

WYROK

Warszawa, dnia 19 stycznia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Katarzyna Paprocka

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 grudnia 2023 r. przez wykonawcę S.Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych S.Z. w Wydułkach w postępowaniu prowadzonym przez Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Czerwony Dwór

przy udziale uczestnika po stronie Zamawiającego – wykonawcy D.M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych D.M. w Różance Dwór

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:

1.1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

1.2. dokonanie ponownego badania oferty D.M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych D.M., w tym wezwanie tego wykonawcy, na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, do złożenia w wyznaczonym terminie, aktualnych na dzień złożenia, dowodów określających, czy wskazane w wykazie wykonanych usług, usługi świadczone na rzecz C.P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych „CEPAL” C.P. zostały wykonane należycie;

2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:

1.1. 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) poniesioną przez Odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

2.1. zasądza od Zamawiającego Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Czerwony Dwór na rzecz Odwołującego S.Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych S.Z. kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez: 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.

Przewodnicząca:.....

Sygn. akt: KIO 3940/23

Uzasadnienie

Zamawiający, Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Czerwony Dwór prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Czerwony Dwór w roku 2024. Numer referencyjny: SA.270.9.2023. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 27 października 2023 r., pod nr: 2023/S 208-655581. Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne.

W dniu 28 grudnia 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie S.Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą S.Z. Zakład Usług Leśnych w Wydułkach, od czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, badania i oceny ofert oraz zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę D.M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych D.M. – w zakresie dotyczącym pakietu X.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenia poniżej wskazanych przepisów prawa:

1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm., dalej „PZP”) poprzez ich niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia D.M. z udziału w postępowaniu w sytuacji, gdy Wykonawca ten w wyniku zamierzonego

działania, rażącego niedbalstwa, lekkomyślności lub niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, co miało istotny wpływ na decyzje Zamawiającego, który dokonał wyboru oferty tego Wykonawcy;

2)art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) PZP w zw. z § 9 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U. z 2020 r., poz. 2415 ze zm., dalej jako: „Rozporządzenie”) poprzez ich niezastosowanie i uznanie, że Wykonawca wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu, podczas gdy D.M. nie przedstawił referencji bądź innych dokumentów sporządzonych przez podmiot, na rzecz którego usługi realizował i nie wykazał, aby z przyczyn od niego niezależnych nie mógł pozyskać takich dokumentów, ewentualnie w razie uznania, że nie doszło do podania nieprawdziwych informacji i wykonawca D.M. jest uprawniony do uzupełnienia dokumentów:

3)art. 128 ust. 1 PZP w zw. z § 9 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia poprzez ich niezastosowanie i zaniechanie wezwania D.M. do przedłożenia referencji w zakresie usługi świadczonej na rzecz Zakładu Usług Leśnych „CEPAL” P.C. lub zastąpienia tych usług inną usługą spełniającą wymagania Zamawiającego i przedstawienia referencji potwierdzających należyte wykonanie tych usług.

Podnosząc wskazane zarzuty, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1.uwzględnienie odwołania w całości,
- 2.nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 3.nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty D.M.;
- 4.dokonanie wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej.

Jak uzasadnił w odwołaniu, Zamawiający przewidział w niniejszym postępowaniu fakultatywne przesłanki wykluczenia, m.in. na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 PZP.

