

WYROK

Warszawa, 10 grudnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 25 listopada 2024 r. przez odwołującego: Taxus UL sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie
w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Powiat Węgrowski z siedzibą w Węgrowie

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutów nr 1 i 3 i nakazać zamawiającemu:
 - 1.1 unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
 - 1.2 powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty H.G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą FORESTA H.G. ul. Spokojna 28, Niegów, 07-230 Zabrodzie.
2. W pozostałym zakresie oddać odwołanie.
3. Kosztami postępowania obciążyć zamawiającego i:
 - 3.1 zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszt wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego,
 - 3.2 zasądzić od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 11 100 zł 00 gr (jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga
za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący

Uzasadnienie

Powiat Węgrowski z siedzibą w Węgrowie (dalej: Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. — Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, dalej: Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Nadzór nad gospodarką leśną w lasach nie stanowiących własności Skarbu Państwa na terenie gmin: Korytnica, Łochów, Stoczek, Sadowne, Miedzna, Węgrów, Liw, powiat węgrowski – na powierzchni 15 273 ha” (Numer referencyjny: IR.272.20.2024.DM) zwane dalej postępowaniem.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 29 października 2024 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2024/BZP 00569822/01.

25 listopada 2024 r. wykonawca Taxus UL sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: Odwołujący), wniósł odwołanie i zarzucił Zamawiającemu naruszenie :

1. art. 16 pkt 1 Pzp z uwagi na prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przez nieobiektywne ocenienie oferty H.G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą FORESTA H.G. ul. Spokojna 28, Niegów, 07-230 Zabrodzie (dalej: wykonawca Foresta), w sposób niezgodny z treścią Ogłoszenia o zamówieniu i określonymi przez Zamawiającego warunkami udziału w postępowaniu,
2. art. 223 ust. 1 Pzp przez zaniechanie uzyskania od wykonawcy Foresta rzetelnych i kompleksowych wyjaśnień w sprawie złożonej oferty, w tym w szczególności załącznika nr 5 do SWZ pt. Wykaz Usług, a tym samym oparcie decyzji w sprawie wyboru oferty na danych w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, które – zgodnie z informacją Odwołującego skierowaną do Zamawiającego – nie polegają na prawdzie,

3.art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1.unieważnienia czynności dokonania wyboru oferty wykonawcy Foresta;
- 2.ponownego badania i weryfikacji ofert.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania Odwołujący wskazał:

Zamawiający wśród warunków udziału w postępowaniu wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej: wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał/zrealizował co najmniej jedną usługę polegającą na nadzorze nad gospodarką leśną w lasach niestanowiących własności Skarbu Państwa o powierzchni minimum 15 tysięcy hektarów.

Wykonawca Foresta w Wykazie Usług wskazał, że świadczył usługę nadzoru nad gospodarką leśną w lasach niestanowiących własności Skarbu Państwa na terenie gmin Korytnica, Łochów, Stoczek, Sadowne, Miedzna, Węgrów, Liw, powiat węgrowski – na powierzchni

15 263 ha; wskazując przy tym jako Zleceniodawcę/ podmiot na rzecz którego usługi zostały wykonane Odwołującego; wartość usługi: 156.450,00 zł i datę jej realizacji: od 2024-01-02 do 2024-12-31.

Wykonawca Foresta nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, bo w okresie prowadzenia działalności nie wykonał/zrealizował usługi polegającej na nadzorze nad gospodarką leśną w lasach niestanowiących własności Skarbu Państwa o powierzchni minimum 15 tysięcy hektarów.

Jak wynika z CEDiG Wykonawca rozpoczął prowadzenie działalności gospodarczej

4 listopada 2024 r. Nie jest możliwym wykonanie/zrealizowanie usługi polegającej na nadzorze nad gospodarką leśną na powierzchni minimum 15 tysięcy hektarów w ciągu 10 dni kalendarzowych. Zamawiający jasno określił, że wymogiem spełnienia warunków udziału

w postępowaniu jest wykonanie/zrealizowanie usług, nie zaś ich wykonywanie/realizowanie. Użycie czasownika w formie dokonanej oznacza wymóg czynności już zakończonej, a nie trwającej. Jak wskazał sam Wykonawca w znaczniku nr 5 do SWZ realizacja usługi (nie świadczonej jednak przez niego) odbywa się w okresie od 2 stycznia 2024 r. do 31 grudnia 2024 r., a zatem jej wykonywanie nie zostało zakończone.

