

Sygn. akt: KIO 2382/24

## WYROK

Warszawa, dnia 25 lipca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Emilia Garbala

Protokolantka: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 lipca 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 lipca 2024 r. przez wykonawcę **W.S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych i Transportowych W.S., Dzierżąno Wielkie 118, 66-730 Wieleń**, w postępowaniu prowadzonym przez: **Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe, Nadleśnictwo Krzyż, ul. A.M. 1, 64-761 Łokacz Mały**, przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – tj. wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **T.S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych T.S., Trzcinnio 4/3, 78-630 Człopa** oraz **A.B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych A.B., ul. Żeromskiego 7, 64-761 Łokacz Mały**,

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, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego oraz 1497,27 (słownie: jeden tysiąc czterysta dziewięćdziesiąt siedem złotych dwadzieścia siedem groszy) tytułem kosztów związanych z dojazdem na rozprawę,

2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 5 097 zł 27 gr (słownie: pięć tysięcy dziewięćdziesiąt siedem złotych dwadzieścia siedem groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez zamawiającego.

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.

Przewodnicząca:.....

Sygn. akt: KIO 2382/24

### UZASADNIENIE

Zamawiający – Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe, Nadleśnictwo Krzyż, ul. A.M. 1, 64-761 Łokacz Mały, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Krzyż w latach 2024-2025”, numer referencyjny: SA.270.73.2024. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13.05.2024 r., nr 92/2024 279904-2024.

W dniu 08.07.2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy W.S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych i Transportowych W.S., Dzierżąno Wielkie 118, 66-730 Wieleń (dalej: „Odwołujący”), w którym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 w zw. z art. 111 pkt 5 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp”, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Zakład Usług Leśnych A.B. oraz Zakład Usług Leśnych T.S. jako złożonej przez wykonawców podlegających wykluczeniu z postępowania, mimo iż konsorcjant Zakład Usług Leśnych T.S. znajduje się w okresie wykluczenia w związku z przedstawieniem informacji wprowadzających w błąd w ramach innego postępowania o udzielenie zamówienia,

2) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Zakład Usług Leśnych A.B. oraz Zakład Usług Leśnych T.S. jako złożonej przez wykonawców podlegających wykluczeniu z postępowania, mimo iż w ramach niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia konsorcjant Zakład Usług Leśnych T.S. przedstawił informacje wprowadzające w błąd, mające wpływ na jego wynik, iż nie znajduje się w sytuacji, gdzie w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia przedstawił informacje wprowadzające w błąd.

W szczególności Odwołujący podniósł, co następuje.

„3) W zakresie warunków udziału w postępowaniu zgodnie z roz. 7 pkt 7.1 ppkt 4 lit. c) SWZ wykonawca powinien

wykazać się dysponowaniem co najmniej 16 pilarzami, a jeśli wykonawca wykaże się dysponowaniem co najmniej 1 harvesterem warunek zostanie uznany za spełniony, jeżeli wykaże się dysponowaniem co najmniej 10 pilarzami oraz 1 operatorem harwestera. (...)

5) Konsorcjum przyjęło taki model spełnienia warunku udziału określonego w roz. 7 pkt 7.1 ppkt 4 lit. c) SWZ, iż wykazało się dysponowaniem 1 harvesterem, 10 pilarzami oraz 1 operatorem harwestera. (...)

8) Pismem z dnia 25.06.2024 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum do wyjaśnień w zakresie informacji podanych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający wskazał, iż:

- w niniejszym postępowaniu konsorcjant Zakład Usług Leśnych A.B. w JEDZ wskazał, że dysponuje - jako zasobem własnym - maszyną leśną typu harvester marki JOHN DEERE model 1170G o numerze VIN: IWJ1170GHJF003028 (...)

oraz że

- ta sama maszyna została także wykazana celem potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu prowadzonym przez Nadleśnictwo Człopa pn. „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Człopa w roku 2024”, znak SA.270.2.6.2023\_08\_01, pakiet II - jako zasób własny — przez konsorcjanta Zakład Usług Leśnych T.S.. (...)