Wskazał ponadto, iż zgodnie z postanowieniami pkt 7.1. ppkt 4 lit. a) pkt X), Zamawiający wymagał, aby wykonawcy ubiegający się o udzieleni zamówienia dla Pakietu X wykazali się wskazanym tam doświadczeniem, na potwierdzenie którego Zamawiający będzie żądał, od wykonawcy, którego oferta zostanie oceniona jako najkorzystniejsza, złożenia podmiotowego środka dowodowego w postaci wykazu usług oraz dowodów potwierdzających, że usługi te zostały należycie wykonane, wskazując jednocześnie, że jeżeli wykonawca z przyczyn od siebie niezależnych nie będzie w stanie pozyskać referencji, to może zastąpić je oświadczeniem własnym (pkt 9.2 lit.a) i b) SWZ). W toku postępowania, D.M. złożył m.in. oświadczenia własne z dnia 6 listopada 2023 r., podpisane 7 grudnia 2023 r., z którego miałyby wynikać, że usługi świadczone na rzecz Zakładu Usług Leśnych „CEPAL” P.C. były świadczone należycie. Na wezwanie do wyjaśnień wystosowane przez Zamawiającego, D.M. poinformował, że zwrócił się zwykłym listem do C.P. o wystawienie referencji jednak do dnia sporządzania pisma, nie otrzymano żadnej odpowiedzi na ten list. Zdaniem Odwołującego, ww. pismem D.M. wprowadził Zamawiającego w błąd, bowiem nie zwracał się do C.P. o wydanie referencji. Informacja ta zaś miała istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, gdyż na jej podstawie, Zamawiający uznał, że wykonawca Matulewicz jest uprawniony do zastąpienia referencji oświadczeniem własnym. Odwołujący jest z kolei w posiadaniu informacji, iż do C.P. nigdy nie wpłynęło zapytanie o referencje, nadto fakt, że Przystępujący zwrócił się w tak ważnej sprawie listem zwykłym (bez potwierdzenia nadania czy odbioru, bez kontaktu telefonicznego, czy też mailowego) jest tylko potwierdzeniem, że takiego pisma nigdy nie wysłano. Według Odwołującego, nawet gdyby uznać, że nie doszło do podania nieprawdziwych informacji, to nie sposób uznać, że wykonawca ten wykazał w jakikolwiek sposób Zamawiającemu, że faktycznie z przyczyn niezależnych od siebie nie był w stanie uzyskać referencji. nie przedstawił jednak żadnego dowodu, że faktycznie list ten został wysłany, ani że dotarł do adresata. D.M. nie wykazał również, że kontaktował się w jakikolwiek sposób z C.P. w celu potwierdzenia, że wskazana osoba otrzymała prośbę i jakie są powody braku informacji zwrotnej. Zdaniem Odwołującego, „Przedstawione działania, a raczej ich całkowity brak potwierdzają, że właśnie z przyczyn wyłącznie zależnych od niego nie uzyskano stosownych referencji.” Jednocześnie, w ocenie Odwołującego, brak jest podstaw do wzywania do uzupełnienia przedmiotowego dokumentu lub wezwania do wykazania się innymi usługami potwierdzającymi spełnianie warunków udziału w postępowaniu, gdyż nie zaistniała żadna z okoliczności, o których mowa w art. 128 PZP. W konsekwencji Zamawiający powinien uznać, że D.M. nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu i nie przedłożył prawidłowego podmiotowego środka dowodowego w postaci referencji, zastępując je w sposób całkowicie nieuprawniony oświadczeniem własnym. Zarzut, że Przystępujący powinien być wezwany do uzupełnienia referencji lub wykazu o inne usługi spełniające wymagania Zamawiającego wraz z odpowiednimi dokumentami potwierdzającymi, że usługi zostały wykonane należycie – Odwołujący podniósł jako zarzut ewentualny.

W odpowiedzi z dnia 16 stycznia 2024 r. na odwołanie, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania i zasądzenie na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego.

Przystępujący po stronie Zamawiającego, D.M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych

D.M. wniósł o oddalenie odwołania. W toku rozprawy wyjaśnił, iż był kiedyś pracownikiem C.P., a obecnie obaj panowie pozostają w konflikcie. Pan Papież w rozmowie oświadczył Przystępującemu, że nie udzieli mu referencji. Ze względu na to, że działalność gospodarczą prowadzi w ramach mniejsze społeczności, gdzie wszyscy się znają i z tego względu wyjaśnił Zamawiającemu sytuację braku uzyskania referencji dość skrótowo. Dodał, że z powyższych względów, pisemne oświadczenie Pana Papieża z 21 grudnia 2023 roku jest niewiarygodne, jak również jest po prostu nieprawdziwe. Uzasadził, że w małej miejscowości istnieją inne standardy wysyłania listów, niż w dużych aglomeracjach, zaś stosowny przepis Rozporządzenia został wprowadzony po to aby właśnie z takich względów nie blokować konkurencji. Podnosił również, iż istotne w sprawie jest to, że przedmiotem zamówienia są proste prace z zakresu gospodarki leśnej i nie można wobec wszystkich przedsiębiorców stosować tej samej miary należytej staranności.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zawiera braków formalnych, zostało wniesione w terminie oraz terminowo zostało uiszczony od niego wpis w wymaganej wysokości. Nadto, Izba stwierdziła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 PZP.

Izba uznała również, że Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, bowiem posiada interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów PZP. Odwołujący jest bowiem wykonawcą, który złożył ofertę w postępowaniu. Jego zdaniem, w wyniku prawidłowo przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oferta Odwołującego, powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza, a tym samym zamówienie powinno zostać udzielone Odwołującemu.

W postępowaniu, w części oznaczonej jako Pakiet X, wpłynęły do Zamawiającego dwie oferty: Odwołującego z ceną 1.580.648,56 zł oraz Przystępującego z ceną 1.256.115,00 zł. Kryterium oceny ofert stanowiła: 100% cena. Biorąc pod uwagę, że Przystępujący złożył najkorzystniejszą ofertę, która została wybrana przez Zamawiającego, wskutek zaskarżenia tej czynności i unieważnienia czynności wyboru oferty Przystępującego, oraz ewentualnego odrzucenia oferty Przystępującego, oferta Odwołującego powinna być kolejną badaną pod kątem dokonania jej wyboru jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zasadnie wskazał, że może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, poprzez nieosiągnięcie przychodów możliwych do uzyskania w toku wykonywania zamówienia.

Tym samym, spełnione są, wynikające z art. 505 PZP, przesłanki materialnoprawne skorzystania ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie.

Do niniejszego postępowania odwoławczego skuteczne przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca D.M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych D.M. (dalej jako: „Przystępujący”).

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z zasadami przewidzianymi dla tzw. „procedury odwróconej”, o której mowa w art. 139 ust. 1, 3-4 PZP.

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) obejmujące prace z zakresu hodowli i ochrony lasu, pozyskania i zrywki drewna, gospodarki łowieckiej, łąkowo-rolnej oraz szkółkarsko nasiennej do wykonania na terenie Nadleśnictwa Czerwony Dwór w roku 2024. Zakres rzeczowy przedmiotu zamówienia obejmuje sumaryczne ilości prac z zakresu hodowli i ochrony lasu, pozyskania i zrywki drewna, gospodarki łowieckiej, łąkowo-rolnej oraz szkółkarsko nasiennej wynikające z Załącznika nr 2 do Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako: „SWZ”). Niniejsze postępowanie odwoławcze dotyczy ww. przedmiotu zamówienia w części oznaczonej jako Pakiet X.

W pkt 6. 2 SWZ Zamawiający wskazał na fakultatywne podstawy wykluczenia z postępowania o udzieleni zamówienia, tj. m.in. na podstawie:

- 1) art. 109 ust. 1 pkt 8 PZP, 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,
- 2) art. 109 ust. 1 pkt 10 PZP, 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.

Zamawiający zastrzegł w pkt 7.1 ppkt 4) SWZ, że w postępowaniu mogą brać udział wykonawcy, którzy spełnią warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej, przy czym 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) – 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 633.000 zł brutto polegające na wykonywaniu prac obejmujących pozyskanie i zrywkę drewna oraz prace z

zagospodarowania lasu.

Zgodnie z pkt 9.2 SWZ, w celu potwierdzenia spełnienia 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 przedmiotowych środków dowodowych, m.in.:

- 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 usługi) i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie (wzór wykazu wykonanych usług stanowi Załącznik nr 9 do SWZ),
- 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 ramach części zamówienia oznaczonej jako Pakiet X wpłynęły dwie oferty: oferta Odwołującego z ceną 1.580.648,56 zł oraz Przystępującego z ceną 1.256.115,00 zł. Zamawiający ocenił ofertę Odwołującego na 79,47 pkt, zaś Przystępującego na 100 pkt. Oferta wykonawcy D.M. została uznana za najkorzystniejszą.

Na wezwanie z dnia 4 grudnia 2023 r. do złożenia, aktualnych na dzień złożenia, podmiotowych środków dowodowych, potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, Przystępujący złożył stosowne dokumenty, w tym wykaz usług, w którym wskazał na doświadczenie wynikające ze świadczenia w okresie 1 października 2021 r. do 30 grudnia 2021 r. oraz w okresie 1 lipca 2022 r. do 31 grudnia 2022 r. usług z zakresu gospodarki leśnej na rzecz Zakładu Usług Leśnych „CEPAL” P.C. o wartości odpowiednio 120.632,76 zł brutto oraz 305.324,52 zł brutto. Złożył również referencje Nadleśnictwa Borki z dnia 20 listopada 2023 r. oraz oświadczenie własne z dnia 6 listopada 2023 r. w zakresie usług świadczonych na rzecz Zakładu Usług Leśnych „CEPAL” C.P., w którym wskazał: „Usługi z zakresu gospodarki leśnej obejmowały prace w ramach pozyskania drewna, cięcia drewna, zrywki drewna (...) na terenie nadleśnictwa Borki. Zlecone prace były wykonywane z należytą starannością, rzetelnie i fachowo, w ustalonym terminie. Współpraca pomiędzy moją firmą, podmiotem wobec, którego świadczyłem usług, jak również z osobami, zarządzającymi, nadzorującymi prace z zakresu gospodarki leśnej (leśniki) układała się na bardzo dobrym poziomie. Dowodem prac wykonanych w sposób należyty jest długoletnia współpraca pomiędzy mną, a firmą Zakład Usług Leśnych „Cepal” P.C..”

