, w odpowiedzi na wezwanie z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp jest zatrzymanie wadium na podstawie art. 98 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp.

Wskazuje się, że przywołana przesłanka zatrzymania wadium nie dotyczy jedynie sytuacji, w której wykonawca w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów (oświadczeń) w ogóle nie złoży dokumentów lub oświadczeń wykazując się całkowitą bezczynnością i biernością, ale odnosi się także do sytuacji, gdy wykonawca składa dokument (oświadczenie), z którego jednak nie wynika spełnienie warunków udziału w postępowaniu lub spełnienia przez oferowane przez niego dostawy (usługi, lub roboty budowlane) wymagań określonych przez zamawiającego. Zaprezentowane stanowisko zostało sformułowane w oparciu o orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 22 czerwca 2017 r. (sygn. akt III CZP 27/17).

Wykonawca, który zamierza uczestniczyć w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zapoznaje się z warunkami uczestnictwa i powinien dokładać należytej staranności na wszystkich etapach tego postępowania oraz adekwatnie reagować na kolejno ujawniające się okoliczności, które mogą stanąć na przeszkodzie uzyskaniu zamówienia. Oferent, przystępując do przetargu o zamówienie publiczne, akceptuje nie tylko obowiązek wniesienia wadium, ale również ustawowe warunki utraty prawa do żądania jego zwrotu.

<u>Dotyczy Pakietu III:</u>

Pismem z dnia 10 stycznia 2023 r. Zamawiający zawiadomił o odrzuceniu oferty ZULRIK na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp oraz wyborze oferty p. S. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: „S. B. Zakład Usługowo – Handlowy".

Odnośnie odrzucenia oferty wykonawcy ZULRIK Zamawiający wskazał, że:

Zgodnie ze sformułowanym w SWZ warunkiem udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w odniesieniu do doświadczenia Zamawiający wskazał, że uzna ten warunek za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że

w okresie ostatnich 3 lat liczonych wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie):

„zrealizował lub realizuje (przy czym w tym przypadku będzie uwzględniana wartość zrealizowanej części przedmiotu umowy), na podstawie jednej lub większej ilości umów, usługi z zakresu gospodarki leśnej o łącznej wartości nie mniejszej niż 967.000,00 zł brutto polegające na wykonywaniu prac obejmujących pozyskanie i zrywkę drewna oraz zagospodarowanie lasu (…)".

Celem potwierdzenia spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu wykonawca obowiązany był w Części IV lit. C pkt (1b) JEDZ podać informacje nt. usług zrealizowanych lub realizowanych (przy czym w tym przypadku będzie uwzględniana wartość zrealizowanej części przedmiotu umowy) w okresie ostatnich 3 lat liczonych wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) z zakresu gospodarki leśnej o łącznej wartości nie mniejszej niż 967.000,00 zł

brutto, polegających na wykonywaniu prac obejmujących pozyskanie i zrywkę drewna oraz zagospodarowanie lasu.

W ww. części JEDZ, zgodnie z SWZ, wykonawca obowiązany był 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.

Wykonawca w JEDZ złożonym wraz z ofertą w Części IV lit. C pkt (1b) wskazał jedynie, że wykonał prace z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Bytów na kwotę pow. 967 tys. zł na rzecz Skarbu Państwa Państwowego Gospodarstwa Leśnego Lasy Państwowe Nadleśnictwa Bytów.

Opis doświadczenia dokonany przez wykonawcę w Części IV lit. C pkt (1b) JEDZ był niezgodny z SWZ (niepełny), a na jego podstawie Zamawiający nie mógł uznać, że Wykonawca spełnił warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w odniesieniu do doświadczenia, w związku z czym dnia 04 grudnia 2022 r. na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp został wezwany do uzupełnienia JEDZ w ww. zakresie (tj. terminów wykonania usługi, informacji o konkretnej wartości usług brutto oraz informacji nt. rodzaju wykonanych usług, ponieważ wykonawca wskazał jedynie ogólny zakres usług wykonanych w ramach doświadczenia jako „prace z zakresu gospodarki leśnej", podczas gdy w ramach warunku wymagane było wykazanie się usługami z zakresu gospodarki leśnej polegających na wykonywaniu prac obejmujących pozyskanie i zrywkę drewna oraz zagospodarowanie lasu).

Wykonawca uzupełnił JEDZ, a w Części IV lit. C pkt (1b) uzupełnionego JEDZ wskazał, że wykonał na rzecz Nadl. Bytów prace z zakresu gospodarki leśnej o kwocie powyżej 967 tys. zł brutto na łączną kwotę 1.537.575,46 zł, w tym:

1) Prace z zakresu gospodarki leśnej (hodowli i ochrony lasu, ochrony przeciwpożarowej, pozyskania i zrywki drewna, utrzymania obiektów infrastruktury leśnej, gospodarki łąkowo-rolnej, ubocznego użytkowania lasu) na terenie Nadleśnictwa Bytów na kwotę 836 732,02 zł w okresie od 11.01.2022 r. do 30.09.2022 r.

2) Prace z zakresu pozyskania i zrywki drewna na terenie Nadleśnictwa Bytów:

- na kwotę 434 197,33 zł w okresie od 23.03.2022 r. do 30.09.2022 r.

- na kwotę 179 024,26 zł w okresie od 28.06.2022 r. do 30.09.2022 r.

- na kwotę 87 621,85 zł w okresie od 22.08.2022 r. do 30.09.2022 r.,

jednak na podstawie trzech z ww. umów opisanych w pkt 2) powyżej (zawartych odpowiednio dnia 23.03.2022 r., 28.06.2022 r, oraz 22.08.2022 r.) wykonawca wykonał jedynie prace z zakresu pozyskania i zrywki drewna. Z opisu doświadczenia zdobytego w ramach ww. umów nie wynika, aby obejmowało ono swoim zakresem także zagospodarowanie lasu. Usług tych nie można brać pod uwagę przy ocenie spełniania 19

warunku udziału w postępowaniu, ponieważ nie odpowiadają swoim zakresem usługom wymaganym w ramach warunku.