Zamawiający wskazał, że po weryfikacji powyższych przez siebie informacji doszedł do wniosku, że obydwaj wykonawcy powołują się w różnych postępowaniach na ten sam potencjał techniczny jako zasób własny (tj. na maszynę leśną typu harvester marki John Deere, model 1170G o nr seryjnym: IWJ1170GHJF003028).

9) Niezależnie od powyższego konsorcjant Zakład Usług Leśnych T.S. w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Nadleśnictwo Człopa w oświadczeniu z dnia 25.01.2024 r. — w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu - przedstawił informacje w zakresie dysponowania na podstawie umowy o pracę następującymi osobami: (...)

10) W ramach złożonych w niniejszym postępowaniu wyjaśnień z dnia 25.06.2024 r. Konsorcjum wskazało, iż harvester marki John Deere, model 1170G o nr seryjnym: IWJ1170GHJF003028 jest zasobem konsorcjanta Zakład Usług Leśnych A.B.. W załączeniu do wyjaśnień Konsorcjum przedłożyło:

- umowę leasingu zawartą w dniu 14.11.2023 r. między MLeasing Sp. z o.o. a Zakład Usług Leśnych A.B.: (...)

- dokumentację z badań Urzędu Dozoru technicznego datowaną na 1.02.2024 r., gdzie adresatem decyzji o zezwoleniu na eksploatację jest Zakład Usług Leśnych A.B.: (...)

11) Zatem z dowodów przedłożonych przez Konsorcjum wraz z wyjaśnieniami z dnia 25.06.2024 r. wynika, iż w ramach postępowania w Nadleśnictwie Człopa konsorcjant Zakład Usług Leśnych T.S. przedstawił zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd, że posiada jako zasób własny harvester marki John Deere, model 1170G o nr seryjnym: IWJ1170GHJF003028. Oświadczenie to złożone zostało w dniu 25.01.2024 r., podczas gdy już od 14.11.2023 r. maszyna ta stanowiła zasób własny konsorcjanta Zakład Usług Leśnych A.B., co wynika z umowy leasingu z dnia 14.11.2023 r. oraz dokumentacji z badań Urzędu Dozoru Technicznego z dnia 1.02.2024

12) Z kolei w niniejszym postępowaniu Zakład Usług Leśnych T.S. w JEDZ w kontekście podstaw wykluczenia z postępowania, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 PZP oświadczył, że nie znajduje się w sytuacji, gdzie w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia (tj. w postępowaniu o udzielenie zamówienia w Nadleśnictwie Człopa) przedstawił informacje wprowadzające w błąd. (...)

1) Udzielenie w ramach niniejszego postępowania zamówienia Konsorcjum - a w tym konsorcjantowi Zakład Usług Leśnych T.S. - oznaczać będzie, że jego realizacja powierzona zostanie podmiotowi nierzetelnemu, co do którego zachodzą wątpliwości czy w sposób uczciwy i prawidłowy wywiąże się z powierzonego mu zadania. Jego nierzetelność wynika z okoliczności, że w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia — celem uzyskania tego zamówienia, mimo niespełniania warunków udziału w postępowaniu — co najmniej w warunkach lekkomyślności lub niedbalstwa przedłożył nieprawdziwe informacje, wprowadzające zamawiającego w błąd, iż warunki te spełnia.