Co jednak istotne – a na co Odwołujący wskazywał w treści pisma kierowanego

do Zamawiającego – to nie wykonawca Foresta był podmiotem realizującym usługę wskazaną w Wykazie Usług, a Odwołujący. Nie sposób zrównywać pracownika pozostającego

w stosunku pracy z usługodawcą, świadczącym usługi na rzecz Zamawiającego. Wykonanie/ zrealizowanie usługi na rzecz Zamawiającego winno być dokonane przez podmiot powołujący się na określone zdolności zawodowe. Realizacja usługi przed określony podmiot, będący przedsiębiorstwem, wymaga zaangażowania wielu osób w toku takiej realizacji, nie zaś pojedynczego pracownika, nawet jeśli wśród jego obowiązków leżało wykonywanie czynności objętych umową zawartą przez pracodawcę.

Przedstawione na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę Foresta referencje z 6 listopada 2024 r. odnoszą się do stosunku pracy tego Wykonawcy, a nie jego działalności jako przedsiębiorcy. Wskazują one ponadto

na pozostawanie w stosunku pracy i wykonywanie czynności w ramach obowiązków pracowniczych, nie zaś realizacji usługi.

Wskazana przez Wykonawcę Foresta w załączniku nr 5 do SWZ pt. „Wykaz usług” wartość usługi w kwocie 154.450,00 zł jest kwotą wartości zamówienia, które było należne Odwołującemu, nie zaś Wykonawcy, a zatem nie mógł on się powoływać na taką wartość.

Zważywszy na niespełnienie przez wykonawcę Foresta warunków udziału w postępowaniu jego oferta winna zostać odrzucona, co w sposób oczywisty przekłada się na wynika postępowania i wybór najkorzystniejszej oferty.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z 5 grudnia 2024 r. wniósł o oddalenie odwołania.

W uzasadnieniu swojego stanowiska wskazał m. in.:

Wykonawca Foresta wskazał, że świadczył usługi na rzecz Zamawiającego, powierzchnia lasu objęta usługą wynosiła 15 263 ha, wartość usługi 156 450,00 zł, zaś data realizacji od 1 lutego 2024 do 31 grudnia 2024 r. Jako dowód wskazanych wyżej okoliczności wykonawca Foresta złożył referencje z 6 listopada 2024 r. wystawione przez Odwołującego. Z referencji wynikało, że wykonawca Foresta był od 6 stycznia 2024 r. do 31 grudnia 2024 r. pracownikiem tejże spółki oraz w ramach swoich obowiązków prowadził kompleksową dokumentację związaną z lasami niepaństwowymi, wykonywał lustrację lasów, doradztwo w zakresie gospodarki leśnej

dla właścicieli lasów prywatnych, sporządzał raporty, pomiary i cechowanie drewna na terenie powiatu węgrowskiego o powierzchni 15 266 ha oraz na terenie powiatu wyszkowskiego o powierzchni 4 189 ha.

Wykonawca Foresta założył działalność gospodarczą 4 listopada 2024 r., a więc w czasie wykonywania wskazanych wyżej obowiązków.

W ocenie Zamawiającego odwołanie wniesione w sprawie nie przedstawia żadnych nowych argumentów, a sprowadza się do dyskusji ze stanowiskiem Zamawiającego.

Zamawiający przyjmuje za wykazane, że wykonawca Foresta nie prowadził przedstawianego przez niego w wykazie usług oraz referencjach nadzoru nad lasami samodzielnie,

ale w ramach stosunku pracy. Zamawiający nie wymagał w SWZ, aby świadczone przez oferentów usługi związane z ich zdolnością techniczną lub zawodową wykonywane były osobiście lub samodzielnie, w konsekwencji czego Zamawiający uznał przedstawione przez wykonawcę Foresta doświadczenie jako wystarczające dla udziału przez ten podmiot

w tym postępowaniu.