Wskutek wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art. 128 ust. 4 PZP, w zakresie złożonych podmiotowego środka dowodowego w postaci Oświadczenia Wykonawcy z dnia 6 listopada 2023 r. dotyczącego potwierdzenia należytego wykonania usług świadczonych na rzecz Zakładu Usług Leśnych „CEPAL” P.C. – z prośbą o przedstawienie dowodów potwierdzających staranie Wykonawcy o uzyskanie referencji od ww. przedsiębiorcy, D.M. wskazał pismem z 13 grudnia 2023 r., że „(...) w dniu 16 października 2023 r. wysłano listem zwykłym za pośrednictwem Poczty Polskiej firmie Z.U., Spacerowa 5, 11-612 Krukłanki prośbę o wystawienie referencji z zakresu świadczonych przez firmę Zakład Usług Leśnych D.M. usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Borki. W prośbie wskazano termin przesłania referencji do 03.11.2023 r. Z uwagi na brak otrzymania do dnia dzisiejszego odpowiedzi przez podmiot, na rzecz którego świadczono usługi, Wykonawca nie jest w stanie uzyskać wymaganych dokumentów. W związku z powyższym Wykonawca przesłał własne oświadczenie potwierdzające, że wskazane w wykazie usługi na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia zostały wykonane należycie.” W załączeniu, Przystępujący przekazał kopię prośby o wystawienie referencji, która została wysłana do przedsiębiorcy Z.U. listem zwykłym.

W dniu 18 grudnia 2023 r. Zamawiający poinformował o dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej dla Pakietu X, tj. oferty wykonawcy Zakład Usług Leśnych D.M. oraz o tym, że ofert odrzuconych nie było.

Oświadczeniem z dnia 21 grudnia 2023 r. C.P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych „CEPAL” C.P. wskazał, iż „(...) do mojej firmy nigdy nie wpłynęło ani drogą mailową ani drogą pocztową czy też w formie osobistej zapytanie o wystawienie referencji na rzecz Pana D.M. w związku z wykonywaną przez niego usługą w zakresie gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Borki w okresie od października 2019 r. do marca 2023 r.” Ponadto, we wskazanym piśmie oświadczył, że oni on, ani żaden z jego pracowników nie odebrał pisma datowanego na dzień 16 października 2023 r., zatytułowany „Prośba o wystawienie referencji. Jednocześnie wskazuję, że gdybym otrzymał od Pana Matulewicz taki wniosek, to nie było żadnych przeszkód do wystawienia dokumentu.”

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego:

- 1) dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, zapisaną na płycie DVD, przesłaną do akt sprawy przez

Zamawiającego w dniu 15 stycznia 2024 r., w tym w szczególności:

- Ogłoszenie o zamówieniu nr 2023/S 208-655581z dnia 27 października 2023 r.,
- SWZ wraz z załącznikami,
- Oferta Przystępującego,
- Informacja z otwarcia ofert z 28 listopada 2023 r.,
- wezwanie z dnia 4 grudnia 2023 r. do złożenia podmiotowych środków dowodowych,
- podmiotowe środki dowodowe wykonawcy D.M., w tym wykaz usług i oświadczenie własne z 6 listopada 2023 r.
- wezwanie z dnia 13 grudnia 2023 r. do wyjaśnień,
- pismo wykonawcy z 13 listopada 2023 r. wraz z załącznikiem,
- Karta badania wykonawcy
- Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z 18 grudnia 2023 r.;

2) dokumentację załączoną do pisma Przystępującego z dnia 2 stycznia 2024 r., w tym:

- faktury
- potwierdzenia płatności;