W związku z tym na gruncie niniejszego postępowania Zamawiający powinien był wykluczyć Konsorcjum oraz odrzucić jego ofertę, skoro przewidział zastosowanie fakultatywnych podstaw wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp (a co za tym założył eliminację podmiotów nierzetelnych, niedających gwarancji należytego wykonania zamówienia) oraz w toku postępowania powziął informacje, iż konsorcjant Zakład Usług Leśnych T.S. posłużył się nieprawdziwymi informacjami. Co istotne, okoliczność, iż konsorcjant Zakład Usług Leśnych T.S. przekazał w innym postępowaniu nieprawdziwe informacje znajduje potwierdzenie wprost w złożonych przez Konsorcjum w niniejszym postępowaniu wyjaśnieniach wraz dowodami. Zatem Zamawiający w okolicznościach postępowania zaniechał wykluczenia Konsorcjum, mimo iż dysponuje jednoznacznymi oświadczeniami i dowodami, z których wynika zaprzeczenie prawdziwości informacji podanych przez konsorcjanta Zakład Usług Leśnych T.S. w innym postępowaniu.

Brak zastosowania sankcji wykluczenia wobec Konsorcjum - stanowi nie tylko przejaw niekonsekwencji ze strony Zamawiającego (jako, że dopuści do realizacji zamówienia podmiot, o którym ma informacji i dowody, że jest nierzetelny,

mimo przewidzenia podstaw wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp), lecz przede wszystkim wiązać się będzie z sytuacją, gdzie postępowanie konsorcjanta Zakład Usług Leśnych T.S. - polegające na przedstawieniu nieprawdziwych informacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia — nie spotka się z jakąkolwiek sankcją. (...)

2) W ramach postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego przez Nadleśnictwo Człopa (...) - działając co najmniej w warunkach lekkomyślności lub niedbalstwa, a z uwagi na charakter oraz szczegółowość przekazanych informacji wydaje się, że w sposób zamierzony złożył w dniu 25.01.2024 r. oświadczenie, iż dysponuje jako zasobem własnym harvesterem marki John Deere, model 1170G o nr seryjnym: IWJ1170GHJF003028 (oświadczenie to stanowi załącznik nr 5 do odwołania). (...)

Co istotne, informacje podane przez konsorcjanta Zakład Usług Leśnych T.S. w ramach postępowania w Nadleśnictwie Człopa dotyczyły spełnienia przez konsorcjum, którego był członkiem warunków udziału w postępowaniu. Zatem w kontekście przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 PZP informacje te mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

(...) Natomiast Nadleśnictwo Człopa ostatecznie odrzuciło w dniu 27.02.2024 r. ofertę konsorcjum w skład którego wchodził konsorcjant Zakład Usług Leśnych T.S. na podstawie art. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b PZP w związku z niespełnieniem warunków udziału w postępowaniu, lecz z uwagi na nieprawidłowości dotyczące zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów (wyciąg z protokołu - s. 1-3 stanowi załącznik nr 8 do odwołania, informacja o odrzuceniu oferty stanowi załącznik nr 9 do odwołania).

3) Przy czym istotne jest, iż w ramach postępowania prowadzonego przez Nadleśnictwo Człopa nie mogło dojść do wykluczenia konsorcjum w skład którego wchodził konsorcjant Zakład Usług Leśnych T.S., jako że informacje umożliwiające ustalenie, iż dopuścił się on wprowadzenia zamawiającego w błąd zostały ujawnione dopiero w ramach niniejszego postępowania. Z tych samych względów nie było wówczas możliwe wniesienie odwołania wobec zaniechania wykluczenia przez Nadleśnictwo Człopa ww. konsorcjum przez innych wykonawców. (...)

4) Niezależnie od powyższego zachodzą wątpliwości, co do prawdziwości podanych przez konsorcjanta Zakład Usług Leśnych T.S. w postępowaniu w Nadleśnictwie Człopa w oświadczeniu z dnia 25.01.2024 r. informacji o dysponowaniu personelem zatrudnionym na podstawie umowy o pracę: Adrian (...), Krzysztof (...), Mikołaj (...), Andrzej (...), Krzysztof (...) oraz Sebastian (...). Informacje te przekazane zostały w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu z roz. 7 pkt 4 lit. c ppkt II SWZ właściwego dla postępowania w Nadleśnictwie Człopa. W przypadku każdej z tych osób konsorcjant Zakład Usług Leśnych T.S. przekazał informację, iż osoby te zatrudnia na podstawie umowy o pracę. Tymczasem z informacji dostępnych Odwołującemu wynika, iż osoby te nie były zatrudnione przez konsorcjanta Zakład Usług Leśnych T.S.. Niektóre z tych osób to osoby prowadzące własne działalności gospodarcze związane z usługami leśnym lub ich pracownicy. (...).