Odwołujący nie ma racji, wywodząc, że brzmienie warunku udziału opisanego w SWZ może sugerować, że na poczet wymaganego doświadczenia Zamawiający zaliczyć powinien

tylko te usługi, które zostały w całości zrealizowane, zaś nie jest możliwe powoływanie

się na doświadczenie w realizacji usług w toku. W SWZ Zamawiający wskazał, że w celu potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu należy złożyć wykaz usług wykonanych,

a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych (Przepis X ust. 4 pkt 4 SWZ). Niewątpliwie usługa polegająca na nadzorze nad gospodarką leśną jest usługą ciągłą i w skoro tak, SWZ zezwala Wykonawcom złożyć wykaz usług wykonywanych. Wydaje się zatem, że termin „wykonał/zrealizował co najmniej jedną usługę polegającą na nadzorze nad gospodarką leśną w lasach niestanowiących własności Skarbu Państwa o powierzchni minimum 15 tysięcy hektarów” powinien być interpretowany także przez pryzmat tego, w jaki sposób Zamawiający pozwolił wykonawcom na jego potwierdzanie. Taka interpretacja jest właściwa biorąc także pod uwagę postulowaną w doktrynie zasadę, że wszelkie błędy

i niejasności SWZ nie powinny być interpretowane na niekorzyść Wykonawcy.

Odwołujący niezasadnie kwestionuje fakt wykonywania przez wykonawcę Foresta usług

w zakresie nadzoru nad lasami. Analiza czynności zawartych w referencjach wykonawcy Foresta prowadzi do wniosku, że dotyczą one wprost obowiązków związanych z nadzorem

nad gospodarką leśną oraz dotyczą lasów niestanowiących własności Skarbu Państwa

o odpowiedniej powierzchni. Wykonawca Foresta w ocenie Zamawiającego wykonywał zatem usługi związane z taką gospodarką. Co do zasady doświadczenie wykonawcy nie jest tym samym, co doświadczenie osób kierowanych do realizacji zamówienia. Każdy przypadek należy jednakże rozpatrywać indywidualnie z uwzględnieniem charakteru zamówienia

i w szczególności zakresu wymaganego od wykonawców doświadczenia. Jest zatem dopuszczalne, aby doświadczenie osoby było tym samym doświadczeniem, które wymagane jest od wykonawcy w prowadzonym postępowaniu.

Wykonawca Foresta wykonywał obowiązki powierzone mu w ramach stosunku pracy, ale były to obowiązki wprost związane z nadzorem nad gospodarką leśną w lasach niepaństwowych i mogą być uznane za wykonanie usługi z zakresu takiego nadzoru.

Odwołujący także nie ma racji, kwestionując doświadczenie wykonawcy Foresta sprzed

4 listopada 2024 r., tj. sprzed dnia rozpoczęcia przez niego działalności gospodarczej. W SWZ nie zastrzeżono wszak warunku o treści: „a jeżeli okres prowadzonej działalności gospodarczej jest krótszy”, tylko „jeżeli okres działalności jest krótszy”. Pzp nie zabrania udziału

w postępowaniu o udzielenie zamówienia osobom fizycznym nieprowadzącym działalności gospodarczej, zaś doświadczenie jest bezspornie wartością nierozdzielnie związaną

z podmiotem, który je posiada. Oznacza to, że doświadczenie osoby fizycznej sprzed prowadzenia działalności gospodarczej, nadal jest doświadczeniem tej samej osoby fizycznej. Wykonawca Foresta nie utracił nabytego doświadczenia w realizowaniu czynności polegających na nadzorze nad gospodarką leśną opisanych w referencjach. Jednocześnie Zamawiający traktuje pojęcie prowadzenia działalności szeroko, traktując jako działalność wszelką aktywność zawodową, w tym objętą stosunkiem pracy, i nie ograniczając jej wyłącznie do działalności gospodarczej

Odwołujący nie kwestionuje prawdziwości ani rzetelności referencji wykonawcy Foresta, zarówno co do wskazanego w tychże referencjach okresu wykonywania jak i przedmiotowego zakresu czynności, zaś zakres tych czynności potwierdza sprawowanie przez wykonawcę Foresta wymaganego nadzoru nad gospodarką leśną.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść SWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Odwołującego zawarte w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie uznając, że zasługuje ono na częściowe uwzględnienie.

Rozpoznając odwołanie Izba przeprowadziła wszystkie wnioskowane przez Strony dowody z dokumentów.

Izba ustaliła, co następuje:

Stan faktyczny sprawy był niesporny między Stronami – spór sprowadzał się do oceny skutków sposobu, w jaki wykonawca Foresta próbował wykazać spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Podstawą oceny zarzutów był warunek udziału w postępowaniu: o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące zdolności technicznej

lub zawodowej: wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał/zrealizował co najmniej jedną usługę polegającą na nadzorze nad gospodarką leśną w lasach niestanowiących własności Skarbu Państwa o powierzchni minimum 15 tysięcy hektarów.

Wykonawca Foresta w Wykazie Usług wskazał, że świadczył usługę nadzoru nad gospodarką leśną w lasach niestanowiących własności Skarbu Państwa na terenie gmin Korytnica, Łochów, Stoczek, Sadowne, Miedzna, Węgrów, Liw, powiat węgrowski – na powierzchni

15 263 ha. Wykonawca wskazał przy tym, że usługę realizował na rzecz Odwołującego,

a okres realizacji określił jako od 2024-01-02 do 2024-12-31. Wartość usługi miała wynosić 156 450,00 zł.

Z treści referencji złożonych na potwierdzenie należytej realizacji usługi jednoznacznie wynikało, że wykonawca Foresta był pracownikiem Odwołującego zatrudnionym na podstawie umowy o pracę.

Biorąc pod uwagę przytoczony wyżej warunek udziału w postępowaniu oraz informacje zawarte w Wykazie usług i referencjach złożonych przez wykonawcę Foresta Izba uznała,

że oferta tego wykonawcy podlegała odrzuceniu z postępowania jako oferta wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

O ile Zamawiający dopuścił powołanie się na realizację usługi o charakterze ciągłym

i niezakończonej, to zasadą było wykazanie się przez wykonawców zrealizowaniem określonej usługi. Wykonawca Foresta wskazał, że okres realizacji usługi kończy się 31 grudnia 2024 r., ale jednocześnie z dokumentów, które były w dyspozycji Zamawiającego jasnym było,

że wykonawca ten prowadzi działalność gospodarczą od 4 listopada 2024 r.

W toku postępowania Izba ustaliła, że w listopadzie 2024 r. wykonawca Foresta przestał być pracownikiem Odwołującego i nie świadczy na jego rzecz żadnej usługi. Tym samym informacja w Wykazie o świadczeniu usługi do końca roku jest nieprawdziwa. Wartość usługi to wartość umowy zawartej między Odwołującym, a podmiotem na rzecz którego usługa była realizowana (Zamawiający temu nie zaprzeczył). Biorąc pod uwagę, że wykonawca Foresta realizował usługę na podstawie umowy o pracę z Odwołującym, to nie miał podstaw

do przypisania sobie całej wartości zadania wskazanego w wykazie usług – takie uprawnienie przysługuje Odwołującemu.

Co istotne z treści referencji wprost wynika realizacja zadania na podstawie umowy o pracę, Zamawiający winien więc mieć świadomość, że jakiegokolwiek prace realizował faktycznie wykonawca Foresta, robił to pod kierownictwem Odwołującego, zatem za realizację usługi jako całości odpowiadał Odwołujący nie wykonawca – w razie nienależytej realizacji zadania odpowiadałby Odwołujący, nie wykonawca Foresta. Dowodzi to, że wykonawca Foresta nie mógł sobie przypisać realizacji usługi z wykazu.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że wykonawca Foresta nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Nie jest przy tym możliwe wezwanie wykonawcy Foresta do uzupełnienia wykazu usług, ponieważ zawarte w nim dane

są w sposób oczywisty nieprawdziwe. Tym samym wezwanie prowadziłoby do zastąpienia informacji nieprawdziwych prawdziwymi, a to stałoby w rażącej sprzeczności z podstawowymi zasadami postępowań o udzielenie zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 128 ust. 1 Pzp jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa

w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie (...). Przepis ten nie daje zatem podstawy do uzupełnienia dokumentów przez wykonawcę Foresta w tym postępowaniu. Wykaz usług wykonawcy nie zawierał błędów, tylko nieprawdziwą treść. Wykonawca Foresta z całą świadomością podał realizację usługi

do końca 2024 roku, mimo, że nie jest już pracownikiem odwołującego – co za tym idzie informacja o okresie realizacji usługi od czasu zakończenia stosunku pracy z Odwołującym jest nieprawdziwa – okoliczności tej Zamawiający nie zaprzeczył.

Zarzut nr 2 nie potwierdził się – jego oddalenie wynika z faktu, że w sprawie, biorąc pod uwagę charakter zarzutów faktycznych, nie ma zastosowania art. 223 ust. 1 Pzp, tj. przepis dotyczący treści oferty i przedmiotowych środków dowodowych

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy

na podstawie art. 575 Pzp oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania

(Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący