

WYROK

Warszawa, dnia 18 stycznia 2024r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Joanna Gawdzik-Zawalska

Członkowie: Przemysław Dzierzędzki

Danuta Dziubińska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A.w dniu 27 grudnia 2023 r. przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia M.C. - Usługi Leśne i Transport M.C., Polczyn Zdrój (KIO 3894/23)

B.w dniu 27 grudnia 2023 r. przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia J.C. - Usługi Leśne J.C., Polczyn Zdrój (KIO 3901/23)

w postępowaniu prowadzonym przez Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe - Nadleśnictwo Polczyn, Polczyn Zdrój

orzeka:

KIO 3894/23

1.Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe - Nadleśnictwo Polczyn unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie zaskarżonych pakietów, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego M.C. - Usługi Leśne i Transport M.C., Polczyn Zdrój i powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,

2.kosztami postępowania obciąża zamawiającego 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 1 189 zł 00 gr poniesioną przez odwołującego tytułem kosztów związanych z posiedzeniem i rozprawą noclegu i opłaty parkingowej, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia i wydatków pełnomocnika odwołującego oraz kwoty wynagrodzenia i wydatków pełnomocnika zamawiającego tj. kwotę 355 zł 00 gr (słownie: trzysta pięćdziesiąt pięć złotych zero groszy) poniesioną przez pełnomocnika zamawiającego tytułem kosztów noclegu, kwotę 1 186 zł 52 gr (słownie: jeden tysiąc sto osiemdziesiąt sześć złotych pięćdziesiąt dwa grosze) poniesioną przez pełnomocnika zamawiającego tytułem kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę i kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych i zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika z ograniczeniem do kwoty 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy)

2.2.zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 19 789 zł 00 gr (słownie: dziewiętnaście tysięcy siedemset osiemdziesiąt dziewięć złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego po stronie odwołującego.

KIO 3901/23

1.Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe - Nadleśnictwo Polczyn unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie zaskarżonych pakietów, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego J.C. - Usługi Leśne J.C., Polczyn Zdrój i powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,

2.kosztami postępowania obciąża zamawiającego 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 kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia i wydatków pełnomocnika odwołującego a także kwotę wynagrodzenia i wydatków pełnomocnika zamawiającego 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych i zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

2.2.zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego po stronie odwołującego.

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:.....

Członkowie:

.....

UZASADNIENIE

Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe - Nadleśnictwo Polczyn, Polczyn Zdrój (dalej również: Zamawiający) prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz.U.2023.1605 t.j. z późn. zm.) (dalej również: Ustawa lub Pzp)postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Polczyn w roku 2024” o nr S.270.1.4.2023, z podziałem na 12 części (pakietów), z których rozstrzygnięcie w zakresie Pakietu 02.2024 obejmującego leśnictwo Buślary i Pakietu 05.2024 obejmującego leśnictwo Ogrodno i Kołaczobjęte jest sprawą KIO 3894/23 a w zakresie Pakietu 04.2024 obejmującego leśnictwo Popielewo objęte jest sprawą KIO 3901/23 (dalej również: Postępowanie).

W dniu 27 grudnia 2023 r. do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w Warszawie wniesione zostały odwołania przez ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego w ramach Postępowania wykonawców:

A.ubiegającego się o udzielenie zamówienia M.C. - Usługi Leśne i Transport M.C., Polczyn Zdrój w sprawie o sygnaturze akt KIO 3894/23 (dalej: Odwołujący)

B.ubiegającego się o udzielenie zamówienia J.C. - Usługi Leśne J.C., Polczyn Zdrój w sprawie o sygnaturze akt KIO 3901/23 (dalej: Odwołująca) (oraz łącznie: Odwołujący).

Odwołujący wnieśli odwołanie wobec niezgodnych z przepisami czynności Zamawiającego w zakresie - każdy z nich - pakietów, w których złożyli oferty, polegających na odrzuceniu ofert i unieważnieniu Postępowania oraz zaniechania czynności w Postępowaniu polegającej na nie wezwaniu wykonawcy do złożenia wyjaśnień i nie poczynienia ustalenia, czy oferty faktycznie zostały sporządzone osobno.

Odwołujący zarzucili Zamawiającemu naruszenie:

rt. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej również: uznk) w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (dalej również uokik) polegające na odrzuceniu ofert Odwołujących i unieważnieniu Postępowania, mimo że złożenie ofert nie stanowiło czynu nieuczciwej konkurencji oraz nie było sprzeczne z prawem i dobrymi obyczajami;

rt. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 4 pkt 5 i 14 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez odrzucenie ofert Odwołujących w związku z błędnym uznaniem, że Odwołujący podlegają wykluczeniu z Postępowania z uwagi na fakt zawarcia porozumienia mającego na celu obejście ustanowionego ograniczenia, zapewniającego Odwołującemu udział w realizacji większej części zamówienia, co narusza konkurencję na rynku, mimo że pomiędzy oboma podmiotami nie doszło do jego zawarcia;

rt. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w zw. z pkt. 3.1. ppkt. 7 SWZ w zw. z art. 83 k.c. dla postępowania polegające na odrzuceniu ofert i unieważnieniu Postępowania w związku z błędnym uznaniem, że Odwołujący złożył faktycznie trzy oferty, zaś czynności drugiego wykonawcy miały charakter pozorny mimo, że oferty zostały złożone niezależnie, bez czynienia jakichkolwiek uzgodnień z drugim wykonawcą;