5) Konsorcjant Zakład Usług Leśnych T.S. — w związku z opisanym powyżej przedstawieniem Nadleśnictwu Człopa informacji wprowadzających w błąd - znajduje się w okresach wykluczenia, o których mowa w art. 111 pkt 5 lub 6 Pzp. Okresy te rozpoczęły bieg w dniu 25.01.2024 r. w momencie zaistnienia zdarzenia stanowiącego podstawę do wykluczenia wykonawcy, tj. złożenia oświadczenia o dysponowaniu — jako zasobem własnym harvesterem marki John Deere, model 1170G o nr seryjnym: IWJ1170GHJF003028. W takich okolicznościach Zamawiający powinien był wykluczyć Konsorcjum z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 Pzp. (...)

6) Niezależnie od powyższego Zamawiający powinien był wykluczyć Konsorcjum na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 PZP w związku z przedstawieniem przez konsorcjanta Zakład Usług Leśnych T.S. w JEDŹw warunkach co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa informacji wprowadzających w błąd, iż w kontekście podstaw wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 PZP - nie znajduje się w sytuacji, gdzie w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia przedstawił informacje wprowadzające w błąd. (...)"

W związku z tym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- 3) wykluczenia z postępowania konsorcjum wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Zakład Usług Leśnych A.B. oraz Zakład Usług Leśnych T.S. oraz odrzucenia oferty tego konsorcjum,
- 4) wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Pismem z dnia 12.07.2024 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: T.S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych T.S., Trzcinnio 4/3, 78-630 Człopa oraz A.B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych A.B., ul. Żeromskiego 7, 64-761 Łokacz Mały (dalej: „Przystępujący”) zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego i przedstawili swoją argumentację. Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

Pismem z dnia 18.07.2024 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie.

Pismem z dnia 17.07.2024 r. Odwołujący wniósł o zobowiązanie Przystępującego, na podstawie art. 536 ustawy

Pzp, do złożenia dowodów w postaci dokumentów potwierdzających zapłatę przez konsorcjanta Zakład Usług Leśnych T.S. składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne w odniesieniu do zatrudnionych na dzień 25.01.2024 r. osób wskazanych w odwołaniu. Ponadto pismem z dnia 25.07.2024 r. Odwołujący odniósł się do argumentacji Zamawiającego i Przystępującego.

W trakcie rozprawy Strony i Przystępujący podtrzymali swoje stanowiska w sprawie.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.**

Przedmiotem zamówienia są usługi z zakresu gospodarki leśnej. Przedmiot zamówienia został podzielony na 2 części (pakiety). Niniejsze postępowanie odwoławczego dotyczy pakietu nr 1 (leśnictwa: Żelichowo, Radzyń, Wizany).

W pkt 6.2. specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ”) Zamawiający przewidział podstawę wykluczenia wykonawcy m.in. w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp.

W pkt 7.1. ppkt 4 lit. c) SWZ Zamawiający wymagał dysponowania: co najmniej 16 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;

W przypadku, gdy Wykonawca wykaże, że dysponuje lub będzie dysponował co najmniej 1 szt. maszyny leśnej typu harwester powyższy warunek zostanie uznany za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że dysponuje lub będzie dysponować co najmniej 10 osobami, które ukończyły z wynikiem pozytywnym szkolenie dopuszczające do pracy z pilarką zgodnie z wyżej wskazanymi przepisami oraz 1 osobą - operatorem harwestera, która posiada zaświadczenie Urzędu Dozoru Technicznego nadające uprawnienia do pracy wielooperacyjną maszyną leśną – harvesterem.

Przystępujący złożył ofertę, do której dołączył JEDZ dla obu konsorcjantów. Na pytanie: *„Czy wykonawca może potwierdzić, że: nie jest winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji; b) nie zataił tych informacji; c) jest w stanie niezwłocznie przedstawić dokumenty potwierdzające wymagane przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający; oraz d) nie przedsięwziął kroków, aby w bezprawny sposób wpłynąć na proces podejmowania decyzji przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający, pozyskać informacje poufne, które mogą dać mu nienależną przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub wskutek zaniedbania przedstawić wprowadzające w błąd informacje, które mogą mieć istotny wpływ na decyzje w sprawie wykluczenia, kwalifikacji lub udzielenia zamówienia?”* - obaj konsorcjanci odpowiedzieli w JEDZ: „TAK”.

Ponadto konsorcjant A.B. w pozycji w JEDZ: „Będzie dysponował następującymi narzędziami, wyposażeniem zakładu i urządzeniami technicznymi na potrzeby realizacji zamówienia:” wpisał: „Harwester John Deere 1170G, nr VIN 1WJ1170GHJF003028 – zasób własny”.

W odpowiedzi na wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych Przystępujący ponownie wskazał na dysponowanie harvesterem John Deere 1170G, nr VIN 1WJ1170GHJF003028, który stanowi jego zasób własny.

Pismem z dnia 19.06.2024 r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego. Pismem z dnia 25.06.2024 r. Zamawiający poinformował o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

W tym samym dniu Zamawiający wezwał Przystępującego, na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień. Zamawiający wskazał m.in.: *„Zamawiający dnia 21.06.2024 r. otrzymał pismo od innego wykonawcy, w którym wskazano, że wskazana przez Konsorcjanta Zakład Usług Leśnych A.B. w JEDZ i wykazie urządzeń (...) – jako zasób własny. Ta sama maszyna leśna typu harwester została także wykazana celem potwierdzenia spełnienia warunków udziału w innych postępowaniach tj. w Nadleśnictwie Człopa, jako zasób własny p. T.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych T.S.. (...) W związku z powyższym Zamawiający wzywa do wyjaśnienia powyższej kwestii”*.

Pismem z dnia 25.06.2024 r. Przystępujący wyjaśnił, że *„maszyna leśna typu harwester marki John Deere, model 1170G o nr seryjnym: 1WJ1170GHJF003028 jest własnością Konsorcjanta Zakład Usług Leśnych A.B. - tak jak zostało to wykazane w części IV lit. C (pkt 9) JEDZ”*. Do wyjaśnień Przystępujący dołączył m.in.:

- umowę leasingu ww. pojazdu z 14.11.2023 r. zawartą przez konsorcjanta Adriana Borkowskiego,
- protokół z dnia 01.02.2024 r. z wykonania czynności dozoru technicznego przez Urząd Dozoru Technicznego, w którym jako eksploatujący wpisany jest Zakład Usług Leśnych A.B.,
- decyzję z dnia 01.02.2024 r. wydaną przez Urząd Dozoru Technicznego i zezwalającą Zakładowi Usług Leśnych A.B. na eksploatację ww. urządzenia technicznego do dnia 28.02.2025 r.

Pismem z dnia 27.06.2024 r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty

Przystępującego.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron i Przystępującego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.**

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane zaniechania Zamawiającego.

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

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę:

- 8) który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych,
- 10) który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Zgodnie z art. 111 pkt 5 i 6 ustawy Pzp wykluczenie wykonawcy następuje:

- 5) w przypadku, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8, na okres 2 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia,
- 6) w przypadku, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 10, na okres roku od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

- 2) została złożona przez wykonawcę:
  - a) podlegającego wykluczeniu z postępowania.

