Sygn. akt: KIO 3856/23

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 8 stycznia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Oskar Oksiński

Na posiedzeniu z udziałem stron w sprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczejw dniu 22 grudnia 2023 r. przez wykonawcę W.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych i Transportowych W.S. z siedzibą w Dzierżążnie Wielkim 118 w postępowaniu prowadzonym przez Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Krzyż z siedzibą w Łokaczu Małym, ul. Adama Mickiewicza 1

postanawia:

1.Umorzyć postępowanie,

2.Nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 13 500 zł. 00 gr (słownie trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy W.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych i Transportowych W.S. z siedzibą w Dzierżążnie Wielkim 118tytułem zwrotu 90% wpisu uiszczonego od odwołania.

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 3856/23

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego przyśpieszonego na wykonanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Krzyż w latach 2024-2025 zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 27 października 2023 r. za numerem 2023/S 208-651880.

W dniu 14 grudnia 2023 r. zamawiający poinformował o wyniku postępowania w zakresie części II.

W dniu 22 grudnia 2023 odwołanie wniósł wykonawca W.S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych i Transportowych W.S. z siedzibą w Dzierżążnie Wielkim 118. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 19 grudnia 2023 r. udzielonego przez właściciela firmy. Do odwołania dołączono dowód jego przekazania zamawiającemu.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w skorzystaniu ze środków ochrony prawnej z uwagi na to, że zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawcy Zakład Usług Leśnych J.B., ul. Żeromskiego 7, 64-761 Krzyż Wielkopolski wadliwie, z naruszeniem przepisów ustawy. W szczególności zamawiający zaniechał odrzucenia oferty wykonawcy Zakład Usług Leśnych J.B., mimo że nie spełnia on warunków udziału w postępowaniu oraz mimo że złożone przez niego podmiotowe środki dowodowe - dotyczącego zarówno samego wykonawcy oraz podmiotu trzeciego Zakład Usług Leśnych S.L. - nie potwierdzają braku podstaw wykluczenia oraz spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Gdyby zamawiający prawidłowo przeprowadził proces badania i oceny ofert - uznałby, że wykonawca Zakład Usług Leśnych J.B. nie spełnia warunków udziału w postępowaniu oraz że złożone przez niego podmiotowe środki dowodowe nie potwierdzają braku podstaw wykluczenia oraz spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a co za tym idzie odrzuciłby jego ofertę.

W takiej sytuacji odwołujący zachowa szanse na uzyskanie zamówienia, mimo że jego oferta jest skalsyfikowana jako trzecia w rankingu ofert, bowiem postępowanie prowadzone jest zgodnie z zasadami przewidzianymi dla procedury odwróconej, o której mowa w art. 139 ustawy (rozdz. 2 pkt 2.3 SWZ). Oznacza to, że jedyny wykonawca sklasyfikowany wyżej w rankingu ofert (Zakład Usług Leśnych R.K.) zostanie dopiero wezwany do złożenia dokumentów podmiotowych, zaś kwestia czy spełnia on warunki udziału w postępowaniu oraz nie podlega wykluczeniu z postępowania będzie dopiero przedmiotem badania przez zamawiającego, zaś odwołujący będzie mógł zakwestionować wybór jego oferty jako najkorzystniejszej w ramach środków ochrony prawnej.

Istnieje zatem możliwość, że w tym postępowaniu oferta odwołującego zostanie wybrana jako najkorzystniejsza. Natomiast w związku z naruszeniami ustawy, których dopuścił się zamawiający przy wyborze oferty wykonawcy Zakład Usług Leśnych J.B. odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, uzyskania zamówienia, jego prawidłowego wykonania, uzyskania zysku ekonomicznego oraz

potwierdzeń prawidłowego wykonania zamówienia.
Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:
I.art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 119 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Zakład Usług Leśnych J.B., mimo że nie spełnia on warunku udziału w postępowaniu z roz. 7 pkt 7.1. ppkt 4) lit. a) ppkt II) SWZ dotyczącego doświadczenia w realizacji prac z zakresu gospodarki szkółkarskiej, nasiennictwa oraz selekcji, jako że samodzielnie nie wykazał posiadania takiego doświadczenia oraz powołał się w tym zakresie na doświadczenie podmiotu trzeciego Zakład Usług Leśnych S.L., lecz doświadczenie tego podmiotu dotyczy jedynie prac w zakresie szkółkarstwa oraz nasiennictwa;
II.art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Zakład Usług Leśnych J.B. mimo, że nie spełnia on warunku udziału w postępowaniu z rozdz. 7 pkt 7.1. ppkt 4) lit. c) ppkt II) SWZ dotyczącego potencjału osobowego, jako że nie dysponuje co najmniej 1 osobą nadzoru oraz co najmniej 1 osobą, która ukończyła szkolenie w zakresie pracy ze środkami chemicznymi;
III.art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 118 ust. 2 i 3 w zw. z art. 119 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Zakład Usług Leśnych J.B., mimo że nie spełnia on warunku udziału w postępowaniu z roz. 7 pkt 7.1. ppkt 4) lit. a) ppkt II) SWZ dotyczącego doświadczenia w realizacji prac z zakresu gospodarki szkółkarskiej, nasiennictwa oraz selekcji, jako że samodzielnie nie wykazał posiadania takiego doświadczenia oraz powołał się w tym zakresie na doświadczenie podmiotu trzeciego Zakład Usług Leśnych S.L., lecz z treści zobowiązania do udostępnienia zasobów wynika, że udostępnienie potencjału na etapie realizacji zamówienia polegało będzie na wykonawstwie prac jedynie w zakresie szkółkarstwa oraz nie jest na obecnym etapie postępowania możliwe wezwanie wykonawcy do uzupełnienia zobowiązania do udostępnienia zasobów;
IV.art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 118 ust. 1 w zw. z art. 119 w zw. z art. 116 ust.2 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Zakład Usług Leśnych J.B., mimo że nie spełnia on warunku udziału w postępowaniu z rozdz. 7 pkt 7.1. ppkt 4) lit. a) ppkt II) SWZ dotyczącego doświadczenia, jako że samodzielnie nie wykazał posiadania takiego doświadczenia oraz powołał się w tym zakresie na doświadczenie podmiotu trzeciego Zakład Usług Leśnych S.L., lecz potencjał ten nie będzie wykorzystany na etapie realizacji zamówienia z uwagi na zaangażowanie do równoległej realizacji innych umów o zamówienie;
V.art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c w zw. z art. 118 ust. 2 i 3 w zw. z art. 119 ustawy oraz art. 128 ust. 4 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Zakład Usług Leśnych J.B., mimo że nie spełnia on warunku udziału w postępowaniu z rozdz. 7 pkt 7.1. ppkt 4) lit. a) ppkt II) SWZ dotyczącego doświadczenia w realizacji prac z zakresu gospodarki szkółkarskiej, nasiennictwa oraz selekcji, jako że samodzielnie nie wykazał posiadania takiego doświadczenia oraz powołał się w tym zakresie na doświadczenie podmiotu trzeciego Zakład Usług Leśnych S.L., lecz z referencji nie wynika, że podmiot ten samodzielnie wykonał prace w zakresie szkółkarstwa oraz nasiennictwa o wartości wymaganej w warunku udziału w postępowaniu;
VI.art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c w zw. z art. 118 ust. 1 ustawy oraz art. 128 ust. 1 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Zakład Usług Leśnych J.B., mimo że nie złożył on podmiotowych środków dowodowych w postaci - oświadczenia Wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania oraz zaświadczenia właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych - potwierdzających, że wobec podmiotu trzeciego Zakład Usług Leśnych S.L. nie zachodzą podstawy wykluczenia z postępowania;
VII.art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy oraz art. 128 ust. 1 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Zakład Usług Leśnych J.B., mimo że złożony przez niego podmiotowy środek dowodowy w postaci zaświadczenia właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych nie potwierdza braku podstaw wykluczenia z postępowania.
Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:
1.unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
2.odrzucenia oferty wykonawcy Zakład Usług Leśnych J.B.;
3.wezwania wykonawcy Zakład Usług Leśnych J.B. do uzupełnienia lub wyjaśnienia podmiotowych środków dowodowych;
4.przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert w postępowaniu z pominięciem oferty wykonawcy Zakład Usług Leśnych J.B.,
Ponadto o zasądzenie na rzecz odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa według spisu, który przedłożony zostanie na rozprawie (faktura).
Odwołanie dotyczy pakietu II.
W dniu 23 grudnia 2023 r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.
W dniu 2 stycznia 2024 r. (wpływ pisma do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, pismo złożone w placówce pocztowej operatora publicznego w dniu 27 grudnia 2023 r.) do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił się

wykonawca J.B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych J.B. z siedzibą w Łokaczu Małym. Wniósł o oddalenie odwołania w całości. Wskazał, że jako wykonawca wybrany posiada interes w rozstrzygnięciu korzystnym dla zamawiającego, gdyż w skutek odrzucenia jego oferty w przypadku uwzględnienia odwołania utraciłby szansę na uzyskanie zamówienia, możliwość jego wykonania oraz wszystkich związanych z tym skutków. W szczególności utratą możliwości uzyskania przychodów w wyniku wykonania zamówienia publicznego, braku możliwości rozwoju zawodowego czy umożliwienia zdobycia nowych referencji oraz doświadczenia w zakresie zamówienia publicznego o określonej specyfice. Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 26 grudnia 2023 r. udzielonego przez właściciela firmy. Do zgłoszenia dołączono dowody przekazania zgłoszenia stronom.

W dniu 5 stycznia 2024 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że:

(A)uwzględnił odwołanie w zakresie:

-zarzutu nr I dot. naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) w zw. z art. 119 ustawy;

-zarzutu nr III dot. naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) w zw. z art. 118 ust. 2 i 3 w. zw. z art. 119 ustawy;

-zarzutu nr VI dot. naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) w zw. z art. 118 ust. 1 ustawy oraz art. 128 ust. 1 PZP w części odnoszącej się do zaświadczenia właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych złożonego dla podmiotu udostępniającego zasoby;

-zarzutu nr VII dot. naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) oraz art. 128 ust. 1 ustawy;

(B)wniósł o:

(i)o oddalenie odwołania w nieuwzględnionej części jako bezzasadnego;

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

(iii)zasądzenie na rzecz zamawiającego od odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego wraz z kosztami dojazdu na posiedzenie, według spisu kosztów przedłożonego na posiedzeniu.

W dniu 6 grudnia 2023 r. odwołujący oświadczył, że cofa wniesione odwołanie w całości.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie zostało wniesione z uchybieniem terminu na jego wniesienie określonego w art. 525 ust. 1 ustawy w związku z art. 525 ust. 2 i art. 508 ust. 2 ustawy, tym samym przystępujący nie staje się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Według ustalonego stanu faktycznego zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania w dniu 23 grudnia 2023 r., termin do wniesienia przystąpienia, uwzględniając art. 509 ust. 2 ustawy, upłynął w dniu 27 grudnia 2023r., co potwierdził sam przystępujący w przystąpieniu Natomiast zgłoszenie przystąpienia wnosi się do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w terminie trzech dni od dnia otrzymania kopii odwołania. Do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przystąpienie wpłynęło w dniu 2 stycznia 2024 r.

W przedmiotowej sprawie należy mieć na względzie brzmienie art. 508 ustawy, który stanowi, że pisma w postępowaniu odwoławczym wnosi się w formie pisemnej albo w formie elektronicznej albo w postaci elektronicznej, z tym że odwołanie i przystąpienie do postępowania wniesione w postaci elektronicznej, wymagają opatrzenia podpisem elektronicznym. Natomiast, pisma w formie pisemnej wnosi się z pośrednictwem operatora pocztowego, w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. – Prawo pocztowe, osobiście, za pośrednictwem posłańca, a pisma w postaci elektronicznej wnosi się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Podkreślenia wymaga, że wskazany wyżej przepis regulujący terminy nie stanowią o tym, że równoznaczne z wniesieniem pisma jest jego złożenie w placówce pocztowej operatora publicznego. Tym samym, dla zachowania terminu uzupełnienia braków, konieczne jest jego doręczenie w wymaganym terminie Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej. Stanowisko takie potwierdził Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 7 lutego 2014 roku, sygn. akt II CZP 90/13, wydanej co prawda na gruncie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych, lecz zachowującej swoją aktualność również w stanie prawnym regulowanym przez ustawy. Izba dostrzegła, że przepis art. 508 ust. 2 ustawy nie ustanawia domniemania prawnego jak w art. 165 § 2 Kodeksu postępowania cywilnego, zgodnie z którym oddanie pisma procesowego w polskiej placówce pocztowej operatora wyznaczonego w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. - Prawo pocztowe lub w placówce pocztowej operatora świadczącego pocztowe usługi powszechne w innym państwie członkowskim Unii Europejskiej jest równoznaczne z wniesieniem go do sądu. Wobec tego przystąpienie winno zostać doręczone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej najpóźniej w dniu 27 grudnia 2023 roku. Forma pisemna przystąpienia została zaś doręczona w dniu 2 stycznia 2022 roku, czyli z uchybieniem terminu, o którym mowa w art. 525 ustawy.

Te okoliczności powodują, że zgłoszenie przystąpienia nie mogło być uznane za skuteczne.

Jak wynika z ustalonego stanu faktycznego zamawiający uwzględnił część zarzutów, a po jego stronie nie przystąpił skutecznie żaden wykonawca. Odwołujący zaś oświadczył, że cofa odwołanie w całości. Taki stan faktyczny nadaje się

do subsumpcji pod normę prawną art. 520 ust. 1 i 2 ustawy, które stanowią, że odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy i cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby. W tym stanie rzeczy Izba wydała postanowienie o umorzeniu postepowania, działając na podstawie art. 568 ust. 1 ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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) na podstawie par. 9 ust. 1 pkt. 3 lit a cyt. rozporządzenia nakazując zwrot odwołującemu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 90% uiszczonego wpisu.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca:……..