rt. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w zw. z art. 118 ust. 2 Pzp poprzez odrzucenie ofert i unieważnianie Postępowania wobec błędnego uznania przez Zamawiającego, że małżonka Odwołującego nie może polegać na zasobach innego podmiotu powiązanego rodzinnie, który udostępnił jej jedynie niewielki ich zakres;

rt. 124 pkt. 2 Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego wezwania do wyjaśnień i ustalenia, czy oferty faktycznie zostały sporządzone osobno.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący wnosili o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności z dnia 18 grudnia 2023 r. polegającej na unieważnieniu Postępowania i odrzuceniu ofert Odwołujących.

Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania.

Odwołujący wnosili o dopuszczenie dowodu z dokumentów składających się na dokumenty postępowania oraz z ich przesłuchania.

Izba dopuściła i przeprowadziła wnioskowane dowody.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu (10 dni) przewidzianego w art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a) Pzp. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu z zachowaniem terminu, o którym mowa w art. 514 ust. 2 i 3 Pzp.

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołań na podstawie art. 528 Ustawy. Izba uznała, że Odwołujący wykazali interes w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody jako przesłanki materialnoprawnej dopuszczalności odwołania z art. 505 ust. 1 Ustawy.

Mając na uwadze zebrany w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron Izba uznała, że zarzuty potwierdziły się i uwzględniła odwołania, co skutkuje koniecznością unieważnienia przez Zamawiającego czynności

unieważnienia Postępowania w skarżonych częściach, unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołujących wraz z poprzedzającym ją wykluczeniem oraz ponownego dokonania oceny ofert z uwzględnieniem ofert Odwołujących.

Dla przyjęcia prawidłowości skarżonej decyzji Zamawiającego konieczne byłoby potwierdzenie zakwestionowanych odwołań podstaw wskazanych w uzasadnieniu odrzucenia ofert. W niniejszej sprawie wykazano zaś, że podstawy te nie znajdują oparcia w stanie faktycznym.

Izba stwierdza, że stan faktyczny pomiędzy stronami był niesporny poza kwestią oceny okoliczności ustalonych przez Zamawiającego jako dających podstawę do uznania za wiarygodne wypełnienia się przesłanek wykluczenia i odrzucenia ofert jako będących efektem zмовы i złożenia oferty Odwołującej dla pozoru i z naruszeniem ograniczenia możliwości realizacji maksymalnie dwóch pakietów (części zamówienia) przez jednego wykonawcę -Odwołującego - wobec obowiązku wykonania co najmniej usług o wartości 592 000 zł brutto przez udostępniającego zasoby.

Ustalając stan faktyczny Izba dopuściła dowody wnioskowane przez Strony a także uwzględniła stanowiska stron.

Izba w oparciu o dokumenty postępowania, w szczególności SWZ, oferty, informację z otwarcia ofert oraz spójne lub niesporne oświadczenia Stron ustaliła bezsporne okoliczności, że:

- 1) Przedmiotem zamówienia są usługi z zakresu gospodarki leśnej zgodnie z określeniem w art. 6 ust. 1 pkt. 1 ustawy z dnia 28 września 1991 r. o lasach (tekst jedn.: Dz. U. z 2023 r. poz. 1356 ze zm. - „Ustawa o lasach”) obejmujące prace z zakresu hodowli i ochrony lasu, ochrony przeciwpożarowej, pozyskania i zrywki drewna oraz gospodarki łąkowo-rolnej i łowieckiej, do wykonania na terenie Nadleśnictwa Polczyn w roku 2024.;
- 2) Postępowanie podzielone było na 12 części (Pakietów),
- 3) Zakres rzeczowy przedmiotu zamówienia obejmuje sumaryczne ilości prac z zakresu hodowli i ochrony lasu, ochrony przeciwpożarowej, pozyskania i zrywki drewna oraz gospodarki łąkowo-rolnej i łowieckiej wynikające z Załącznika nr 2 do SWZ, odrębnie dla danego Pakietu;
- 4) Zamawiający ograniczył możliwość składania ofert przez jednego wykonawcę do maksymalnie dwóch Pakietów; Złożenie ofert na większą ilość Pakietów skutkować będzie odrzuceniem ofert we wszystkich Pakietach, na które złożone zostały oferty. Powyższe dotyczy ofert złożonych samodzielnie przez wykonawcę jak i ofert złożonych przez tego wykonawcę działającego w konsorcjum (ubiegającego się o udzielenie zamówienia wspólnie z innymi wykonawcami). Zgodnie z wyjaśnieniem Zamawiającego ograniczenie podyktowane było wcześniejszymi negatywnymi doświadczeniami, gdy kilka pakietów nie było wykonywanych przez jednego wykonawcę;
- 5) Zamawiający przewidział w pkt. 7.1. ppkt 4) lit. a) SWZ, że warunek udziału w Postępowaniu 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) spełnił takie same warunki z innymi wartościami tj.:
 - dla Pakietu 02.2024 - leśnictwo Buślary 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 976 000 zł brutto polegające na wykonywaniu prac obejmujących jednocześnie pozyskanie i zrywkę drewna oraz zagospodarowanie lasu, 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;
 - dla Pakietu 04- leśnictwo Popielary - **o wartości nie mniejszej niż 592 000 zł brutto;**
 - dla Pakietu 05 – leśnictwo Ogrodno i Kołacz - o wartości nie mniejszej niż 1 610 000 zł brutto;
- 6) Zamawiający przewidział, że warunek udziału w Postępowaniu w zakresie potencjału technicznego, zostanie uznany za spełniony, jeśli Wykonawca wykaże, że dysponuje lub będzie dysponować:
 - dla Pakietu 02.2024 - leśnictwo Buślary: co najmniej 1 szt. maszyn leśnych typu harwester, co najmniej 2 szt. ciągników zrywkowych lub ciągników przystosowanych do zrywki drewna,
 - dla Pakietu 04.2024 - leśnictwo Popielewo: co najmniej 1 szt. maszyn leśnych typu harwester, co najmniej 2 szt. ciągników zrywkowych lub ciągników przystosowanych do zrywki drewna,
 - dla Pakietu 05.2024 - leśnictwa Ogrodno i Kołacz: co najmniej 1 szt. maszyn leśnych typu harwester, co najmniej 3 szt. ciągników zrywkowych lub ciągników przystosowanych do zrywki drewna;
- 7) Zamawiający przewidział, że warunek udziału w Postępowaniu w zakresie osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia, zostanie uznany za spełniony, jeśli Wykonawca wykaże, że dysponuje lub będzie dysponować:
 - dla Pakietu 02.2024 - leśnictwo Buślary:
 - a. co najmniej 4 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;

b. co najmniej 1 osobą nadzoru z wykształceniem leśnym wyższym, leśnym średnim lub posiadającymi dyplom ukończenia studium zawodowego świadczenia usług na rzecz leśnictwa;

c. 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.

- dla Pakietu 04.2024 - leśnictwo Popielewo, odpowiednio:

a. co najmniej 4 osobami,

b. co najmniej 1 osobą nadzoru,

c. co najmniej 2 osobami,

- dla Pakietu 05.2024 - leśnictwa Ogrodno i Kołacz

a. co najmniej 6 osobami,

b. co najmniej 1 osobą nadzoru,

c. co najmniej 4 osobami;

8) Zamawiający nie wprowadził ograniczenia co do możliwości samodzielnej lub z powierzeniem podwykonawcom realizacji przedmiotu zamówienia;

9) Zamawiający przewidział, że Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych, z zastrzeżeniem, że w przypadku powoływania się na zasoby podmiotu udostępniającego zasoby celem wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, warunek określony w 7.1. ppkt 4) lit a) SWZ 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 warunku. W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia Wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają usługi, do realizacji, których te zdolności są wymagane. Zamawiający ocenia, czy udostępniane Wykonawcy przez podmioty udostępniające zasoby zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa, pozwalają na wykazanie przez Wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt 7.1. ppkt 3) i 4) SWZ, a także bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, które zostały przewidziane w pkt 6.1.-6.4. SWZ względem Wykonawcy. Podmiot, który zobowiązał się do udostępnienia zasobów, odpowiada solidarnie z Wykonawcą, który polega na jego sytuacji finansowej, za szkodę poniesioną przez Zamawiającego powstałą wskutek nieudostępnienia tych zasobów, chyba że za nieudostępnienie zasobów podmiot ten nie ponosi winy. Jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe, sytuacja finansowa podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, Zamawiający żąda, aby Wykonawca w terminie określonym przez Zamawiającego zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu.

10) Izba ustaliła wobec brzmienia warunków dotyczących doświadczenia, że przy poleganiu na zasobach podmiotu trzeciego, Wykonawca lub podmiot trzeci wykazać winni się doświadczeniu w wykonaniu usług referencyjnych o łącznej wartości co najmniej 50% z 592 000 zł brutto to jest 296 000 zł brutto; Zamawiający nie precyzował w jakim zakresie faktycznie podmiot udostępniający wykonać ma usługi referencyjne w ramach przedmiotu zamówienia ;

11) Zamawiający przewidział wykluczenie wykonawcy zgodnie z art. 108 ust. 1 pkt 5) Pzp, jeżeli Zamawiający może stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że Wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, w szczególności jeżeli należąc do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jedn.: Dz. U. z 2023 r. poz. 1689 z późn. zm.j, złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, chyba że wykaza, że przygotowali te oferty lub wnioski niezależnie od siebie;

12) Pakiet 04.2024 – leśnictwo Buślary przewidywał zarówno usługi z zakresu pozyskiwania i zrywki drewna i zagospodarowania lasu jak i inne;

Izba ustaliła również, w oparciu o oferty i załączone doń przedmiotowe środki dowodowe, że:

13) W terminie składania ofert na Pakiet 02.2024, 04.2024 i 05.2024 wpłynęły następujące oferty:

- Pakiet 02.2024 - leśnictwo Buślary: oferta złożona przez p. M.C. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Usługi Leśne i Transport M.C.”, z miejscem prowadzenia działalności: ul. Polna 2, 78-320 Polczyn-Zdrój na kwotę 1.948.744,44 zł brutto;
- Pakiet 04.2024 - leśnictwo Popielewo: oferta złożona przez p. J.C. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą „Usługi Leśne J.C.”, z miejscem prowadzenia działalności ul. Polna 2, 78-320 Polczyn-Zdrój na kwotę 1.196.221,83 zł brutto;
- Pakiet 05.2024 - leśnictwo Ogrodno i Kołacz: oferta złożona przez p. M.C. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Usługi Leśne i Transport M.C.”, z miejscem prowadzenia działalności: ul. Polna 2, 78-320 Polczyn-Zdrój na kwotę 2.120.518,53 zł brutto;

14) Pakiety realizowane będą przez Odwoływających przez inny personel i inne urządzenia.

15) Odwołująca oparła się w zakresie doświadczenia zawodowego na doświadczeniu własnym i na doświadczeniu (zasobach) podmiotu trzeciego – Odwołującego - w zakresie doświadczenia zawodowego, zdolności technicznych i zasobów technicznych;

16) Odwołująca wskazała, że w ramach warunku opisanego w pkt. z pkt. 7.1. ppkt 4) lit. a) SWZ wykonała usługi referencyjne na wartość łączną 332 820,20 zł brutto, i w ramach polegania na zasobach Odwołującego na wartość łączną 954 246,53 zł brutto.

17) Odwołujący jako podmiot udostępniający zasoby wypełnił załącznik nr 6 do SWZ oświadczając, że udostępnił Odwołującej zasoby w postaci: zdolność zawodowa polegająca na pozyskaniu i zrywce drewna, zagospodarowaniu lasu oraz zasoby techniczne – użyczenie maszyn na potrzeby spełnienia warunku. Oświadczył, także że: „Wykonawca będzie mógł wykorzystywać ww. zasoby przy wykonywaniu zamówienia w następujący sposób: DYSPONOWAĆ MASZYNAMI TYPIU HARWESTER I FORWARDER SZT 2 DC WYKONYWANIA USŁUG Z ZAKRESU POZYSKANIA I ZRYWKI DREWNA. WOLAŁOBY WYKONYWAĆ PRACĘ W ZAKRESIE POZYSKANIA I ZRYWKI DREWNA. W WYKONYWANIU ZAMÓWIENIA BĘDZIEMY UCZESTNICZYĆ W NASTĘPUJĄCYM CZASIE I ZAKRESIE: PRZEZ CAŁY OKRES TRWANIA UMOWY. Ww. podmiot trzeci, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje usługi, których wskazane zdolności dotyczą. Z Wykonawcą łączyć nas będzie WSPÓŁPRACA, WYMIANY DOŚWIADCZENIA ZAWODOWEGO”.

W oparciu o przesłuchanie i wyjaśnienia Odwoływających, którym Izba dała wiarę, jako spójnym i zgodnym z doświadczeniem życiowym i logiką i niesprzecznym z dokumentami postępowania lub znajdującym w nich bezpośrednie oparcie, ustaliła, że:

18) Odwołujący brał będzie udział w realizacji Pakietu 04, w tym również w drodze bezpośredniego nadzoru pracy pracowników Odwołującej;

19) Odwołująca wykonywać będzie samodzielnie dużą część usług objętych przedmiotem zamówienia Pakietu 04, w tym również w zakresie referencyjnym;

20) Odwołujący od wielu lat (Odwołujący od 1996 r., Odwołująca od 2019 r.) prowadzą w zakresie usług związanych z leśnictwem gospodarki leśnej odrębnie i każdy z nich ma doświadczenie w tym zakresie, w tym Odwołujący także na rzecz Zamawiającego a Odwołująca także na rzecz Odwołującego; Odwołująca przed rozpoczęciem działalności gospodarczej pracowała na rzecz Odwołującego w zakresie usług związanych z leśnictwem, gospodarki leśnej i z tego tytułu ma również doświadczenie (tutaj również CEIDG, wykazy usług, referencje, oświadczenia Odwoływających oraz wyjaśnienia Zamawiającego);

21) Każdy z Odwoływających zatrudnia własny personel i posiada własne narzędzia do wykonywania usług (tutaj także wykazy i oświadczenia Odwoływających);

22) Odwołujący współpracują przy wykonywaniu zleceń; (tutaj także wyjaśnienia Zamawiającego i oświadczenia Odwoływających)

Izba uznała za nieprawidłowe i nie wynikające z oferty ani żadnych innych dokumentów założenie Zamawiającego, co do tego, że Odwołujący „jako podmiot udostępniający zasoby w ramach Pakietu 04 zobowiązany byłby wykonać usługi wskazane w warunku o wartości w tym warunku podanej (tj. usługi z zakresu gospodarki leśnej o wartości nie mniejszej niż 592 tys. zł brutto obejmujące pozyskanie i zrywkę drewna oraz zagospodarowanie lasu. Usługi, które przypadłyby do wykonania p. Mariuszowi Chłopeckiemu opiewają na wartość odpowiadającą blisko połowie wartości wszystkich usług objętych tym Pakietem”. Założenie to w ocenie Izby nie znajduje oparcia i uzasadnienia w treści SWZ, który reguluje wyłącznie wartość usługi referencyjnej i nie definiuje ani nie reguluje udziału i wartości prac polegających na wykonywaniu prac obejmujących jednocześnie pozyskanie i zrywkę drewna oraz zagospodarowanie lasu w ramach Pakietu 04 w tym przez podmiot udostępniający zasoby/ podwykonawcę.

