Sygn. akt: KIO 1442/24

WYROK

Warszawa, dnia 15 maja 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej
25 kwietnia 2024 r. przez odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Elitelas sp. z o.o. z siedzibą w Baranowie Sandomierskim, Usługi Leśne i Ogrodnicze Elitelas sp. z o.o. z siedzibą w Baranowie Sandomierskim, K.M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych Elitelas K.M. pod adresem Rozalin 103, 39-460 Nowa Dęba w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Nowa Dęba z siedzibą w Nowej Dębie,

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 oraz 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego: Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Nowa Dęba z siedzibą w Nowej Dębie z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
   2.2 zasądza od Odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Elitelas sp. z o.o. z siedzibą w Baranowie Sandomierskim, Usługi Leśne i Ogrodnicze Elitelas sp. z o.o. z siedzibą w Baranowie Sandomierskim, K.M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych Elitelas K.M. pod adresem Rozalin 103, 39-460 Nowa Dęba na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) jako zwrot 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.

Przewodniczący …….....

Sygn. akt: KIO 1442/24

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

Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Nowa Dęba z siedzibą w Nowej Dębie (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 w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Nowa Dęba w roku 2024 – czwarty przetarg” (Numer referencyjny: ZG.270.2.2.2024), zwane dalej postępowaniem.
Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej - Dz.U. S: 59/2024 174668-2024 z 23 marca 2024 r.

25 kwietnia 2024 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Elitelas
sp. z o.o. z siedzibą w Baranowie Sandomierskim, Usługi Leśne i Ogrodnicze Elitelas
sp. z o.o. z siedzibą w Baranowie Sandomierskim oraz K.M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych Elitelas K.M.
pod adresem Rozalin 103, 39-460 Nowa Dęba (dalej: Odwołujący), wnieśli odwołanie
w zakresie części 1 pakiet 1 postępowania i zarzucili Zamawiającemu:

1. zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Usługi Wielobranżowe M.P., który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co stanowiło naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c oraz pkt 5 Pzp, a w konsekwencji

naruszenie zasad określonych w art 16 pkt 1 i 2 .

2.wybór jako najkorzystniejszej oferty na pakiet nr 1 część nr 1 złożonej przez wykonawcę Usługi Wielobranżowe M.P.

3.zaniechanie wyboru oferty na pakiet nr 1 część nr 1 złożonej przez Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1.unieważnienia czynności wyboru oferty na pakiet nr 1 część nr 1,

2.odrzucenia ofert na pakiet nr 1 część nr 1 złożonej przez wykonawcę Usługi Wielobranżowe M.P.,

3.dokonania ponownej oceny ofert i wyboru oferty Odwołującej się jako oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania Odwołujący wskazał m. in.:

W punkcie 3.1 Specyfikacji Warunków Zamówienia Zamawiający opisał zakres rzeczowy przedmiotu zamówienia jako usługi z zakresu gospodarki leśnej zgodnie z art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy z 28 września 1991 r. o lasach (tekst jedn.: Dz. U. z 2023 r. poz. 1356 – „Ustawa o lasach") obejmujące prace z zakresu hodowli i ochrony lasu, ochrony przeciwpożarowej, pozyskania i zrywki drewna, grodzenia i rozgradzania upraw, remonty grodzeń, utrzymanie obiektów leśnych - do wykonania na terenie Nadleśnictwa Nowa Dęba w roku 2024.

Z kolei w punkcie 7.1 pkt 4 lit. a II) SWZ Zamawiający zawarł obowiązek udowodnienia zdolności technicznej lub zawodowej Wykonawcy przez wykazanie 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 419 000,00 zł brutto polegające na wykonywaniu prac obejmujących zagospodarowanie lasu, pozyskanie i zrywkę drewna w okresie ostatnich trzech lat liczonych wstecz od dnia upływu terminu składania ofert a jeśli termin działalności wykonawcy jest krótszy, to w tym okresie.

Dowód: postanowienia SWZ.

Zamawiający zobowiązał Wykonawców do złożenia dowodów należytego wykonania zamówienia. Wymaganie to stanowi realizację normy określonej w § 9 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy.

Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia dokumentów i oświadczeń o których mowa

w punkcie 7.1 pkt 4 lit a) I).

Dowód: wezwanie do złożenia dokumentów.

W toku postępowania przetargowego pan M.P. złożył referencje wystawione przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Zakład Linii Kolejowych w Rzeszowie, Dział nawierzchni, Obiektów inżynieryjnych, budynków i budowli oraz inwestycji. Wynikało z nich, że Wykonawca zrealizował usługę wykonania pasów przeciwpożarowych na terenie IZ Rzeszów wzdłuż

linii kolejowej zgodnie z zasadami określonymi w Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury

w sprawie wymagań w zakresie odległości i warunków dopuszczających usytuowanie drzew

i krzewów, elementów ochrony akustycznej i wykonywania robót ziemnych w sąsiedztwie linii kolejowej, a także sposobu urządzania i utrzymywania zasłon odśnieżnych oraz pasów przeciwpożarowych. Odwołujący podniósł, że prace wykonywane w związku

z zabezpieczeniem przeciwpożarowym linii kolejowych przez wycinkę, karczowanie

i nasadzenia zastępcze są zupełnie innymi usługami od prac obejmujących zagospodarowanie lasu. Pojęcie zagospodarowania lasu ma inny zakres obejmujący prace z zakresu hodowli

i ochrony lasu, ochrony przeciwpożarowej lasów (a nie linii kolejowych), pozyskania i zrywki drewna, grodzenia i rozgradzania upraw, remonty grodzeń, utrzymania obiektów leśnych wynikające z ustawy z 28 września 1991 r. o lasach oraz 3.1 Specyfikacji Warunków Zamówienia. Prawidłowe wykonanie prac związanych z zagospodarowaniem lasu wymaga doświadczenia którego wybrany Wykonawca nie wykazał.

11 maja 2024 r. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający wskazał m. in.:

Wykonawca, pan M.P. wykazał się zrealizowaną usługą na rzecz PKP w Rzeszowie: „Wykonanie pasów przeciwpożarowych na terenie IZ Rzeszów, gdzie zakres prac obejmował urządzenie pasów przeciwpożarowych o łącznej długości 11,948 km polegających na wycince drzew w ilości 1471 sztuk, karczowanie pni, wykonanie nasadzeń zastępczych wzdłuż czynnej linii kolejowej nr 68 Lublin - Przeworsk (są to tereny leśne)". Wskazany zakres został opisany przez PKP w przedstawionej referencji z 1 lutego 2023 r. Również Wykonawca wskazał ten zakres usług w wykazie usług wykonanych oraz podał nie kwestionowaną wartość zamówienia która wynosiła 435 tys. zł. Tak więc na podstawie załączonej referencji i złożonego wykazu Zamawiający nie miał żadnych wątpliwości, że Wykonawca spełnił

warunek wymaganego doświadczenia gdyż zrealizował:

–zagospodarowanie lasu - które polegało na: karczowaniu pni, wykonaniu nasadzeń zastępczych,
–pozyskanie i zrywkę drewna – które polegało na wycince drzew w ilości 1471 sztuk.

Mając na uwadze wątpliwości Odwołującego przedstawione w odwołaniu, Zamawiający dodatkowo po złożonym odwołaniu wezwał Wykonawcę w trybie art. 128 ust. 4 Pzp do złożenia wyjaśnień które miały na celu uszczegółowienie zakresu wykonanych usług. W otrzymanej odpowiedzi (pismo z 7 maja 2024 r.), Wykonawca uszczegółowił wykonaną usługę na rzecz PKP Rzeszów wskazując że: wszystkie prace były wykonywane na terenach leśnych, częściowo wykupionych przez Polskie Linie Kolejowe S.A., oraz częściowo na terenie Lasów Państwowych, a pełny zakres wykonanych usług to;

1)pozyskanie i zrywka drewna - ścinka drzew w ilości 1471 szt. wraz z pocięciem
w sortyment o długości 1,20 m oraz zrywka na miejscu składowania i ułożenie w stosy.
2)zagospodarowaniu lasu - karczowanie pni, usuwanie podszytów, rozdrobnienie pozostałości drzewnych za pomocą mulczera leśnego, przygotowanie gleby tj. orka
pod nasadzenia - wykonanie nasadzeń zastępczych wzdłuż linii kolejowej.