W przedmiotowej sprawie Odwołujący stawia zarzuty w oparciu o stan faktyczny zaistniały w zakończonym kilka miesięcy temu innym postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez innego zamawiającego - Nadleśnictwo Człopa. Odwołujący twierdzi, że w tamtym postępowaniu wykonawca Zakład Usług Leśnych T.S. (obecnie jeden z konsorcjantów Przystępującego) złożył w dniu 25.01.2024 r. oświadczenie o dysponowaniu harwesterem o numerze seryjnym: 1WJ1170GHJF003028, mimo iż w obecnym postępowaniu Przystępujący złożył dokumenty potwierdzające, że na podstawie umowy leasingu ww. harwesterem od 14.11.2023 r. dysponuje Zakład Usług Leśnych A.B. (obecnie - drugi z konsorcjantów Przystępującego). Wg Odwołującego oznacza to, że w postępowaniu prowadzonym przez Nadleśnictwo Człopa wykonawca Zakład Usług Leśnych T.S. złożył nieprawdziwe oświadczenie i wprowadził zamawiającego (Nadleśnictwo Człopa) w błąd, co prowadzi do wniosku, że Przystępujący podlega wykluczeniu w obecnym postępowaniu prowadzonym przez Nadleśnictwo Krzyż.

Odnosząc się do pierwszego z podniesionych w odwołaniu zarzutów dotyczących wykluczenia Przystępującego z uwagi na to, że „konsorcjant Zakład Usług Leśnych T.S. znajduje się w okresie wykluczenia w związku z przedstawieniem informacji wprowadzających w błąd w ramach innego postępowania o udzielenie zamówienia”, należy przede wszystkim zauważyć, że art. 111 pkt 5 i pkt 6 ustawy Pzp wyraźnie odnosi się do przesłanek wykluczenia wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 8 i pkt 10 ustawy Pzp. Świadczą o tym zawarte w tych przepisach słowa: „w przypadku, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8” oraz „w przypadku, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 10”. Oznacza to, że dwuletni i roczny okres wykluczenia biegnący „od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia” nie znajduje zastosowania w dowolnych okolicznościach, a jedynie wtedy, gdy rzeczywiście doszło do wykluczenia wykonawcy w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 8 lub pkt 10 ustawy Pzp. Tymczasem w postępowaniu prowadzonym przez Nadleśnictwo Człopa oferta wykonawcy Zakład Usług Leśnych T.S. została odrzucona, ale na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp, czyli z powodu niespełnienia warunku udziału w postępowaniu. Skoro zatem ww. wykonawca (obecnie jeden z konsorcjantów Przystępującego) w ogóle nie był wykluczony z postępowania w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 8 lub pkt 10 ustawy Pzp, to nie może on (a w konsekwencji – Przystępujący) obecnie znajdować się w okresie wykluczenia, o którym mowa w art. 111 pkt 5 lub 6 ustawy Pzp. Nie zaistniał bowiem przypadek, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8 lub pkt 10 ustawy Pzp, do którego odsyła art. 111 pkt 5 i pkt 6 ustawy Pzp. Już tylko ten fakt powoduje, że nie zachodzi podstawa wykluczenia Przystępującego wynikająca z art. 111 pkt 5 lub pkt 6 ustawy Pzp.

Przechodząc jednak do drugiego zarzutu dotyczącego wprowadzenia w błąd obecnego Zamawiającego – Nadleśnictwo Krzyż z uwagi na zaznaczenie przez Przystępującego w JEDZ, że „nie znajduje się w sytuacji, gdzie w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia przedstawił informacje wprowadzające w błąd”, należy w pierwszej