W oparciu o przesłuchanie i wyjaśnienia Odwoływających, którym Izba dała wiarę, jako spójnym i zgodnym z doświadczeniem życiowym i logiką i niesprzecznym z dokumentami postępowania, ustaliła, że:

23)Ze względów zdrowotnych i wieku Odwołujący ograniczyli zakres geograficzny usług i zdecydowali o złożeniu ofert dla Zamawiającego;

24)Ze względów na ograniczenie możliwości składania ofert dla dwóch części podjęli decyzje o złożeniu ofert odrębnie i dla większej ilości Pakietów;

25)Oferty przygotowywane były przez każdego z Odwołujących odrębnie i przez inny podmiot;

26)Odwołujący nie zawarli porozumienia w celu zakłócenia konkurencji.

Izba w oparciu o decyzje Zamawiającego o odrzuceniu ofert Odwołujących i unieważnieniu Postępowania w zakresie Pakietów 02, 04 i 05, ustaliła, że:

27)Oferty Odwołujących odrzucone zostały na podstawie:

-art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp;

-art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 uokik oraz

-art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 uokik w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik oraz, że unieważnienie Postępowania nastąpiło na podstawie art. 255 pkt 2 Pzp;

28)Jako uzasadnienie odrzucenia ofert Zamawiający wskazał, że:

- Odwołujący jest jej mężem i udostępnia zasoby celem wykazania warunku doświadczenia;

- w przypadku udostępniania doświadczenia zgodnie z art. 118 ust. 2 Pzp w odniesieniu do warunków dotyczących doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonują usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane;

- Odwołujący jako podmiot udostępniający zasoby w ramach Pakietu 04.2024 zobowiązany jest wykonać usługi referencyjne o wartości w tym warunku podanej (tj. usługi z zakresu gospodarki leśnej o wartości nie mniejszej niż 592 tys. zł brutto obejmujące pozyskanie i zrywkę drewna oraz zagospodarowanie lasu) a więc o wartości odpowiadającej blisko połowie wartości wszystkich usług objętych tym pakietem;

- powyższe wskazuje na obejście zakazu składania maksymalnie ofert do dwóch Pakietów i realizację zamówienia przez Odwołującego w więcej niż dwóch pakietach, co stanowi o możliwości zakłócenia konkurencji, będącej wynikiem porozumienia pomiędzy Odwołującymi, które „umożliwiało im faktyczne złożenie ofert częściowych w takiej konfiguracji, aby ze sobą nie konkurować, a jednocześnie umożliwić szerszy udział w zamówieniu, niż byłby on udziałem pozostałych wykonawców. Nie zaistniała bowiem sytuacja, w której na poszczególne części zamówienia obaj ww. wykonawcy złożyliby oferty, konkurując ze sobą w danej części. Sytuacja ta dawała faktyczną przewagę ww. wykonawcom nad innymi uczestnikami postępowania poprzez zapewnienie sobie możliwości zaoferowania większej ilości ofert częściowych, co stwarzało większe szanse na uzyskanie zamówienia przez p. M.C.”, co stanowi naruszenie art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp wobec wykonywania przez Odwołującego co najmniej połowy usług objętych Pakietem 04 (zapis SWZ dotyczącywarunku i art. 118 Pzp) pozornie realizowanego przez Odwołującą a więc z obejściem zakazu z SWZ;Według Zamawiającego czyn nieuczciwej konkurencji polegał na tym, że „ww. wykonawcy zawarli porozumienie, którego celem jest obejście ustanowionego przez Zamawiającego ograniczenia i zapewnienie sobie udziału w realizacji większej liczby części zamówienia, niż to przewidywał Zamawiający.” Udostępnienia zasobów i pozornego realizowania Pakietu 04 przez Odwołującą, podczas gdy co najmniej połowę usług Pakietu 04 realizowałyby z naruszeniem zakazu Odwołujący. Jednocześnie według Zamawiającego Pzp nie wymagała prowadzenia postępowanie wyjaśniającego w kierunku potwierdzenia zaistnienia zмовы przetargowej między wykonawcami, bo zgodnie z art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp wystarczające jest oparcie się przez zamawiającego na wiarygodnych przesłankach.

29)Dodatkowo dla uzasadnienia odrzucenia ofert w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 7 pzp w zw. z art. 3 ust. 1 uokik i w zw. z art. 3 ust. 1 uokik w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 7 uOKIK Zamawiający wskazał, że za czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 uokik, uznaje się: działanie podjęte w związku z działalnością gospodarczą (co było oczywiste), wskazujące na sprzeczność z prawem lub dobrymi obyczajami, i powstania zagrożenia lub naruszenia interesu innego przedsiębiorcy lub klienta; podkreślał sprzeczność opisanego w pkt. powyżej działania z art. 6 ust. 1 pkt 7 uOKiK i pozostawianiu go w sprzeczności z dobrymi obyczajami (tutaj ograniczył się do przywołania stanowisk orzecznictwa wskazujących na definicję tego pojęcia i stwierdzenia, że zachowanie Odwołujących wypełnia te definicje) bo:

- działanie wykonawców zagroziło naruszeniem interesu przede wszystkim Zamawiającego, który ustanowił ograniczenie dwóch pakietów a „p. M.C. w istocie realizowałby zamówienia w trzech pakietach, co zagroziłoby prawidłowemu i należytemu wykonaniu usług na każdym z tych pakietów, ze względów opisanych powyżej (Zamawiający ma negatywne doświadczenia związane z ofertowaniem i zawieraniem umów na kilka pakietów przez jednego wykonawcę, konsekwencją czego była nienależyta realizacja usług w części tych pakietów lub w każdym z nich, bowiem wykonawcy często mieli trudności ze sprostaniem skali realizowanego zamówienia i nieprawidłowo określili swoje możliwości w stosunku do zaciągniętych zobowiązań).”

- działanie wykonawców zagroziło „naruszeniem interesu innych wykonawców, którzy działając zgodnie z SWZ, złożyli oferty jedynie na dwa pakiety, podczas gdy inny Wykonawca, próbując obejść ograniczenie ustanowienie w

SWZ, uzyskałby zamówienie na więcej niż dwa pakiety, realizując trzeci pakiet jako podmiot udostępniający zasoby i podwykonawca. Sytuacja ta dawała faktyczną przewagę ww. wykonawcom nad innymi uczestnikami postępowania, poprzez zapewnienie sobie możliwości zaoferowania większej ilości ofert częściowych, co stwarzało większe szanse na uzyskanie zamówienia przez p. M.C.. Legitymizacja takiej sytuacji stanowiłaby przyzwolenie do różnego traktowania wykonawców, gdyż część podmiotów miałaby inne warunki."

- dodatkowo zgodnie z art. 6 ust. 1 pkt 7 uOKiK, który stanowi, że zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert a więc tzw „zmowy przetargowej”, która w tym przypadku sprowadzała się do „uzgadnianiu warunków składanych ofert, celem naruszenia ustanowionego w SWZ ograniczenia ilości pakietów, jaka może być realizowana przez jednego wykonawcę."

- Według Zamawiającego „Znikomy jest stopień prawdopodobieństwa, iż obaj wykonawcy zachowywali się w toku przedmiotowego Postępowania jak niezależni przedsiębiorcy, prowadzący względem siebie konkurencyjną działalność gospodarczą. Niepodobieństwem jest, by przedmiotowy stan rzeczy zaistniał w Postępowaniu wyniku zwykłego przypadku i normalnego, typowego przebiegu zdarzeń."

30) Unieważnienie Postępowania nastąpiło na podstawie art. 255 pkt 2 Pzp, zgodnie z którym Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli wszystkie złożone oferty podlegały odrzuceniu, co miało miejsce w Pakietach 02, 04, 05.

Izba stwierdziła, że zgodnie z art. 108 ust. 1 pkt 5 Ustawy z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, jeżeli Zamawiający może stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, w szczególności jeżeli należąc do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, chyba że wykażą, że przygotowali te oferty lub wnioski niezależnie od siebie.

Jak słusznie wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej: „aby można stwierdzić, że doszło do istnienia zmywy, w okolicznościach danej sprawy należy rozważyć czy takie wiarygodne przesłanki, wskazujące na zawarcie takiego porozumienia da się zaobserwować i czy wynikają one z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia. W przeciwnym razie, jeśli ocena okoliczności danej sprawy oraz zebrany materiał dowodowy nie wskazują na wyraźne symptomy zmywy przetargowej, to zamawiający nie jest uprawniony do podjęcia decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania w oparciu o przepis art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp." (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 czerwca 2022 r., sygn. akt: KIO 1529/22). Celem przepisu jest zapewnienie istnienia realnej rywalizacji między wykonawcami postępującymi uczciwie względem siebie i zamawiającego. A podstawą dla uznania zgodnie z przepisem, że doszło do niedozwolonego porozumienia jest wykazanie tego faktu także za pomocą domniemań faktycznych i nawet bez dowodów bezpośrednich. Okoliczności muszą jednak w sposób logiczny pozwalać na ustalenie prawdopodobieństwa zajścia określonej sytuacji. Samo istnienie pewnych okoliczności nie w każdej sytuacji uzasadnia dopuszczalność wykluczenia, dla której konieczna jest ocena całokształtu powiązań oraz zachowań wykonawców. Jednocześnie o ile na etapie postępowania o udzielenie wystarcza stwierdzenie istnienia wiarygodnych przesłanek niedozwolonego porozumienia o tyle w postępowaniu odwoławczym obowiązuje ogólny rozkład ciężaru dowodowego z art. 534 ust. 1 Pzp nakładający na strony i uczestników postępowania odwoławczego obowiązek wskazywania dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Z całą pewnością nie jest to równoznaczne ze zwolnieniem zamawiającego z wykazania prawidłowości powziętego przekonania i podjętej decyzji.

Zgodnie z uzn: art. 3 ust 1 i 2 czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Czynami nieuczciwej konkurencji są w szczególności (...) utrudnianie dostępu do rynku.

Zgodnie z art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na: uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny.

Izba uznała, że w niniejszej sprawie uzasadnienie decyzji o wykluczeniu i odrzuceniu ofert Odwołujących jest niewystarczające. Powołane w uzasadnieniu okoliczności nie pozwalają na uznanie, że doszło do zawarcia porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji. Nie pozwalają na to również ustalone w ramach postępowania odwoławczego okoliczności faktyczne i materiał dowodowy.