Zagospodarowanie lasu to działalność człowieka zmierzającą do unormowania
i usystematyzowania w miejscu oraz czasie czynności gospodarczych w lesie w sposób umożliwiający trwałe zaspokajanie potrzeb społeczeństwa, w tym głównie w zakresie surowców drzewnych, z uwzględnieniem ochronnej roli lasu.
Definicja lasu, w kategorii prawa jest to teren konkretnie zdefiniowany i opisany w Ustawie
o Lasach z 1991 r.: za las uznany będzie teren o powierzchni minimum 0,1 ha i pokryty roślinnością leśną. Tak zdefiniowany warunek dopiero pozwoli w sposób prawidłowy ocenić wykazane doświadczenie przez wykonawcę.
Na etapie oceny ofert zamawiający nie może powoływać się na wymagania, których nie opisał w treści warunku SWZ. Musiałby wykazać istnienie okoliczności, które powodują, że sposób spełniania kwestionowanego warunku udziału w postępowaniu przez wykonawcę jest błędny
Ponadto z ostrożności procesowej należy zaznaczyć że zarzut Odwołującego o odrzuceniu oferty Wykonawcy M.P. jest przedwczesny gdyż czynności w prowadzonym postepowaniu należy wykonać w zgodzie z ustawa Pzp. Nie można odrzucić oferty wykonawcy za niespełnienie warunków podmiotowych jeżeli czynności tej nie poprzedzono wezwaniem
w trybie art. 128 ust. 1 ustawy do wykazania innymi podmiotowymi środkami dowodowymi które mogą potwierdzić spełnienie wymaganego warunku. Dopiero na skutek takiego wezwanie i nie niepotwierdzenie spełnienie warunku Zamawiający jest upoważniony
do odrzucenia oferty.

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 Stron
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 nie zasługuje ono na uwzględnienie.
Rozpoznając odwołanie Izba przeprowadziła dowody z dokumentacji postępowania,
ze szczególnym uwzględnieniem dokumentów wskazanych przez Strony w toku postępowania odwoławczego.
Izba ustaliła, co następuje:
Podstawą sporu następujący warunek udziału w postępowaniu, określony w punkcie 7.1 pkt 4 SWZ:
„W postępowaniu mogą brać udział Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału
w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej:
a)Warunek ten, w zakresie doświadczenia, zostanie 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):

I.dla Części nr 1 - Pakietu 01 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 419 000,00 zł brutto polegające

na wykonywaniu prac obejmujących zagospodarowanie lasu, pozyskanie

i zrywkę drewna, przy czym: (a) w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, co najmniej jeden z takich wykonawców powinien wykazać usługi z zakresu gospodarki leśnej o wartości stanowiącej co najmniej 50% łącznej wartości usług wymaganej w treści niniejszego warunku, (b) w przypadku polegania na doświadczeniu podmiotów udostępniających zasoby, co najmniej jeden z takich podmiotów lub wykonawca (a w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - co najmniej jeden z takich wykonawców) powinien wykazać usługi z zakresu gospodarki leśnej o wartości stanowiącej co najmniej 50% łącznej wartości usług wymaganej w treści niniejszego warunku".

Istotne dla rozstrzygnięcia były również następujące postanowienia SWZ:

9.2. W celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa

w pkt 7.1. SWZ, Zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty, działając

na podstawie art. 126 ust. 1 PZP wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych

na dzień złożenia następujących podmiotowych środków dowodowych:

a)Wykazu usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat (wstecz od dnia w którym upływa termin składania ofert), a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości brutto, przedmiotu (rodzaju wykonanych usług), dat wykonania (dat dziennych rozpoczęcia i zakończenia realizacji usług) i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie (…).

b)Dowodów określających, czy wskazane przez Wykonawcę w wykazie usługi

na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dot. zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia zostały wykonane lub są wykonywane należycie,

Dowodami, o których mowa powyżej są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli Wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie Wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy (wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert)".

Wykonawca Usługi Wielobranżowe M.P. na potrzebę wykazania spełnienia

ww. warunku udziału w postępowaniu złożył wykaz usług, w którym wskazał realizację zadania, którego przedmiotem było: „Urządzenie pasów przeciwpożarowych, wycinka drzew, karczowanie pni, wykonanie nasadzeń zastępczych". Zadanie zostało zrealizowane na rzecz PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Zakład Linii Kolejowych w Rzeszowie.

Na potwierdzenie należytej realizacji ww. usługi wykonawca złożył referencje o treści:

„PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Zakład Linii Kolejowych w Rzeszowie (...) potwierdza,

że firma Usługi Wielobranżowe M.P. (...) jako wykonawca wyłoniony w drodze przetargu nieograniczonego wykonał usługę pn.: Wykonanie pasów przeciwpożarowych

na terenie IZ Rzeszów. Usługa zostało wykonana zgodnie z obowiązującymi przepisami (...).

Zakres prac obejmował urządzenie pasów przeciwpożarowych o łącznej długości 11,948 km, wycinka drzew w ilości 1471 sztuk, karczowanie pni, wykonanie nasadzeń zastępczych wzdłuż czynnej linii kolejowej nr 68 Lublin-Przeworsk.

Zadanie zostało wykonane zgodnie z warunkami Umowy w terminie 03.09.2022-18.12.2022 roku za łączną kwotę 435 259,60 PLN (...) powiększone o należyty podatek od towarów

i usług".

Twierdzenia Odwołującego sprawdzały się przede wszystkim do kwestionowania zgodności

z SWZ usługi zrealizowanej przez wykonawcę Usługi Wielobranżowe M.P. ocenianej wyłącznie przez pryzmat treści referencji. Odwołujący nie podniósł żadnych zarzutów dotyczących wykazu usług złożonych przez tego wykonawcę. Tymczasem środkiem dowodowym na potwierdzenie spełnienia przez Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu miał być właśnie wykaz usług. Zadaniem referencji jest jedynie potwierdzenie, że usługa wskazana w wykazie została

zrealizowana należycie, zatem treść referencji, o ile nie stoi
w oczywistej sprzeczności z informacjami z wykazu usług, mają drugorzędne znaczenie
dla ustalenia i oceny zakresu zrealizowanego zadania.
Główny i właściwie jedyny argument Odwołującego brzmiał: „prace wykonywane w związku
z zabezpieczeniem przeciwpożarowym linii kolejowych poprzez wycinkę, karczowanie
i nasadzenia zastępcze są zupełnie innymi usługami od prac obejmujących zagospodarowanie lasu. Pojęcie zagospodarowania lasu ma inny zakres obejmujący prace z zakresu hodowli
i ochrony lasu, ochrony przeciwpożarowej lasów (a nie linii kolejowych), pozyskania i zrywki drewna, grodzenia i rozgradzania upraw, remonty grodzeń, utrzymania obiektów leśnych wynikające z ustawy z dnia 28 września 1991 r. o lasach oraz 3.1 Specyfikacji Warunków Zamówienia". Odwołujący nie uzasadnił, ani nawet w podstawowym zakresie nie wyjaśnił podstaw swojego twierdzenia. Nie wiadomo więc dlaczego Odwołujący uważał, że wycinka, karczowanie i nasadzenia zastępcze są zupełnie innymi usługami od prac obejmujących zagospodarowanie lasu. Podkreślenia wymaga przy tym, że ciężar dowodu ciążył
na Odwołującym, tym samym licząc na pozytywny wynik postępowania nie mógł on poprzestać na gołosłownych twierdzeniach.
W ocenie Izby treść referencji złożonych przez wykonawcę Usługi Wielobranżowe M.P. nie jest sprzeczna z wymogami SWZ określonymi w warunku udziału
w postępowaniu dotyczącym doświadczenia. Odwołujący nie podjął przy tym choćby próby udowodnienia podniesionych zarzutów, mimo, że miał taką możliwość – Wykonawca powołał się na realizację usługi na rzecz podmiotu publicznego, zatem Odwołujący miał możliwość uzyskać od tego podmiotu odpowiednie informacje na poparcie swoich twierdzeń.
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 …….....