Wykonawca nie wykazał zatem spełnienia warunku w zakresie doświadczenia. Istotnym jest, że doświadczenie każdorazowo powinno obejmować usługi z zakresu gospodarki leśnej polegające na wykonywaniu prac obejmujących (łącznie) zagospodarowanie lasu, zrywkę i pozyskanie drewna. Zatem wszystkie te czynności muszą być wykonane w ramach jednej umowy (usługi).

Wykonawca wykazał jedynie, że wykonał usługi z zakresu gospodarki leśnej polegające na wykonywaniu prac obejmujących pozyskanie i zrywkę drewna oraz zagospodarowanie lasu o wartości 836 732,02 zł brutto, podczas gdy w warunku wymagana była kwota 967.000,00 zł brutto. Powyższe stanowi o tym, że Wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w odniesieniu do doświadczenia. (…)

W związku z tym, że Wykonawca był już wzywany, na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, do uzupełnienia JEDZ w zakresie informacji dotyczących doświadczenia, nie może zostać ponownie wezwany do uzupełnienia informacji w tym zakresie, bowiem zasada jednokrotnego wezwania do uzupełnienia dokumentów dotyczy jednokrotności wezwania do uzupełnienia konkretnych treści w danym dokumencie czy oświadczeniu. (…)

Powyższej opisane okoliczności stanowią o konieczności odrzucenia oferty Wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt

2 lit. b) ustawy Pzp, ponieważ nie wykazał on spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w odniesieniu do doświadczenia.

Pismem z dnia 10 stycznia 2023 r. Zamawiający zawiadomił Odwołującego o zatrzymaniu wadium wniesionego w Pakiecie III w kwocie 35.000 zł, w formie gwarancji ubezpieczeniowej na podstawie art. 98 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp.

Zamawiający wskazał, że Wykonawca, w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia JEDZ z dnia 02 grudnia 2022 r. skierowane do niego na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm. – dalej jako „PZP") uzupełnił JEDZ, jednak nie wynikało z niego aby spełnił warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w odniesieniu do doświadczenia tj. aby zrealizował, na podstawie jednej lub większej ilości umów, usługi z zakresu gospodarki leśnej o łącznej wartości nie mniejszej niż 967.000,00 zł brutto polegające na wykonywaniu prac obejmujących pozyskanie i zrywkę drewna oraz zagospodarowanie lasu.

Na podstawie uzupełnionego JEDZ można jedynie uznać, że Wykonawca zrealizował prace z zakresu gospodarki leśnej o wartości 836.732,02 zł brutto polegające na wykonywaniu prac obejmujących pozyskanie i zrywkę drewna oraz zagospodarowanie lasu

(na rzecz Nadl. Bytów w okresie od 11.01.2022 r. do 30.09.2022 r.). Wartość ta nie odpowiada wartości usług wskazanej w warunku określonym w SWZ. Wykonawca wskazał w JEDZ także inne usługi, jednak z ich opisu nie wynikało, aby obejmowały ono swoim zakresem także zagospodarowanie lasu. Usług tych nie należało brać pod uwagę przy ocenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, ponieważ nie odpowiadają swoim zakresem usługom wymaganym w ramach warunku udziału w postępowania.

Wykonawca, mimo iż corocznie realizuje liczne zamówienia z zakresu usług leśnych na rzecz wielu zamawiających (w tym obejmujące pozyskanie i zrywkę drewna oraz zagospodarowanie lasu), w tym na rzecz Zamawiającego - Nadl. Dretyń (np. w roku 2022 wykonawca zrealizował na rzecz Zamawiającego 5 (słownie: pięć) usług z zakresu gospodarki leśnej o wartości 1.700.469,13 brutto polegające na wykonywaniu prac obejmujących pozyskanie i zrywkę drewna oraz zagospodarowanie lasu), a w wezwaniu do uzupełnienia JEDZ Zamawiający wprost wskazał, że cyt. „wykonawca wskazał jedynie ogólny zakres usług wykonanych w ramach doświadczenia jako „prace z zakresu gospodarki leśnej", podczas gdy w ramach warunku wymagane było wykazanie się usługami z zakresu gospodarki leśnej polegających na wykonywaniu prac obejmujących pozyskanie i zrywkę drewna oraz zagospodarowanie lasu. Z opisu doświadczenia nie wynika bowiem, aby wykonawca zrealizował prace z zakresu gospodarki leśnej obejmujące pozyskanie i zrywkę drewna oraz zagospodarowanie lasu.", nie uzupełnił JEDZ o usługi odpowiadające swoim zakresem warunkowi sformułowanemu w SWZ.

Wykonawca miał zatem realną i obiektywną możliwość prawidłowego uzupełnienia JEDZ i wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w odniesieniu do doświadczenia, jednak tego nie uczynił.

Konsekwencją nieuzupełnienia JEDZ w sposób pozwalający na uznanie, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, w odpowiedzi na wezwanie z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp jest zatrzymanie wadium na podstawie art. 98 ust. 6 pkt 1 ustaw Pzp.

Zamawiający przywołał stanowisko SN w uchwale z dnia 22 czerwca 2017 r. sygn. akt: III CZP 27/17.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

W ocenie Izby w okolicznościach przedmiotowej sprawy zasadne jest przedstawienie uwag natury ogólnej właściwych dla zarzutów dotyczących obu Pakietów, w których oferty Odwołującego zostały odrzucone na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp.

Nie wykazuje zasadności zarzutów argumentacja Odwołującego, iż „Wykonawca nie spodziewał się bowiem, że Zamawiający będzie wymagał określenia osób skierowanych do

realizacji zamówienia już na etapie JEDZ składanego wraz z ofertą, skoro i tak musi zweryfikować dokument podmiotowy taki jak np. wykaz osób na dalszym etapie".