Izba stwierdza, że sam fakt pozostawania w związku małżeńskim, czy współpracy wykonawców nie jest wystarczającą podstawą do wykluczenia wykonawców, czy też odrzucenia ofert, choć może wskazywać na próbę pokierowania przez wykonawców postępowaniem w taki sposób, by zwiększyć prawdopodobieństwo uzyskania publicznego kontraktu przez jednego z nich. Ma to jednak znaczenie przy składaniu ofert konkurencyjnych przez tych wykonawców, czego w niniejszym przypadku nie było wobec ofertowania wyłącznie dla odrębnych części.

Izba zwraca uwagę również na to, że sytuacja zakazu składania dwóch ofert w jednym postępowaniu lub nie więcej

niż dla dwóch części postępowania nie jest zrównana ze złożeniem oferty podwykonawczej i nie jest sama przez się zakazana na gruncie Ustawy. Podobnie jak sam fakt współwystępowania jednego wykonawcy w roli wykonawcy i podmiotu udostępniającego zasoby lub podwykonawcy w jednej lub kilku częściach postępowania nie przesądza jeszcze sam przez się o ograniczeniu lub zakłóceniu konkurencji i nie jest sam przez się i w każdym przypadku sprzeczny z Ustawą, uznk czy uokik.

Podobnie to, że wykonawca lub podmiot udostępniający zasoby zna zarówno swoją ofertę jako wykonawcy i podmiotu udostępniającego lub podwykonawcy i odwrotnie nie wystarcza dla uprawdopodobnienia wystąpienia zмовы w niniejszym przypadku. Powyższe, wobec tego, że żadne dowody ani okoliczności nie wskazują na to, że podmiot udostępniający znał ofertę Odwołującej lub uzgadniał jej treść lub zawarł w zakresie składania ofert porozumienie jak i to, że mogło to samo przez się wpłynąć na zakłócenie konkurencji wobec składania ofert przez wykonawców dla różnych części. Okoliczność ta, w tym również hipotetyczne uzgodnienia Odwołujących, co do treści i składania ofert nie ma też znaczenia dla zakłócenia konkurencji, choć mogłoby stanowić o obejściu zakazu składania ofert w więcej niż dwóch częściach postępowania. To ostatnie jednak wyłącznie w sytuacji, gdyby takie zachowanie prowadziło do realizacji przez wykonawcę de facto trzech lub więcej części zamówienia, co nie zostało stwierdzone decyzją i nie może zostać wywiedzione z okoliczności przedstawionych przez Zamawiającego o czym niżej lub że złożenie oferty przez Odwołującą miało charakter pozorny.

W ocenie Izby założenie pozostałych okoliczności wskazujących według Zamawiającego na istnienie niedozwolonego porozumienia w rozumieniu każdej z z przywołanych w skarżonych decyzjach podstaw prawnych miało charakter uzaniowy i nie jest wystarczające dla uznania decyzji o odrzuceniu ofert za zgodną z Ustawą gdyż:

- 1.założenie pozorności realizacji Pakietu 04 przez Odwołującą ma charakter uznaniowy i nie znajduje uzasadnienia w stanie faktycznym, wynikającym z dokumentów postępowania a także wiedzy Zamawiającego tj. prowadzenia działalności gospodarczej również w zakresie objętym przedmiotem zamówienia, w tym referencyjnych usług, od lat przez Odwołującą, wskazania zrealizowania usług referencyjnych zarówno przez Odwołującą jak i Odwołującego jako udostępniającego zasoby w ramach Pakietu 04, dysponowania przez Odwołującą własnym personelem oraz narzędziami, w tym urządzeniami udostępnionymi do realizacji części usług Pakietu 04 także samodzielnie.
- 2.założenie wykonania przez Odwołującego usług Pakietu 04 o wartości co najmniej 592 000 zł brutto ma charakter uznaniowy i nie znajduje uzasadnienia w stanie faktycznym, wynikającym z dokumentów postępowania a także wiedzy Zamawiającego wobec brzmienia zapisów SWZ odnoszących się do warunku doświadczenia (przywołanych powyżej w uzasadnieniu) i treści oferty Odwołującej (wykaz usług referencyjnych, referencje) i dodatkowo oświadczeń Odwołujących, w tym o woli realizacji większej części przedmiotu zamówienia przez Odwołującą i w tym również w zakresie usług referencyjnych.

Okoliczności wskazywane przez Zamawiającego nie stanowią w ocenie Izby dowodów pośrednich istnienia porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji ani zмовы uznk. Zmowa przetargowa polega na ustalaniu zasad i warunków uczestnictwa między samodzielnymi przedsiębiorcami, której celem lub skutkiem jest pozyskanie zamówienia przez jednego z nich. Beneficjentem zdobycia zamówienia przez jednego z wykonawców stają się wykonawcy uczestniczący w zmovie, co dzieje się ze szkodą dla innych wykonawców biorących udział w postępowaniu. Formą zмовы przetargowej są porozumienia wykonawców, których celem jest zwiększenie szans na uzyskanie zamówienia przez któregośkolwiek z członków porozumienia i podział zysku pomiędzy uczestnikami zмовы np. poprzez dokonywanie płatności tytułem podwykonawstwa lub innych usług (często fikcyjnych). W takiej sytuacji, pomimo, iż oferty składa dwóch niezależnych przedsiębiorców, to oferta jednego z nich ma charakter wyłącznie oferty zabezpieczającej lub jest wyłącznie powieleniem oferty jednego z oferentów, na co nie wskazują okoliczności sprawy.

W niniejszej sprawie, oświadczenia złożone na rozprawie przez Odwołujących potwierdziły stanowiska zaprezentowane w odwołaniu i jednocześnie, wobec uzasadnienia ich w świetle dokumentów postępowania, skutecznie wykazana została nieprawidłowość stanowiska Zamawiającego, co do istnienia zмовы przetargowej, czyniąc odrzucenie ofert na tej podstawie nieuzasadnionym w świetle Ustawy.

Oświadczenia Odwołujących, w zestawieniu z dowodami zgromadzonymi w toku niniejszego postępowania, są spójne i wiarygodne a przedstawiony w nich przebieg wydarzeń zgodny z zasadami logiki i doświadczenia życiowego. Ocena podejmowanych przez wykonawcę i podmiot udostępniający / podwykonawcę będącego jednocześnie wykonawcą w innej części postępowania czynności i ich konsekwencje, nie dają w ocenie Izby podstaw do przyjęcia, że doszło do zмовы / niedozwolonego porozumienia ani uwiarygodnienia jej zajścia. Izba podziela stanowisko Odwołujących, co do nieistnienia podstaw do przyjęcia za wiarygodne, że doszło do zawarcia porozumienia zakłócającego konkurencję lub mającego na celu jej zakłócenie – utrudnienie dostępu do rynku, w świetle uzasadnienia decyzji. Projekcja rzeczywistości opisana przez Zamawiającego, jako uwiarygadniająca istnienie zмовы, nie pozwala na uznanie jej za prawidłową. W świetle zarówno normy art. 108 ust. 1 pkt. 5, konsekwencji wiążących się wykluczeniem wykonawcy na tej podstawie, o których mowa w art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Ustawy, a także zasady ciężaru dowodzenia w postępowaniu odwoławczym (art. 534 ust. 1 Ustawy) i stanowiska Odwołującego znajdującego oparcie w dokumentach postępowania, Izba stwierdza,

że argumentacja Zamawiającego oparta na stwierdzeniu okoliczności faktycznych i założeniu w oparciu o nie woli działania sprzecznego z Ustawą, uznk czy uokik są niewystarczające dla przyjęcia, że zakwestionowane przez Odwołujących czynności Zamawiającego były zgodne z Ustawą.

Co do zasady niemożliwe jest jednoznaczne i niepodważalne wykazanie faktu negatywnego, czyli, że czegoś czego nie było. Dokumenty postępowania pozwalają zaś na podważenie założeń stanowiących podstawę wydania decyzji o wykluczeniu i odrzuceniu ofert.

Wobec braku podstaw do uznania za wiarygodne istnienia przesłanek uzasadniających wykluczenie i odrzucenie ofert Odwołujących odwołania zasługują na uwzględnienie.

W ocenie Izby nie potwierdziła się podniesiona w skarżonej decyzji okoliczność realizacji zamówienia przez Odwołującego w więcej niż trzech częściach, w tym jako udostępniający zasoby/ podwykonawca o wartości nie mniejszej niż 592 000 zł brutto zamówienia. Sam fakt określenia w SWZ minimalnego doświadczenia poprzez wskazanie minimalnej wartości usługi referencyjnej nie oznacza automatycznie obowiązku zrealizowania usługi objętej przedmiotem zamówienia o wartości nie mniejszej od wartości usługi referencyjnej przez konkretnie wykonawcę, podwykonawcę lub podmiot udostępniający zasoby. Podobnie nie znalazł potwierdzenia w dowodach drugi z argumentów decyzji o odrzuceniu ofert w postaci pozorności realizacji usług Pakietu 04 przez Odwołującą, która wykazała posiadanie zasobów w postaci personelu, urządzeń oraz doświadczenia a także zadeklarowała wolę faktycznej realizacji większej części zamówienia samodzielnie, czemu Izba dała wiarę. W tej sprawie Odwołująca wskazała w wykazie posiadanie samodzielnie doświadczenia w realizacji usług z pkt. 7.1. ppkt 4) lit. a) SWZ z zakresu zagospodarowania lasu o wartości 332 820, 20zł brutto i w oparciu o zasoby udostępnione o wartości 954 246, 53 zł brutto a także posiadanie samodzielnie personelu, a w oparciu o udostępnione zasoby części urządzeń do realizacji przedmiotu zamówienia.

Pozostałe zarzuty stanowiły konsekwencję zarzutów podstawowych – niezgodnego z ustawą wykluczenia i unieważnienia postępowania - są z nimi immanentnie związane dzieląc ich los. Zaś zarzut zaniechania wezwania do wyjaśnień wobec uwzględnienia zarzutu dalej idącego pozostawiony został bez rozpoznania.

Wobec powyższego, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553, art. 554 ust. 1 pkt. 1) Ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 575 i art. 574 Ustawy oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1w zw. z § 5 pkt 2 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).

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący

Członkowie:

.....