3) złożone przez pełnomocnika Odwołującego w toku postępowania odwoławczego:

- oświadczenie C.P. Zakład Usług Leśnych „CEPAL” C.P. z dnia 21 grudnia 2023 r.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie w zakresie zarzutu ewentualnego, postawionego na wypadek uznania, że nie doszło do podania nieprawdziwych informacji i wykonawca D.M. jest uprawniony do uzupełnienia dokumentów, tj. zarzutu naruszenia art. 128 ust. 1 PZP w zw. z § 9 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia poprzez ich niezastosowanie i zaniechanie wezwania D.M. do przedłożenia referencji w zakresie usługi świadczonej na rzecz Zakładu Usług Leśnych „CEPAL” P.C. lub zastąpienia tych usług inną usługą spełniającą wymagania Zamawiającego i przedstawienia referencji potwierdzających należyte wykonanie tych usług.

Zarzuty postawione przez Odwołującego w pierwszej kolejności Izba uznała na niezasadne i zbyt daleko idące.

W szczególności, bezzasadny okazał się zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 PZP poprzez zaniechanie wykluczenia D.M. z udziału w postępowaniu w sytuacji, gdy Wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania, rażącego niedbalstwa, lekkomyślności lub niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, co miało istotny wpływ na decyzje Zamawiającego, który dokonał wyboru oferty tego Wykonawcy. Odwołujący nie wykazał spełnienia przesłanek, o których mowa w ww. podstawach wykluczenia wykonawcy z postępowania. W szczególności, Odwołujący nie podjął nawet próby wykazania, z którym stopniem lub rodzajem winy mamy do czynienia po stronie Przystępującego na gruncie niniejszej sprawy, tj. zamiarem bezpośrednim (zamierzonym działaniem), rażącym niedbalstwem, lekkomyślnością czy też niedbalstwem. Odwołujący nie wykazał również, by D.M. nie spełniał warunków udziału w postępowaniu i w tym zakresie wprowadził Zamawiającego w błąd, tj. nie wykazał, by D.M. nie wykonał należycie usług wskazanych w wykazie dostaw na rzecz Zakładu Usług Leśnych „CEPAL” P.C.. Wprost przeciwnie, to z dokumentu złożonego przez Odwołującego, tj. oświadczenia C.P. z dnia 21 grudnia 2023 r. wynika, że D.M. należycie wykonał usługi na rzecz C.P., skoro ten oświadczył, iż gdyby otrzymał od Pana Matulewicza taki wniosek, „(...) to nie było żadnych przeszkód do wystawienia dokumentu.” Odwołujący dowiódł jedynie, że nie zaistniały przesłanki do skorzystania przez Przystępującego z możliwości, jakie otwiera § 9 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia, jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać dowodów określających, czy usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie – tj. z możliwości zastąpienia tych dowodów oświadczeniem własnym, a tym samym, że D.M. winien był przedstawić dowody, np. referencje na potwierdzenie wykazania, że posiada doświadczenie w zakresie przedstawionym w wykazie usług, tj. wynikającym ze świadczenia w okresie 1 października 2021 r. do 30 grudnia 2021 r. oraz w okresie 1 lipca 2022 r. do 31 grudnia 2022 r. usług z zakresu gospodarki leśnej na rzecz Zakładu Usług Leśnych „CEPAL” P.C. o wartości odpowiednio 120.632,76 zł brutto oraz 305.324,52 zł brutto.

Izba nie mogła również uwzględnić zarzutu drugiego w zakresie naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) PZP dotyczącego sytuacji wykluczenia z postępowania wykonawcy, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu albo, który nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń. Otóż, na stwierdzenie, iż wykonawca D.M. podlega wykluczeniu z ww. powodów jest przedwcześnie. Ustawodawca w art. 128 ust. 1 PZP, na skutek wezwania Zamawiającego, daje szansę wykonawcy na naprawienie błędu w postaci niezłożenia podmiotowego środka dowodowego lub złożenia go w formie niekompletnej, czy też z błędami. W takiej sytuacji, Zamawiający jest zobowiązany do wystosowania wezwania do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie tych dokumentów. Dopiero nie złożenie w przewidzianym terminie stosownego środka dowodowego albo generalnie rzecz biorąc uznanie, że wykonawca nie spełnia warunków udziału w

postępowaniu, pomimo wezwania go do złożenia stosownych dokumentów, uprawnia Zamawiającego do wykluczenia takiego wykonawcy z postępowania.