W kontekście powyższego wskazać należy, iż wykonawca, który zamierza uczestniczyć w postępowaniu o udzielenie zamówienia zapoznaje się z warunkami zamówienia i powinien dokładać należytej staranności na wszystkich jego etapach oraz adekwatnie reagować na okoliczności, które mogą stanąć na przeszkodzie w uzyskaniu zamówienia. Odwołujący przystępując do niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia, zapoznał się z dokumentami zamówienia i powinien mieć świadomość wymogów Zamawiającego co do sposobu wypełnienia JEDZ oraz oczekiwanego zakresu informacji, szczegółowo opisanego w rozdziale 9 SWZ, który miał umożliwić Zamawiającemu weryfikację, czy wykonawcy spełniają warunki udziału w postępowaniu.

Ponadto jak wskazał Zamawiający w piśmie z dnia 1 lutego 2022 r. przedstawienie szczegółowego opisu osób skierowanych do realizacji zamówienia miało dodatkowo na celu umożliwić Zamawiającemu skorzystanie z dyspozycji art. 127 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp (powtórzonego w pkt 9.24 SWZ) i odstąpienie od żądania od wykonawców składania wykazów osób na dalszym etapie postępowania. W związku z tym, że treść podmiotowych środków dowodowych jakimi

są wykaz usług, wykaz urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego oraz wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia odpowiadała zakresowi informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający dokonując weryfikacji podmiotowej wykonawcy, działając zgodnie z ww. przepisem, nie mógłby wezwać go do złożenia ww. podmiotowych środków dowodowych.

Jedynie dla porządku, bowiem Odwołujący nie polemizował z wiążącymi go zasadami wynikającymi ze specyfikacji, Izba wskazuje, iż celem potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej odnośnie potencjału osobowego Zamawiający oczekiwał, aby wykonawca we właściwej części JEDZ podał informacje nt. danych personalnych (imię i nazwisko) osób skierowanych do realizacji zamówienia, zakresu wykonywanych przez nich czynności, posiadanych kwalifikacji zawodowych, uprawnień (jeżeli są wymagane) oraz podstawy dysponowania. Podania konkretnego zakresu informacji w oświadczeniu wstępnym Zamawiający oczekiwał także w celu wykazania warunku dotyczącego doświadczenia wykonawcy.

W świetle powyższych zasad ustalonych przez gospodarza postępowania obowiązkiem Odwołującego było staranne wypełnienie dokumentu JEDZ już na moment złożenia oferty w taki sposób, aby zakres podanych przez Wykonawcę informacji potwierdzał, że określone w dokumentach zamówienia warunki udziału w postępowaniu Wykonawca spełnia. Szczególnej staranności i uwagi wykonawca powinien dołożyć podczas uzupełniania czy też poprawiania błędów dostrzeżonych przez Zamawiającego w złożonych

wraz z ofertą jednolitych dokumentach, bowiem skorzystanie przez Zamawiającego z instytucji określonej art. 128 ust. 1 ustawy Pzp co do zasady ma charakter jednokrotny. Tym samym błędy popełnione przez Wykonawcę na etapie uzupełniania czy też poprawiania JEDZ obciążają samego Wykonawcę. Warto przy tym wskazać, iż nie jest dopuszczalne obejście zasady jednokrotnego wezwania wykonawcy do uzupełnienia czy też poprawienia danego dokumentu instytucją wyjaśnień, o której mowa w art. 128 ust. 4 ustawy Pzp.

Nie przekonuje także argument, że „Wykonawca sugerował się informacją, że osoby, które wskazuje mogą się zmienić jeżeli będą spełniały warunki wymagane przez Zamawiającego.", bowiem postanowienia dotyczące zmiany osób skierowanych do realizacji zamówienia dotyczą etapu realizacji umowy, a nie postępowania o udzielenie zamówienia. Tym samym przewidziana przez Zamawiającego na etapie wykonania umowy możliwość zmiany personelu nie zwalniała Odwołującego z należytego wypełnienia dokumentu JEDZ zgodnie z wymogami specyfikacji.

Uchybień Odwołującego popełnionych w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w Pakiecie II i III przy wypełnieniu oraz uzupełnieniu jednolitych dokumentów zamówienia nie usprawiedliwiają także czynności podejmowane przez zamawiających w innych postępowaniach o zamówienie publiczne, na które powoływał się Wykonawca (wezwanie do wyjaśnień czy uzupełnień dokumentów). Zadaniem Izby jest ocena legalności czynności/zaniechań zamawiającego podejmowanych w konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy wnoszone odwołanie. Tym samym ewentualne uchybienia popełnione w innych postępowaniach o zamówienie publiczne pozostają poza oceną prawną Izby. Z powyższych przyczyn za irrelewantne dla sprawy Izba uznała dowody Odwołującego nr 4 i 5 referujące do innych postępowań o zamówienia publiczne.

Nie znalazła aprobaty Izby argumentacja Odwołującego, który w zakresie odrzucenia oferty z obu Pakietów przywołał zasadę in dubio contra proferentem. Wskazać należy, iż w okolicznościach przedmiotowej sprawy przywołana wyżej zasada nie znajduje zastosowania, bowiem treść warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej odnośnie potencjału osobowego w Pakiecie II oraz doświadczenia wykonawcy w Pakiecie III nie budziła wątpliwości, skoro żaden z wykonawców nie zwrócił się do Zamawiającego o wyjaśnienie treści SWZ w tym zakresie. Za stanowiskiem Sądu Najwyższego wyrażonym w wyroku z dnia 5 czerwca 2014 r. sygn. akt: IV CSK 626/2013, opartym na przepisach wcześniejszej ustawy Pzp, ale wciąż aktualnym wskazać należy, że w świetle wątpliwości występujących po stronie wykonawcy,ZamPublU stanowi w związku zKC nie tylko uprawnienie, ale także obowiązek wykonawcy zwrócenia się do zamawiającego o wyjaśnienie treści SIWZ; zaniechanie tej powinności może być podstawą zarzucenia wykonawcy

niedochowania należytej staranności wymaganej od przedsiębiorcy przezKC. W okolicznościach niniejszej sprawy Odwołujący nie skorzystał ze swojego uprawnienia, ale i obowiązku, bowiem nie zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści specyfikacji. Tym samym argumentację dotyczącą niejasnych postanowień SWZ Izba uznała za niewiarygodną, zwłaszcza że Odwołujący nie przedstawił w odwołaniu własnego rozumienia kwestionowanych warunków udziału w postępowaniu w zakresie personelu oraz doświadczenia wykonawcy.