kolejności zauważyć, że przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania mają charakter sankcyjny i z tego powodu należy je interpretować ściśle. Tym samym nie jest zasadna argumentacja Odwołującego, zgodnie z którą skoro w art. 109 ust. 1 pkt 8 i pkt 10 ustawy Pzp nie ma ograniczenia do aktualnie prowadzonego postępowania, to znaczy że przesłanki wykluczenia wykonawcy zachodzą także w przypadku wprowadzenia w błąd zamawiającego w innym postępowaniu. Należy podkreślić, że jest wręcz odwrotnie, gdyż zastosowanie zasady ścisłej wykładni podstaw wykluczenia prowadzi do wniosku, że skoro w art. 109 ust. 1 pkt 8 i pkt 10 ustawy Pzp nie ma wprost odniesienia do innych postępowań, to znaczy, że przepisy te mają zastosowanie wyłącznie w tym postępowaniu, które aktualnie dany zamawiający prowadzi i ocenia w nim ziszczenie się wobec niego przesłanek zawartych w ww. przepisach.

Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy należy wskazać, że w obecnym postępowaniu o udzielenie zamówienia Zamawiający Nadleśnictwo Krzyż nie może wykluczyć wykonawcy Zakład Usług Leśnych T.S. z powodu wprowadzenia w błąd co do dysponowania harvesterem zamawiającego - Nadleśnictwo Człopa w zakończonym kilka miesięcy temu innym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Pomijając w tym miejscu, czy rzeczywiście w tamtym postępowaniu doszło do wprowadzenia w błąd zamawiającego (Nadleśnictwo Człopa nie stwierdziło tej przesłanki wykluczenia), przede wszystkim należy stwierdzić, że wykluczenie wykonawcy w obecnie prowadzonym postępowaniu z powodu ewentualnego wprowadzenia w błąd zamawiającego w innym postępowaniu musiałoby być wynikiem dokonania rozszerzającej wykładni art. 109 ust. 1 pkt 8 lub pkt 10 ustawy Pzp, gdyż przepisy te w swej literalnej treści nie odnoszą się do innych postępowań. Taka wykładnia jest jednak niedopuszczalna, gdyż jak wskazano już wyżej, podstawy wykluczenia ze względu na swój sankcyjny charakter muszą być interpretowane ściśle. Powyższego nie zmienia fakt, że Odwołujący o braku dysponowania przez Zakład Usług Leśnych T.S. ww. harvesterem w postępowaniu prowadzonym przez Nadleśnictwo Człopa dowiedział się dopiero w obecnym postępowaniu prowadzonym przez Nadleśnictwo Krzyż. Raz jeszcze należy podkreślić, że w świetle treści art. 109 ust. 1 pkt 8 i pkt 10 ustawy Pzp zasada ścisłej wykładni podstaw wykluczenia wyłącza możliwość wykluczenia wykonawcy w obecnym postępowaniu z powodu wprowadzenia w błąd zamawiającego w innym postępowaniu (w sytuacji gdy tamten zamawiający nie stwierdził podstaw do takiego wykluczenia).

W tym miejscu nie sposób pominąć także zasady pewności prawa, która w przypadku przyjęcia argumentacji Odwołującego doznałaby niewątpliwie uszczerbku. Uznanie, że dopuszczalne jest wykluczenie wykonawcy w danym postępowaniu z powodu wprowadzenia przez niego w błąd zamawiającego w innym postępowaniu (mimo że w tym innym postępowaniu nie stwierdzono takiego faktu) prowadziłoby bowiem do sytuacji, w której przez okres roku lub 2 lat każdy zamawiający w kolejnych postępowaniach o udzielenie zamówienia mógłby w istocie kwestionować czynności podjęte wobec danego wykonawcy w innych postępowaniach. Takie sięganie wstecz do innych, zakończonych już postępowań, skutkowałoby nie tylko pomieszczeniem ról poszczególnych zamawiających w poszczególnych postępowaniach, ale też wobec upływu czasu utrudniałoby wykonawcom ewentualną obronę i przede wszystkim pozbawiałoby ich pewności, że decyzje podjęte wobec nich w danym postępowaniu nie będą wzruszane w innych postępowaniach.

Odnosząc się przy tym do podniesionej w odwołaniu kwestii „braku sankcji” wobec wykonawcy Zakład Usług Leśnych T.S., należy zauważyć, że w przypadku stwierdzenia określonych nieprawidłowości w postępowaniach o udzielenie zamówienia zakończonych już zawarciem umowy ustawodawca przewidział możliwość żądania unieważnienia tej umowy, oczywiście w określonym przepisami zakresie i trybie (art. 457 ustawy Pzp).

Wszystkie wyżej wskazane ustalenia Izby znajdują zastosowanie także wobec drugiej podniesionej przez Odwołującego kwestii dotyczącej osób, które wykonawca Zakład Usług Leśnych T.S. w postępowaniu prowadzonym przez Nadleśnictwo Człopa wskazał jako zatrudnione na podstawie umowy o pracę. Odwołujący zgłosił „wątpliwości”, czy ww. osoby prowadzące własną działalność gospodarczą w dniu 25.01.2024 r. rzeczywiście były zatrudnione przez tego wykonawcę na podstawie umowy o pracę. Po pierwsze zatem, ponownie należy stwierdzić, że nawet jeśli ww. wykonawca w zakończonym już postępowaniu prowadzonym przez Nadleśnictwo Człopa podał nieprawdziwą informację co do podstaw dysponowania ww. osobami (czego Nadleśnictwo Człopa nie stwierdziło), to w świetle treści art. 109 ust. 1 pkt 8 i pkt 10 ustawy Pzp, zasady ścisłej wykładni podstaw wykluczenia oraz zasady pewności prawa, niedopuszczalne byłoby wykluczenie go z tego powodu z obecnego postępowania prowadzonego przez Nadleśnictwo Krzyż. Po drugie, należy zauważyć, że zarzut dotyczący ww. osób został oparty wyłącznie na „wątpliwościach” Odwołującego i nie został w żaden sposób choćby uprawdopodobniony (zwłaszcza, że prowadzenie działalności gospodarczej nie wyłącza możliwości podjęcia pracy na podstawie umowy o pracę). Biorąc zatem pod uwagę, że ciężar dowodu spoczywał na Odwołującym (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp), który ciężarowi temu nie sprostał, zarzut nie mógł zostać uwzględniony (pomijając nawet treść art. 109 ust. 1 pkt 8 i pkt 10 ustawy Pzp i zasady ich wykładni). Z tych samych powodów Izba nie znalazła też podstaw, by w oparciu o art. 536 ustawy Pzp wzywać Przystępującego do złożenia dowodów w postaci dokumentów potwierdzających zapłatę przez Zakład Usług Leśnych T.S. składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne w odniesieniu do ww. osób. Trudno, żeby Przystępujący miał być zobowiązany

do składania dowodów w sytuacji braku złożenia jakichkolwiek dowodów przez Odwołującego, na którym jak już wyżej wskazano spoczywał ciężar dowodu w tej sprawie.

Reasumując, wobec faktu, że w zakończonym już postępowaniu prowadzonym przez Nadleśnictwo Człopa zamawiający ten nie stwierdził, aby wykonawca Zakład Usług Leśnych T.S. wprowadził go w błąd w zakresie dysponowania harwesterem i osobami zatrudnionymi w oparciu o umowę o pracę, w postępowaniu prowadzonym obecnie przez Nadleśnictwo Krzyż nie ma podstaw do wykluczenia Przystępującego na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 i pkt 10 ustawy Pzp także w związku z art. 111 pkt 5 i pkt 6 ustawy Pzp.

Wobec powyższego Izba oddaliła odwołanie, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 ustawy Pzp.

Orzeczenie Izby zostało wydane w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz w oparciu o stanowiska Stron i Przystępującego przedstawione w pismach procesowych i na rozprawie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Pzp oraz w oparciu o § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. a) i b) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437). Na koszty zasądzone na rzecz Zamawiającego składają się: 3600 zł – koszty wynagrodzenie pełnomocnika oraz łącznie 1497,27 zł – koszty związane z dojazdem na rozprawę (1147,27 zł – podróż i 350 zł – nocleg).

Przewodnicząca .....