Izba uwzględniła zarzut ewentualny odwołania złożony na wypadek uznania, że nie doszło do podania nieprawdziwych informacji i wykonawca D.M. jest uprawniony do uzupełnienia dokumentów, tj. zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 PZP w zw. z § 9 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia poprzez zaniechanie wezwania Przystępującego do przedłożenia referencji lub zastąpienia tych usług inną usługą spełniającą wymagania Zamawiającego i przedstawienia referencji potwierdzających należyte wykonanie usług.

Izba nie miała wątpliwości, iż Zamawiający, wobec wyjaśnień D.M. z dnia 13 grudnia 2023 r. nie był uprawniony do uznania, że Przystępujący prawidłowo wykazał zaistnienie przesłanek do zastąpienia dowodów określających, czy usługi wskazane w wykazie usług, wykonane na rzecz C.P. zostały wykonane lub są wykonywane należycie – własnym oświadczeniem. D.M. nie wykazał bowiem w swoich wyjaśnieniach, że zaistniały niezależne od niego przyczyny, wobec których nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów.

Zgodnie z § 9 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia, w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, zamawiający może żądać przedłożenia wykazu usług wykonanych wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub 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 tym kontekście, obie strony postępowania odwoławczego zdają się pomijać, iż przepis Rozporządzenia na równi z referencjami, jako dowodami należytego wykonania usług stawia również innego rodzaju dokumenty uzyskane od przedsiębiorcy na rzecz którego usługi zostały wykonane. Przepis ten zastrzega również, iż dopiero w momencie, gdy z przyczyn niezależnych od wykonawcy nie jest on w stanie uzyskać tych dokumentów, a nie tylko samych referencji – dopiero wówczas może zastąpić je własnym oświadczeniem, którego ranga w przypadku oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu jest niższa niż ranga dowodów, o których mowa w Rozporządzeniu. Izba w składzie rozpatrującym niniejszą sprawę podziela stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w wyroku z dnia 23 lutego 2022 r. (sygn. KIO 290/22), w świetle którego, ustawodawca określił kolejność przedstawiania dokumentów na wykazanie spełnienia warunku zdolności technicznej lub zawodowej, według ich wartości dowodowej, czyli na pierwszym miejscu są to dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego zamówienia zostały wykonane lub są wykonywane, np. referencje. Dopiero jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów, może to być oświadczenie wykonawcy, które ma znacznie mniejszą wartość dowodową, bowiem ocena wykonania zamówienia przez wykonawcę je realizującego oraz jego odbiorcę może być diametralnie różna.

W kontekście przedmiotowego przepisu Rozporządzenia, należy wskazać również na kontekst jego wprowadzenia. Przepisy PZP stanowią implementację do polskiego porządku prawnego regulacji dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz.Urz.L Nr 94, str. 65). W pkt 84 preambuły ww. dyrektywy wskazano na zasadność odformalizowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, z których to względów m.in. wprowadzono instytucję jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (JEDZ), wyjaśniając, że: „Wielu wykonawców, zwłaszcza MŚP, uważa, że jedną z głównych przeszkód dla ich uczestnictwa w zamówieniach publicznych są obciążenia administracyjne wynikające z konieczności przedstawienia znacznej liczby zaświadczeń lub innych dokumentów dotyczących kryteriów wykluczenia i kwalifikacji. Ograniczenie takich wymogów, na przykład przez zastosowanie jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia obejmującego zaktualizowane oświadczenie własne, mogłoby w znacznym stopniu uprościć procedurę z korzyścią zarówno dla instytucji zamawiających, jak i wykonawców.” Jednak dalej zaznaczono, mimo przedłożenia JEDZ: „Oferent, któremu postanowiono udzielić zamówienia, powinien być jednak zobowiązany do przedstawienia stosownych dowodów, a instytucje zamawiające nie powinny zawierać umów z oferentami, którzy nie są w stanie tego zrobić. Instytucje zamawiające powinny być także uprawnione do zwrócenia się w każdej chwili o całość lub część dokumentów potwierdzających, gdy uważają, że jest to niezbędne dla właściwego przebiegu postępowania.” Tym samym, pomimo złagodzenia pewnych regulacji procedury zamówień publicznych, prawodawca unijny w dalszym ciągu kładzie nacisk na prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z poszanowaniem przejrzystości i równego traktowania wykonawców.