Zdaniem Izby powstały między Stronami spór w zasadniczej mierze jest wynikiem braku dołożenia należytej staranności przez Odwołującego i podmioty udostępniające zasoby na etapie analizy wymogów Zamawiającego wyrażonych w dokumentach zamówienia w zakresie warunków udziału w postępowaniu, przyjęcia błędnych założeń usprawiedliwiających lakoniczne wypełnienie jednolitych dokumentów zamówienia, jak również niedochowania staranności podczas wypełniania JEDZ na moment składania oferty, a następnie na etapie wezwania do jego uzupełnienia i poprawienia. Trafnie argumentował Zamawiający, iż nie składając kompletu wymaganych w treści JEDZ oświadczeń (które Zamawiający precyzyjnie wskazał w treści SWZ), Odwołujący sam pozbawił się możliwości ich późniejszego uzupełnienia czy poprawienia na wypadek, gdyby okazały się błędne. Gdyby Odwołujący i podmioty udostępniające zasoby składając przy złożeniu oferty wypełnili JEDZ w Części IV lit. C pkt 1b, 2 oraz 9 zgodnie z SWZ, to ich dalsze pomyłki nie niosłyby za sobą tak dalekich konsekwencji jak odrzucenie oferty Odwołującego, a Odwołujący miałby szansę na uzupełnienie niekompletnego lub nieprawidłowego oświadczenia. Odwołujący składając z ofertą JEDZ zawierające jedynie ogólnie informacje co do spełniania warunków udziału w postępowaniu sam pozbawił się możliwości eliminacji popełnionych błędów w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia.

Zarzut dotyczący Pakietu II

Nie potwierdziły się zarzuty naruszenia art. 128 ust. 4 ustawy Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp dotyczące niezasadnego odrzucenia oferty Odwołującego z Pakietu II, niepoprzedzonego wezwaniem Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego potencjału kadrowego, tj. legitymowania się co najmniej 2 osobami, które ukończyły szkolenie w zakresie pracy ze środkami chemicznymi zgodnie z rozporządzeniem Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi z dnia 8 maja 2013 roku w sprawie szkoleń w zakresie środków ochrony roślin (tekst jedn. Dz. U. z 2022 r. poz. 824).

Izba odniesie się do ww. zarzutów łącznie, bowiem zostały oparte na wspólnych i powiązanych okolicznościach faktycznych.

Zgodnie z art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu. Stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Przedmiotem sporu było rozstrzygnięcie, czy Zamawiający prawidłowo zweryfikował, że Odwołujący nie wykazał warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie potencjału osobowego opisanego w punkcie 7.1 ppkt 4 lit. c) SWZ.

W ocenie Izby czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp była prawidłowa, bowiem Wykonawca nie wykazał, że spełnia powyższy warunek udziału w postępowaniu.

Poza sporem było, że zgodnie z warunkami udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w ramach Pakietu II wykonawca obowiązany był wykazać, że dysponuje lub będzie dysponował co najmniej 2 osobami, które ukończyły szkolenie w zakresie pracy ze środkami chemicznymi zgodnie z rozporządzeniem Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi z dnia 8 maja 2013 roku w sprawie szkoleń w zakresie środków ochrony roślin (tekst jedn. Dz. U. z 2022 r. poz. 824) lub posiadające odpowiadające im uprawnienia wydane na podstawie poprzednio obowiązujących przepisów które uprawniają do pracy w kontakcie ze środkami ochrony roślin albo odpowiadające im uprawnienia wydane w innych Państwach Członkowskich Unii Europejskiej. W uzupełnionych na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp z dnia 15 grudnia 2022 r. oświadczeniach JEDZ Odwołującego oraz JEDZ wspólników spółki cywilnej Taste Factory s.c. p. K. B. oraz p. A. B. udostępniającej zasoby Odwołującemu - jako osobę dedykowaną do wykonywania czynności ze środkami ochrony roślin, która ukończyła stosowne szkolenie, wskazano p. A. B. (w każdym JEDZ). Ponadto w dwóch dokumentach JEDZ Wykonawca wskazał p. P. P. jako operatora pilarki spalinowej posiadającego ukończony kurs drwala oraz w trzech dokumentach JEDZ p. K. B., w tym w JEDZ Odwołującego jako osobę z ukończonym kursem drwala do pełnienia funkcji operatora pilarki, a w JEDZ podmiotu trzeciego jako osobę nadzoru, mimo że Zamawiający nie postawił warunku w tym zakresie. Co istotne, ze złożonych dokumentów nie wynikało przy tym, że p. A. B. wskazana w JEDZ Odwołującego oraz p. A. B. wskazana w JEDZ podmiotu trzeciego to dwie inne osoby o takim samym imieniu i nazwisku. Analogicznie, żadnego zastrzeżenia czy adnotacji nie poczyniono w przypadku p. K. B. czy p. P. P., którzy również zostali kilkukrotnie wskazani w jednolitych dokumentach. Także podstawa dysponowania osobą o imieniu i nazwisku A. B. wskazaną w JEDZ nie stanowi argumentu na poparcie twierdzenia, że są dwie osoby o ww.

imieniu i nazwisku. Dopiero w toku rozprawy przed Izbą Odwołujący oświadczył, że p. A. B. podana w JEDZ podmiotów trzecich to żona p. K. B. (prezesa zarządu ZULRIK Sp. z o.o. oraz wspólnika spółki cywilnej Taste Factory s.c.), z kolei p. A. B. podana w JEDZ Odwołującego to kuzynka p. K. B. . Podkreślenia jednak wymaga, iż na obecnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia, wobec braku jakichkolwiek adnotacji, nie jest możliwe odtworzenie w sposób pewny intencji Odwołującego oraz podmiotów trzecich przy wypełnieniu JEDZ w zakresie potencjału kadrowego dotyczącego osoby posiadającej ukończone szkolenie w zakresie środków ochrony roślin.

Oceniając zatem wskazane w dokumentach JEDZ osoby w kontekście spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego potencjału kadrowego brak było podstaw do przyjęcia, że w przypadku p. A. B. mamy do czynienia z różnymi osobami o takim samym imieniu i nazwisku. Podany przez Odwołującego oraz podmioty trzecie w jednolitych dokumentach zamówienia zakres informacji niezbędny do oceny spełnienia warunku podmiotowego nie wskazywał na taki stan rzeczy. Jak już podkreślano powyżej, to zadaniem wykonawcy jest wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w oczekiwanym przez zamawiającego zakresie, w tym podanie takiego zakresu informacji, który w sposób jednoznaczny i niewątpliwy umożliwi weryfikację sytuacji podmiotowej wykonawcy. Co więcej, zauważyć należy, iż na podstawie dotychczasowej współpracy z Odwołującym oraz wspólnikami spółki cywilnej Taste Factory s.c., p. A. B. była znana Zamawiającemu jako osoba świadcząca usługi objęte przedmiotem niniejszego postępowania. Tym samym na gruncie zaistniałego stanu faktycznego brak było podstaw do uznania, iż Zamawiający winien powziąć wątpliwości co do treści złożonych przez Odwołującego i podmioty trzecie oświadczeń, o których mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp i wezwać Wykonawcę do złożenia stosownych wyjaśnień. Wskazać należy, iż art. 128 ust. 4 ustawy Pzp ma zastosowanie, w sytuacji gdy zamawiający na podstawie uzyskanych od wykonawcy oświadczeń nie jest w stanie jednoznacznie ustalić, czy wykonawca spełnia warunki udziału postępowaniu. Skierowanie wezwania do wyjaśnień jest więc narzędziem służącym rozwianiu wątpliwości zamawiającego w tym zakresie. Nie można tracić z oczu, że celem omawianej instytucji jest umożliwienie zamawiającemu należyte zbadanie sytuacji podmiotowej wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia, tym samym jeśli po stronie zamawiającego powstaną wątpliwości co do spełnienia warunku udziału w postępowaniu, to zamawiający powinien wszcząć procedurę określoną art. 128 ust. 4 ustawy Pzp. A contrario, w sytuacji gdy zamawiający dysponuje wystarczającym zakresem informacji umożliwiającym ocenę dokumentów

złożonych przez wykonawcę, brak jest podstaw, aby wezwać wykonawcę do wyjaśnień. W tym miejscu warto również podkreślić, iż Odwołujący w prezentowanym stanowisku nie odniósł się do informacji podanych w JEDZ dotyczących p. A. B., które w jego ocenie, winny wywołać u Zamawiającego wątpliwości co

do okoliczności, iż p. A. B. wskazana w JEDZ Odwołującego oraz p. A. B. wskazana w JEDZ podmiotach trzecich to inne osoby, obie przy tym posiadające wymagane uprawnienia w zakresie środków ochrony roślin.

Niezależnie od powyższego oceny Izby nie zmienia złożone do akt sprawy zaświadczenie o ukończeniu kursu z zakresu stosowania środków ochrony roślin z użyciem opryskiwaczy przez p. A. B. - kuzynkę p. K. B. wskazaną – zgodnie z oświadczeniem złożonym w toku rozprawy – w JEDZ Odwołującego. Jak podniósł Zamawiający w toku rozprawy rzeczone zaświadczenie zostało wydane przez Niepubliczną Placówkę Kształcenia Ustawicznego w Poznaniu, tj. podmiot nieposiadający stosownego wpisu do rejestru podmiotów w zakresie prowadzenia szkoleń w zakresie środków ochrony roślin (por. art. 67 i 70 ustawy z dnia 8 marca 2013 r. o środkach ochrony roślin Dz. U. z 2020 r. poz. 2097), który obowiązany jest spełniać szczegółowe warunki prowadzenia działalności w powyższym zakresie uregulowane rozporządzeniem Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi w sprawie szkoleń w zakresie środków ochrony roślin (Dz. U z 2022 r. poz. 824) zgodnie z postawionym warunkiem w dokumentach zamówienia. Tym samym gdyby nawet przyjąć – co nie znajduje aprobaty Izby mając na uwadze brzmienie złożonych i uzupełnionych JEDZ Odwołującego oraz podmiotów trzecich – że p. A. B. podana w jednolitym dokumencie Odwołującego oraz p. A. B. wskazana w jednolitych dokumentach podmiotów trzecich – to dwie inne osoby, to nie zostało wykazane, że kuzynka p. K. B. ukończyła szkolenie w zakresie pracy ze środkami chemicznymi zgodnie z rozporządzeniem Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi z dnia 8 maja 2013 roku w sprawie szkoleń w zakresie środków ochrony roślin (tekst jedn. Dz. U. z 2022 r. poz. 824), jak oczekiwał tego Zamawiający. Argumenty Odwołującego podnoszone w toku rozprawy jakoby omawiany warunek udziału w postępowaniu miał charakter iluzoryczny, czy też że Odwołujący w innych postępowaniach o zamówienia publiczne posługiwał się zaświadczeniami wystawionymi przez placówkę z Poznania należało uznać irrelewantne dla wyniku sprawy.

Za bez znaczenia Izba uznała dowody nr 3 – 9 złożone przez Zamawiającego, bowiem okoliczność, iż w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonych przez nadleśnictwa Odwołujący oraz podmioty udostępniające mu zasoby nie wykazywali osoby skierowanej do realizacji zamówienia o imieniu i nazwisku p. A. B. albo wykazywali tylko jedną taką osobę (co potwierdza numer zaświadczenia o ukończeniu szkolenia), nie oznacza, że w przedmiotowym postępowaniu Wykonawca nie zamierzał skierować do jego realizacji dwóch osób o takim samym imieniu i nazwisku, jednakże jak już wskazano powyżej nie znajduje to potwierdzenia w złożonych dokumentach.

W świetle powyższego stwierdzić należy, iż złożone przez Odwołującego oświadczenia JEDZ nie potwierdzały, że Wykonawca spełnia warunek udziału

w postępowaniu w zakresie dysponowania co najmniej 2 osobami, które ukończyły szkolenie w zakresie pracy ze środkami chemicznymi. W związku z tym, że Odwołujący był już wzywany, na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, do uzupełnienia JEDZ w zakresie informacji dotyczących osób skierowanych do realizacji zamówienia, nie może zostać ponownie wezwany do uzupełnienia informacji w tym zakresie, bowiem zasada jednokrotnego wezwania do uzupełnienia dokumentów dotyczy jednokrotności wezwania do uzupełnienia konkretnych treści w danym dokumencie czy oświadczeniu. Jednocześnie w okolicznościach przedmiotowej sprawy, z przyczyn omówionych powyżej, brak było podstaw do zastosowania art. 128 ust. 4 ustawy Pzp. Tym samym oferta Odwołującego podlegała odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp.

<u>Zarzut dotyczący Pakietu III</u>

Nie zasługiwał na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp przez bezpodstawne uznanie, że Odwołujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w punkcie 7.1 ppkt 4 lit. a ppkt III SWZ.

W ocenie Izby Zamawiający prawidłowo zbadał sytuację podmiotową Odwołującego, który nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w odniesieniu do doświadczenia.

Kluczowa dla zrozumienia przedmiotu sporu jest wykładnia postawionego warunku udziału w postępowaniu, zgodnie z którym zostanie on uznany za spełniony, jeśli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat liczonych wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie): zrealizował lub realizuje (przy czym w tym przypadku będzie uwzględniana wartość zrealizowanej części przedmiotu umowy), na podstawie jednej lub większej ilości umów, usługi z zakresu gospodarki leśnej o łącznej wartości nie mniejszej niż 967.000,00 zł brutto polegające na wykonywaniu prac obejmujących pozyskanie i zrywkę drewna oraz zagospodarowanie lasu (…).

Z treści warunku wynika zatem, że usługi z zakresu gospodarki leśnej miały polegać na wykonywaniu prac obejmujących trzy elementy, tj. pozyskanie i zrywkę drewna oraz zagospodarowanie lasu, przy czym bez znaczenia pozostawała wartość składowa poszczególnych rodzajowo usług. Jednocześnie dopuszczona przez Zamawiającego możliwość sumowania dotyczyła wartości kilku umów obejmujących każdorazowo ww. elementy składowe usługi z zakresu gospodarki leśnej, nie zaś łączenia w ramach kilku umów poszczególnych rodzajowo czynności. Lektura warunku udziału w postępowaniu prowadzi do wniosku, że Zamawiający sformułował w specyfikacji warunków zamówienia

niejako definicję „usług z zakresu gospodarki leśnej”, które miały obejmować ww. trzy elementy w ramach poszczególnej umowy.

Trafnie wyjaśnił w piśmie z dnia 1 lutego 2023 r. Zamawiający, że: »Gdyby intencją Zamawiającego było, aby wykonawcy

mogli wykazywać się także kilkoma umowami, z których każda obejmowałaby jedną lub dwie z trzech czynności wymaganych w ramach warunku, byleby wykazali się wykonaniem każdej z tych czynności, czy to razem czy osobno, dałby temu wyraz w SWZ, chociażby poprzez użycie zamiast spójnika „i" czy „oraz" („usługi z zakresu gospodarki leśnej o łącznej wartości nie mniejszej niż 967.000,00 zł brutto polegające na wykonywaniu prac obejmujących pozyskanie i zrywkę drewna oraz zagospodarowanie lasu") sformułowania „lub". Zastosowanie między wymienionymi w warunku czynnościami, składającymi się na usługi z zakresu gospodarki leśnej, spójników „i" i „oraz" stanowi jednoznacznie o tym, że wszystkie te czynności muszą składać się na doświadczenie wskazywane na potwierdzenie spełniania omawianego warunku udziału w postępowaniu tj. na każdą wykazywaną w tym celu usługę.«

Tymczasem Odwołujący w uzupełnionym na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp oświadczeniu JEDZ wskazał, że wykonał na rzecz Nadleśnictwa Bytów prace z zakresu gospodarki leśnej o kwocie powyżej 967 tys. zł brutto, razem kwota brutto: 1.537.575,46 zł, w tym: 1) Prace z zakresu gospodarki leśnej (hodowli i ochrony lasu, ochrony przeciwpożarowej, pozyskania i zrywki drewna, utrzymania obiektów infrastruktury leśnej, gospodarki łąkowo-rolnej, ubocznego użytkowania lasu) na terenie Nadleśnictwa Bytów na kwotę 836 732,02 zł w okresie od 11.01.2022 r. do 30.09.2022 r. oraz 2) Prace z zakresu pozyskania i zrywki drewna na terenie Nadleśnictwa Bytów: - na kwotę 434 197,33 zł w okresie od 23.03.2022 r. do 30.09.2022 r., - na kwotę 179 024,26 zł w okresie od 28.06.2022 r. do 30.09.2022 r. oraz - na kwotę 87 621,85 zł w okresie od 22.08.2022 r. do 30.09.2022 r.

Tym samym wobec brzmienia warunku udziału w postępowaniu, Zamawiający przy jego ocenie, nie mógł wziąć pod uwagę usług wskazanych w poz. 2) powyżej, ponieważ nie obejmowały one swoim zakresem zagospodarowania lasu – zgodnie z oświadczeniem samego Odwołującego wynikającym z JEDZ. Z kolei usługa podana w poz. 1 powyżej zrealizowana w okresie od 11 stycznia 2022 r. do 30 września 2022 r., jakkolwiek obejmuje wymagane przez Zamawiającego elementy, tj. pozyskanie i zrywkę drewna oraz zagospodarowanie lasu, to opiewa na wartość niższą niż określona w warunku udziału w postępowaniu (836 732,02 zł, podczas gdy Zamawiający wymagał min. 967 000 zł). Ponadto okoliczność, iż usługi wskazane w poz. 2) nie obejmowały swoim zakresem zagospodarowania lasu potwierdził odbiorca usług – Nadleśnictwo Bytów pismem z dnia 1 lutego 2023 r. (dowód nr 21), które nie zostało podważone przez Odwołującego. Za irrelewantne dla sprawy pozostają dowody złożone przez Odwołującego, tj. referencje 29

Nadleśnictwa Dretyń z dnia 28 października 2022 r., bowiem nie dotyczą one usług, którymi legitymował się Odwołujący w złożonym JEDZ. Za bez znaczenia dla sprawy Izba uznała także referencje wystawione przez Nadleśnictwo Bytów z dnia 25 października 2022 r., 24 listopada 2022 r. oraz 22 grudnia 2022 r., gdyż nie były one przedmiotem oceny Zamawiającego w ramach dokumentów złożonych w postępowaniu. Jednocześnie jak wynika ze złożonego JEDZ, w ramach poz. 1) Odwołujący wykazał się realizacją usługi z zakresu gospodarki leśnej (obejmującej pozyskanie i zrywkę drewna oraz zagospodarowanie lasu) zrealizowanej w okresie od 11.01.2022 r. do 30.09.2022 r. na kwotę 836 732,02 zł, nie zaś realizacją przedmiotowej usługi świadczonej do dnia 2 listopada 2022 r. (data upływu terminu składania ofert). W tym miejscu ponownego podkreślenia wymaga, iż sposób wypełnienia JEDZ przez wykonawcę będącego profesjonalistą determinuje pozytywną lub nie ocenę jego sytuacji podmiotowej. Wykonawca wypełniając JEDZ powinien uczynnić to z najwyższą starannością, zwłaszcza gdy jego uzupełnienie czy też poprawienie następuje w wyniku wezwania Zamawiającego w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, które ma charakter jednokrotny. Skoro Odwołujący w odpowiedzi na szczegółowe wezwanie Zamawiającego w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia JEDZ postanowił w oświadczeniu wstępnym powołać się na usługę realizowaną w okresie od 11 stycznia 2022 r. do 30 września 2022 r. o wartości 836 732,02 zł, to taką usługę Zamawiający ocenił, niezależnie od tego, czy usługa ta faktycznie na moment składania ofert została zrealizowana na wyższą kwotę.

Jednocześnie jak już sygnalizowano powyżej w ramach rozważań wstępnych Odwołujący nie zgłaszał w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wątpliwości interpretacyjnych dotyczących omawianego warunku udziału w postępowaniu, co stanowi zarówno jego uprawnienie, ale i obowiązek. Co więcej, wskazać należy, iż w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonych przez Nadleśnictwo Trzebielino oraz Warcino sformułowano analogiczny warunek udziału w postępowaniu jak w niniejszym przypadku, którego spełnienie zostało przez Odwołującego skutecznie wykazane (dowód nr 13-20). Potwierdza to, że Odwołujący rozumiał treść warunku udziału w postępowaniu w taki sam sposób jak Zamawiający, a podnoszona obecnie argumentacja dotycząca niejasności specyfikacji stanowiła strategię procesową Wykonawcy.

W świetle powyższego zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp dotyczący odrzucenia oferty Odwołującego nie mógł zostać przez Izbę uwzględniony.

Zarzuty dotyczące Pakietu II i III

Z powyższymi zarzutami skorelowane były zarzuty naruszenia art. 98 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp polegające na bezpodstawnym zatrzymaniu wadium Wykonawcy w Pakiecie II oraz Pakiecie III, które zdaniem Izby nie potwierdziły się.

Stosownie do ww. przepisu, Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, a w przypadku wadium wniesionego w formie gwarancji lub poręczenia, o których mowa w występuje odpowiednio do gwaranta lub poręczyciela z żądaniem zapłaty wadium, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w lub z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył podmiotowych środków dowodowych lub przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających okoliczności, o których mowa wlub oświadczenia, o którym mowa w innych dokumentów lub oświadczeń lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej.

Z powyższego wynika zatem, że zatrzymanie wadium na podstawie art. 98 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp następuje w przypadku łącznego spełnienie trzech przesłanek.

Pierwszą z nich jest niezłożenie, w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa wlubustawy Pzp, podmiotowych środków dowodowych lub przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających okoliczności, o których mowa wlubustaw Pzp, oświadczenia, o którym mowa w ustawy Pzpl, innych dokumentów lub oświadczeń. Wskazać należy, iż również złożenie oświadczenia, o którym mowa wustawy Pzp oraz innych dokumentów lub oświadczeń, z których treści nie wynika potwierdzenie wymaganych okoliczności, należy kwalifikować jako niezłożenie dokumentów (oświadczeń). Jak wskazał Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 22 czerwca 2017 r. sygn. akt: „Wykładnia uwzględniająca pełny kontekst normatywny i treściowy analizowanego przepisu przemawia za przyjęciem, że przez niezłożenie dokumentów (lub oświadczeń) należy rozumieć nie tylko bierność wezwanego wykonawcy czyli sytuację, w której wykonawca w ogóle nie składa żadnego dokumentu, ale również sytuację, w której wykonawca składa dokument (oświadczenie), z którego jednak nie wynika potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu lub spełnienia przez oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego."

Drugą przesłankę stanowi nieuzupełnienie dokumentów (oświadczeń) z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. W rozpoznawanej przez Izbę sprawie Odwołujący, mimo jednoznacznego i szczegółowego wezwania do uzupełnienia oświadczeń JEDZ, uzupełnił je lecz nadal nie potwierdzały one warunków udziału w postępowaniu, co w konsekwencji spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Za kluczową w przedmiotowej sprawie Izba uznała okoliczność, iż Odwołujący miał realną i obiektywną możliwość prawidłowego uzupełnienia JEDZ i wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej w odniesieniu do osób skierowanych do realizacji, ale tego nie uczynił z przyczyn leżących po jego stronie (Pakiet II). Wykonawca, mimo iż wspólnik i członek zarządu jego spółki oraz jednocześnie jedna z osób udostępniających Wykonawcy zasoby na potrzeby spełniania warunków udziału w postępowaniu tj. wspólnik spółki cywilnej udostępniającej zasoby Taste Factory s.c. – p. K. B. ukończył szkolenie w zakresie pracy ze środkami chemicznymi zgodnie z rozporządzeniem Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi z dnia 8 maja 2013 roku w sprawie szkoleń w zakresie środków ochrony roślin (tekst jedn. Dz. U. z 2022 r. poz. 824), o czym Zamawiający powziął wiedzę z JEDZ Wykonawcy złożonego w niniejszym postępowaniu na Pakiet III, nie powołał się na tę okoliczność w uzupełnionym JEDZ, lecz wskazał ww. osobę do pełnienia innej funkcji. Podkreślić przy tym należy, iż w SWZ nie ustanowiono zakazu łączenia funkcji, także przepisy prawa nie zawierają w tym zakresie żadnych ograniczeń. Jednocześnie Zamawiający w zakresie osób, które ukończyły szkolenie w zakresie pracy ze środkami chemicznymi w pkt 7.3. SWZ dopuścił możliwość wykazywania tej samej osoby w więcej niż jednym Pakiecie. Wskazać należy, iż ukończenie szkolenia w zakresie pracy ze środkami chemicznymi przez p. K. B. potwierdza załączony do odpowiedzi na odwołanie dowód nr 7, jak również dowody nr 10 – 12 dotyczące innych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, w których Odwołujący wskazywał p. K. B. jako osobę, która ukończyła rzeczone szkolenie. Tym samym w okolicznościach sporu wykazanie spełnienia warunku w tym zakresie nie wymagało od Wykonawcy podjęcia żadnych działań związanych z poszukiwaniem osoby, przy pomocy której Wykonawca wykazałby jego spełnienie, a jedynie wskazania w JEDZ wspólnika i członka zarządu spółki Wykonawcy, który ukończył szkolenie w zakresie pracy ze środkami chemicznymi.

Podobna sytuacja miała miejsce w Pakiecie III, w którym Odwołujący z uwagi na posiadane doświadczenie przy realizacji licznych zamówień z zakresu usług leśnych, w tym obejmujących pozyskanie i zrywkę drewna oraz zagospodarowanie lasu o wartości ponad 1,7 mln zł na rzecz obecnego Zamawiającego, mógł przy niewielkim nakładzie pracy poprawić oświadczenie JEDZ i wykazać warunek udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia. Tymczasem Odwołujący zignorował wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia JEDZ, w którym podano, że „Wykonawca wskazał jedynie ogólny zakres usług wykonanych w ramach doświadczenia jako „prace z zakresu gospodarki leśnej", podczas gdy w ramach warunku wymagane było wykazanie się usługami z zakresu gospodarki leśnej polegającymi na wykonywaniu prac obejmujących pozyskanie i zrywkę drewna oraz zagospodarowanie lasu. Z opisu doświadczenia nie wynika bowiem, aby wykonawca zrealizował prace z zakresu gospodarki leśnej obejmujące pozyskanie i zrywkę drewna oraz

zagospodarowanie lasu.", a w konsekwencji nie uzupełnił JEDZ o usługi odpowiadające swoim zakresem warunkowi sformułowanemu w SWZ. Tym samym i w niniejszym przypadku Odwołujący miał realną i obiektywną możliwość prawidłowego uzupełnienia JEDZ i wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w odniesieniu do doświadczenia, jednak tego nie uczynił.

Izba w okolicznościach przedmiotowej sprawy wzięła również uwagę, iż Odwołujący nie podjął skutecznej obrony przed zatrzymaniem wadium i nie próbował nawet przekonać, że złożenie wadliwych oświadczeń JEDZ (niepotwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu) nastąpiło z przyczyn nieleżących po jego stronie. Okoliczności ekskulpującej nie stanowi w ocenie Izby dowód nr 6 Odwołującego. Odwołujący w rozpoznawanej sprawie nie twierdził także, że czynność zatrzymania wadium naruszała klauzulę generalną określoną art. 5 Kodeksu cywilnego.

Ostatnią przesłankę zatrzymania wadium na ww. podstawie jest wpływ niewykonania przez wykonawcę wezwania do uzupełnienie dokumentów lub oświadczeń na wynik postępowania. Zatrzymanie wadium jest bowiem możliwe jedynie wtedy, gdy niezłożenie dokumentów lub oświadczeń spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez tego wykonawcę jako najkorzystniejszej. W stanie faktycznym niniejszej sprawy, w przypadku prawidłowego uzupełnienia jednolitych dokumentów, oferta Odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą w obu Pakietach.

Wziąwszy pod rozwagę powyższe Izba stwierdziła, że w niniejszej sprawie ziściły się przesłanki do zastosowania art. 98 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp, a więc zatrzymania wniesionego przez Wykonawcę wadium w Pakiecie II oraz III, bowiem Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył oświadczenia JEDZ potwierdzającego spełnienie warunków udziału w postępowaniu, co skutkowało brakiem możliwości wybrania oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. a) i b) oraz § 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).

Przewodniczący: ……..