Jakkolwiek, dla Izby zrozumiałe jest, że wykonawca może mieć różnego rodzaju problemy z uzyskaniem referencji, włącznie z okazaniem złej woli ze strony byłego kontrahenta, który w ten sposób próbuje utrudnić konkurencję na rynku, to jednak nawet w takiej sytuacji, wykonawca ten nie jest pozbawiony możliwości wykazania się przed Zamawiającym wymaganym doświadczeniem z powołaniem się na usługi należycie wykonane na rzecz tego kontrahenta.

Rozporządzenie wymienia bowiem oprócz referencji również inne dowody, które w hierarchii wartości dowodowej stoją na równej pozycji z referencjami, tj. inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane. Takimi innymi dokumentami będą np. protokoły końcowe, dowody zapłaty wynagrodzenia, korespondencja pomiędzy stronami itd. Podkreślić należy, iż dopiero na etapie postępowania odwoławczego Przystępujący złożył takie dokumenty, jak liczne faktury wystawione przez siebie C.P. na przestrzeni lat 2019-2023 wraz z potwierdzeniami ich zapłaty przez tego przedsiębiorcę. Nie było przeciwwskazań, by Przystępujący złożył ww. dokumenty Zamawiającemu na potwierdzenie, że wykonał usługi na rzecz C.P.. Być może Przystępujący dysponuje również innymi dowodami w tym zakresie, np. dokumentami odbioru. Do Zamawiającego będzie należała zaś ocena, czy przedstawione dowody potwierdzają należyte wykonanie usług wskazanych w wykazie. Zamawiający winien również pamiętać, iż w sytuacji, gdy złożone przez wykonawcę podmiotowe środki dowodowe budzą wątpliwości zamawiającego, może on zwrócić się bezpośrednio do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w tym zakresie dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu o przedstawienie takich informacji lub dokumentów.

Nie można uznać, iż w drodze przedstawienia egzemplarza pisma do C.P. i wskazania, że takie zostało wysłane listem zwykłym w październiku 2023 r. i dotychczas pozostało bez odpowiedzi – wykonawca wykazał, że z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać jakichkolwiek dowodów potwierdzających należyte wykonanie usług. Twierdzenie, że Przystępujący jest zbyt zajęty pracą i mieszka w takiej odległości od poczty, iż nie mógł wysłać do C.P. prośby o referencje w innej formie niż list zwykły nie wystarcza do potwierdzenia, że zaistniały przyczyny niezależne od Przystępującego. Wszak właśnie te powody, przytoczone powyżej, wszystkie z nich są zależne od Przystępującego. Rację ma Odwołujący twierząc, że Przystępujący powinien dołożyć należytej staranności celem uzyskania stosownych dokumentów pozwalających na wykazanie zdolności zawodowej lub technicznej do wykonania przedmiotowego zamówienia. Jakkolwiek, rację ma również sam Przystępujący, iż miarę należytej staranności należy odpowiednio przykładać do danego przedsiębiorcy w zależności od rodzaju branży, rynku lub skali prowadzonej działalności. Nie zwalnia to jednak z dołożenia wszelkich starań – na miarę danego wykonawcy – to zadośćuczynienia pewnym wymaganiom. W ocenie Izby, D.M. nie zrobił wszystkiego co w jego mocy, by wykazać należyte wykonanie usług na rzecz C.P..

W efekcie, należy uznać, iż Zamawiający przedwcześnie, bez należytego zbadania oferty Przystępującego, wybrał ją jako najkorzystniejszą. Naruszenie to może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, jeżeli okaże się, że D.M. nie wykaże spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Na obecnym etapie postępowania, Zamawiający winien unieważnić czynność wyboru najkorzystniejszej oferty D.M. i powtórzyć czynność badania tej oferty, w tym wezwać tego wykonawcę w trybie art. 128 ust. 1 PZP do złożenia, w wyznaczonym terminie, aktualnych na dzień złożenia, podmiotowych środków dowodowych, tj. dowodów określających, czy wskazane w wykazie usług, usługi świadczone na rzecz C.P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych „CEPAL” C.P. zostały wykonane należyście.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 552 ust. 1 i art. 554 ust. 1 pkt 1 i ust. 3 pkt 1 lit. a) i b) PZP, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie 557 PZP oraz w oparciu o przepisy 1 i pkt 2 lit. b) w zw. z 7 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobieraniu wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437 ze zm.).

Przewodnicząca: