

WYROK

Warszawa, dnia 6 lutego 2025 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Jodłowska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 lutego 2025 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 stycznia 2025 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia WINKOLAS SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Kurowie, F.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych F.W., K.W. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usług Leśnych KarLas K.W., R.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PRZEDSIĘBIORSTWO USŁUG LEŚNYCH I PRODUKCJI DRZEWNEJ "WINKODREW" R.W., D.W. prowadzącą działalność pod firmą PRZEDSIĘBIORSTWO USŁUG LEŚNYCH I PRODUKCJI DRZEWNEJ "WINKODREW" D.W. w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Bobolice przy udziale uczestnika po stronie Zamawiającego K.J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ZAKŁAD USŁUG LEŚNYCH KONRAD JAGÓDKA

orzeka:

1. Oddala odwołanie
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia WINKOLAS SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Kurowie, F.W. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych F.W., K.W. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usług Leśnych KarLas K.W., R.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PRZEDSIĘBIORSTWO USŁUG LEŚNYCH I PRODUKCJI DRZEWNEJ "WINKODREW" R.W., D.W. prowadzącą działalność pod firmą PRZEDSIĘBIORSTWO USŁUG LEŚNYCH I PRODUKCJI DRZEWNEJ "WINKODREW" Sp. z o.o. i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę: 15 000 zł 00 gr (piętnaście tysięcy złotych zero groszy), 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez ww. wykonawców tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika oraz 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), 308 zł 00 gr (trzysta osiem złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika i noclegu
 - 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia WINKOLAS SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Kurowie, F.W. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych F.W., K.W. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usług Leśnych KarLas K.W., R.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PRZEDSIĘBIORSTWO USŁUG LEŚNYCH I PRODUKCJI DRZEWNEJ "WINKODREW" R.W., D.W. prowadzącą działalność pod firmą PRZEDSIĘBIORSTWO USŁUG LEŚNYCH I PRODUKCJI DRZEWNEJ "WINKODREW" Sp. z o.o. Dział Zamawiającego Skarbu Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Bobolice kwotę 3 908 zł 00 gr (trzy tysiące dziewięćset osiem złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika i noclegu.

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 195/25

UZASADNIENIE:

Zamawiający - Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Bobolice w trybie przetargu nieograniczonego prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn: „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Bobolice w roku 2025”, nr referencyjny: S.270.16.2024.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, dalej: „ustawa Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 25 października 2024 r. pod numerem: 649041-2024.

W postępowaniu tym wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia WINKOLAS SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Kurowie, F.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych F.W., K.W. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usług

Leśnych KarLas K.W., R.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PRZEDSIĘBIORSTWO USŁŁ LEŚNYCH I PRODUKCJI DRZEWNEJ "WINKODREW" R.W., D.W. prowadzącą działalność pod firmą PRZEDSIĘBIORSTWO USŁUG LEŚNYCH I PRODUKCJI DRZEWNEJ "WINKODREW" Sp.C D.W. (Odrzucający) w dniu 20 stycznia 2025 r. wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności i zaniechań Zamawiającego dot. pakietu II, tj.:

- 1.Zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Pana K.J. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Leśnych K.J., Opatówek 1/8, 76-020 Bobolice na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) ustawy Prawo zamówień publicznych;
- 2.Zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Pana K.J. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Leśnych K.J., Opatówek 1/8, 76-020 Bobolice na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Prawo zamówień publicznych
- 3.Zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Pana K.J. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Leśnych K.J., Opatówek 1/8, 76-020 Bobolice na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych;
- 4.Czynność polegającą na wyborze jako oferty najkorzystniejszej złożonej przez Pana K.J. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Leśnych K.J., Opatówek 1/8, 76-020 Bobolice, mimo iż ta oferta nie jest najkorzystniejszą ofertą w postępowaniu;
- 5.Zaniechanie dokonania wyboru oferty Odrzucającego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odrzucający zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1.Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) p.z.p poprzez uznanie, iż oferta Pana K.J. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Leśnych K.J., Opatówek 1/8, 76-020 Bobolice spełnia warunki udziału w postępowaniu podczas gdy wykonawca ten nie wykazał, iż posiada doświadczenie wymagane przez postanowienia SWZ i nie złożył dowodów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu,
- 2.Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) p.z.p poprzez uznanie, iż oferta Pana K.J. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Leśnych K.J., Opatówek 1/8, 76-020 Bobolice, nie podlega odrzuceniu pomimo, iż wykonawca K.J. złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania czym naruszył przepis art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 przepisami ustawy p.z.p., a także zaistniały okoliczności wskazane w art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy p.z.p.;
- 3.Art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy p.z.p. poprzez uznanie, iż oferta Pana K.J. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Leśnych K.J., Opatówek 1/8, 76-020 Bobolice, nie podlega odrzuceniu pomimo, iż została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.
- 4.Art. 16 pkt 1 i 2 oraz 17 ust. 3 ustawy p.z.p. poprzez prowadzenie postępowania z naruszeniem naczelných zasad prowadzenia postępowania tj. w sposób:
 - 1)niezapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
 - 2)nieprzejrzysty;
 - 3)z udziałem osób niezapewniających zachowanie bezstronności i obiektywizmu. W związku z zasadą jednokrotnego uzupełniania podmiotowych środków dowodowych oraz art. 128 ust. 4 w zakresie żądania wyjaśnień podmiotowych środków dowodowych oraz art. 128 ust. 5 w zakresie żądania wyjaśnień od innych podmiotów na potwierdzenie faktów wynikających z podmiotowych środków dowodowych.

Odrzucający wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1.unieważnienie czynności polegającej na wyborze oferty złożonej przez Pana K.J. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Leśnych K.J.
- 2.powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem zarzutów podniesionych w odwołaniu.
- 3.odrzucenia oferty złożonej przez Pana K.J. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Leśnych K.J.

W uzasadnieniu powyższych zarzutów i żądań Odrzucający wskazał:

Zarzut nr 1

Odrzucający przytoczył treść warunku udziału w postępowaniu dla pakietu II w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej (rozdział 7 pkt 4 oraz pkt 7.3 SWZ).

Odrzucający wskazał, że Pan J. w wykazie usług wskazał zamówienia wykonywane dla potwierdzenia osiągnięcia wymaganego pułapu doświadczenia 1 407 000 zł w ramach jednej lub większej liczby umów obejmujących łącznie zagospodarowanie lasu, pozyskanie i zrywkę drewna.

Odrzucający wskazał, że zgodnie z wymaganiami zamawiającego jeśli wykonawca wykonał większą liczbę usług to sumaryczna wartość powinna osiągnąć pułap 1 407 000 zł obejmujący zagospodarowanie lasu, pozyskanie i zrywkę

drewna. Idąc dalej jeśli wykonawca wykonał tylko jeden z elementów wymaganego zakresu (np. zrywkę) to taka usługa nie spełniała wymagań SWZ. Na dowód wykonania wskazanych w wykazie prac, Pan J. przedstawił faktury (Winkolas) oraz referencję Zakładu Usług Leśnych B.J.. W odniesieniu do usługi nr 8 nie przedstawił żadnego dokumentu ani też wyjaśnień.

Odwołujący wskazał, że sumaryczna wartość usług wykazana w wykazie wynosi 1 445 524,61 zł, jednak tylko w odniesieniu do usług nr 4, 6, 7, 9, 10, 12 Zamawiający mógł mieć pewność, że te usługi spełniają wymagania zakresowe. Ich wartość wynosi jednak tylko 739 027,28 zł, zatem jest o połowę niższa od wymaganego warunku kwotowego. Co do usługi nr 8, Odwołujący nie jest w stanie zweryfikować możliwości jej wykazania – istnieje rozbieżność pomiędzy danymi podanymi przez pana Jagódkę, a fakturami wystawionymi na rzecz Nadleśnictwa Bobolice. W ocenie Odwołującego fakturę wystawia się po zakończeniu realizacji usługi bądź jej części – która winna odpowiadać temu co zostało wykonane. Jeśli faktura opisuje szczegółowo zakres prac wykonanych to takie prace zostały wykonane, jeśli ogólnie, oznacza to, że prace obejmowały szereg czynności, które możliwe są do opisanie tzw. zbiorem ogólnym. Odwołujący podniósł, że w przypadku usługi nr 8 z nieznanymi mu przyczyn Pan J. uznał, iż połączenie tych usług w jedną pozwoli mu wykazać jako jedną usługę, spełniającą przedmiotowo warunek doświadczenia. Odwołujący podkreślił, że nie posiada informacji czy Nadleśnictwo Bobolice wystawiło dokument referencji, poświadczenia wykonania lub inny, potwierdzający należyte wykonanie zamówienia. Takiej informacji nie podał również Pan J..

W zakresie pozostałych usług, których opis w fakturze różni się od deklaracji Pana Jagódki, wymienić należy usługi nr: 1, 5, 11, 13, 14, 16, 17. W tym zakresie Zamawiający był zobowiązany do skierowania żądania złożenia wyjaśnień.

Zamawiający wezwał w dniu 12.12.2024r. Pana K.J. do złożenia wyjaśnień dlaczego ten nie złożył dowodów potwierdzających należyte wykonanie usług na rzecz Winkolas Sp. z o.o. W dniu 16.12.2024 r. Pan K.J. wskazał: *Przyczyną braku uzyskania referencji od spółki WINKOLAS jest konflikt interesów, który pozostaje poza moim wpływem. Podczas rozmów z Panią K., reprezentującą spółkę WINKOLAS, wstępnie – przed złożeniem dokumentacji przetargowej, uzyskałem ustne zapewnienie o możliwości wystawienia referencji. Niestety pomimo wielokrotnych prób, zarówno osobistych, jak i poprzez wiadomości SMS, czy rozmów telefonicznych Pani K.W. nie wystawiła mojej firmie referencji za zrealizowane na rzecz spółki WINKOLAS usługi.*

W ocenie Odwołującego pan K.J. przystępując do postępowania powinien był posiadać stosowne doświadczenie, które bezapelacyjnie jest w stanie potwierdzić dokumentami. W jego interesie jest pozyskanie takich dokumentów stosownie wcześniej, skoro usługi były wykonywane w 2022 r i na początku 2024.

Skoro nie ziszczyły się okoliczności uprawniające pana K.J. do wystawienia tzw. referencji własnych to brak było możliwości uznania tego oświadczenia jako dowodu potwierdzającego należyte wykonanie zamówienia.

Z racji faktu, iż w treści załącznika nr 9 – wykaz usług wskazano usługi realizowane na rzecz Winkolas Sp. z o.o., dla których nie zostały złożone potwierdzające ich należyte wykonanie Winkolas Sp. z o.o. oświadcza, iż usługi pod nr 1-3 oraz 15 zakresowo spełniają wymogi warunku doświadczenia dla pakietu II I były wykonane należyście, natomiast usługi nr 4, 14, 16 i 17 nie spełniają wymogów wymaganego doświadczenia, gdyż:

- usługa pod pozycją 4 – nie było wykonywane pozyskanie ze zrywką
- usługa pod pozycją 14 – nie było wykonywane zagospodarowanie lasu
- usługa pod pozycją 16 – nie było wykonywane zagospodarowanie lasu
- usługa pod pozycją 17 - nie było wykonywane zagospodarowanie lasu

Zarzut nr 2

a) Zdaniem Odwołującego z uwagi na rozbieżności pomiędzy wykazami złożonymi na wezwanie z art. 126 ust. 1 oraz 128 ust. 1 ustawy p.z.p. oraz postanowieniami rozdziału 6 pkt 6.2 ppkt 7) i 9), a także rozdziałem 9 pkt 9.1 lit a) w zakresie zakresu oświadczeń wymaganych w JEDZ oraz pkt 9.3 lit. f) ppkt i) w zakresie oświadczenia o aktualności JEDZ zasadnym jest zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy K.J. w związku z zaistnieniem przesłanki wykluczenia wykonawcy w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 8) PZP oraz art. 109 ust. 1 pkt 10) PZP.

Odwołujący zwrócił uwagę, że Pan J. w momencie składania oświadczenia nie posiadał dowodów potwierdzających należyte wykonanie zamówień na rzecz Winkolas Sp. z o.o. Nie posiadał też stosownego doświadczenia dla potrzeb wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, czego potwierdzeniem jest wykaz usług złożony na tzw. pierwsze wezwanie.

Zdaniem Odwołującego Pan J. przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego w celu uzyskania zamówienia.

b) Pan K.J. w celu sporządzenia oferty posługiwał się pracownikiem zamawiającego p.P. - podleśnicznicy w leśnictwie Łozice, wchodzącego w skład Nadleśnictwa Bobolice. Udział p.F. doprowadził do zakłócenia konkurencji, którego nie można wyeliminować w inny sposób niż wykluczenie, a w następstwie odrzucenie oferty złożonej przez Zakład Usług Leśnych K.J..

Dowody w niniejszej sprawie posiada Zamawiający, których nie udostępnił Odwołującemu

Zarzut nr 3

Odwołujący podniósł, że dla sporządzenia oferty w pakietach II, VI oraz VIII Pan J. posługiwał się pomocą pracownika zamawiającego panem Frochlichem - podleśniczy w leśnictwie Łozic. Pan P.F. wprowadził zmiany w formularzach ofert na części II, VI oraz VIII i w ten sposób doprowadził do uzyskania przez Pana K.J. przewag konkurencyjnej przez tego wykonawcę.

Odwołujący zwrócił uwagę, że po zawiadomieniu Zamawiającego o zaistniałej sytuacji pan P.F. złożył do Nadleśniczego Nadleśnictwa Bobolice wyjaśnienia, które nie zostały Odwołującemu udostępnione. Zdaniem Odwołującego ich treść jest kluczowa dla rozstrzygnięcia udziału i wpływu pracownika zamawiającego na przebieg postępowania.

Odwołujący zaznaczył, że jako jedna z osób mających dostęp do planów urządzania lasu, ww. pracownik Zamawiającego może, poprzez przekazywane informacje, kształtować oferty cenowe poszczególnych wykonawców.

Udział pracownika zamawiającego Pana P.F. w przygotowaniu oferty złożonej przez wykonawcę K.J. powoduje naruszenie zasad przejrzystości i transparentności postępowania, neguje zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji oraz zasadę bezstronności. Wykorzystanie wiedzy pracownika zamawiającego, dokonane w pełni świadomie, zarówno przez wykonawcę jak i dla zysku przez pracownika zamawiającego powoduje, iż naruszone zostały zasady uczciwej konkurencji, a zatem oferta tegoż wykonawcy powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy p.z.p.

Udział podleśniczego w przygotowaniu oferty jednego z wykonawców daje temu wykonawcy przewagę. Wszyscy leśniczy i podleśniczy mają dostęp do informacji w komputerach służbowych np. jak wyceniane są poszczególne czynności na różnych oddziałach, co z zaplanowanych czynności będzie robione na pewno, a co może nie, a co nawet na pewno nie. Są czynności, które na etapie planowania np. w sierpniu leśniczowie uznają, że muszą być zrobione, jednak na etapie składania ofert tj. w listopadzie okazuje się, że raczej nie będą danej czynności wykonywać lub będą wykonywać jej dużo mniej albo też dużo więcej. Leśniczy mają też wiedzę jakich czynności można się spodziewać w znacznym zwiększeniu i w jakich lokalizacjach (to co wykonawcy mogą dostać w ramach prawa opcji), przez co wykonawca ma większą możliwość racjonalnego kosztorysowania danej czynności. Nawet przy cięciach przygodnych, w jednym leśnictwie będzie to kilka drzew na np. 10 hektarach, a w innym będą to skupiska drzew do wycięcia, co generuje całkowicie inne koszty pozyskania, a co za tym idzie inne stawki. Udział podleśniczego w przygotowaniu oferty jest karygodny, rzutuje na całość procesu wyłaniania wykonawców w ramach publicznego przetargu. Wpływa niekorzystnie na konkurencję w postępowaniu co dodatkowo może powodować naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu.

Zarzut nr 4

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w niniejszym postępowaniu złamał podstawowe zasady ustawy Prawo zamówień publicznych prowadząc je z góry założonym wynikiem. Jak również poprzez ignorowanie udziału własnego pracownika w sporządzeniu oferty, rozkładając czynności wezwał do wyjaśnień i uzupełnień w oderwaniu od logiki i zasad zdrowego rozsądku oraz ekonomiki postępowania, rezygnując z możliwości wyjaśnień z podmiotami zewnętrznymi.

Pismem z dnia 31 stycznia 2025 r., stanowiącym odpowiedź na odwołanie, Zamawiający ustosunkował się do zarzutów podniesionych przez Odwołującego i wniósł o ich oddalenie w całości.

Wykonawca K.J. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą ZAKŁAD USŁUG LEŚNYCH KONRA JAGÓDKA zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym ww. wykonawcę. Wszystkie warunki formalne związane ze zgłoszonym przystąpieniem zostały spełnione. Co za tym idzie wykonawca skutecznie zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego, stając się Uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Pismem z dnia 31 stycznia 2025 r. Uczestnik postępowania odniósł się do zarzutów podniesionych przez Odwołującego i wniósł o ich oddalenie w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz Uczestnika postępowania uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron wyrażone odpowiednio w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, pismach procesowych, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje:

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

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w

wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego dowody niestanowiące części dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, złożone przez:

- 1.Odwołującego wraz z odwołaniem, tj.: oświadczenie Winkolas Sp. z o.o. wraz z protokołami; analiza własna Odwołującego *na fakt*: spełniania/braku spełniania warunków udziału Pana Jagódki oraz wraz z pismem procesowym z dnia 2 lutego 2025 r., tj.: oświadczenie *na fakt*: zlecenia Panu J. prac z zakresu pozyskania i zrywki drewna oraz zagospodarowania lasu w wielkości 50% wszystkich prac.
- 2.Zamawiającego wraz z odpowiedzią na odwołanie, tj.: oświadczenie p. P.F. z dnia 22 listopada 2024 r.; Decyzja nr 30 nadleśniczego Nadleśnictwa Bobolice z dnia 22 listopada 2024 r. w sprawie powołania zespołu wyjaśniającego oświadczenie podleśniczego Leśnictwa Łozice; Opinia zespołu wyjaśniającego z dnia 25 listopada 2024 r. (załącznik nr 4 do pisma); Notatka służbowa z dnia 2 grudnia 2024r. (załącznik nr 5 do pisma); Protokół zakończenia prac Zespołu powołanego decyzją nr 30 nadleśniczego Nadleśnictwa Bobolice sporządzony dnia 2 grudnia 2024 r. *na fakt*: podjęcia czynności zmierzających do wyjaśnienia udziału pracownika Zamawiającego w przygotowanie oferty Pana Jagódki

Izba za nieistotne dla rozstrzygnięcia sprawy uznała dowód złożony przez Uczestnika postępowania wraz z pismem procesowym, tj. nagrania wymienionej korespondencji pomiędzy Uczestnikiem postępowania a K.W. z aplikacji Messenger za okres od 17 grudnia 2021 roku do czerwca 2024.

Izba pominęła wniosek Odwołującego *o przeprowadzenie dowodu z dokumentów złożonych przez Pana K.J. w pakietach VI i VIII celem weryfikacji braku powtórzenia w tych samych pozycji w doświadczeniu co w pakiecie II* Nie jest rzeczą Izby wyręczanie Odwołującego i poszukiwanie argumentów na uzasadnienie podniesionych przez Odwołującego twierdzeń. Muszą być one przez Odwołującego przedstawione i szczegółowo uzasadnione oraz poparte odpowiednimi dowodami. Co za tym idzie, to Odwołujący powinien zweryfikować i wskazać które, jego zdaniem, pozycje zostały powtórzone.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest wykonywanie usługi z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Bobolice w roku 2025. Zamówienie zostało podzielone na dziewięć pakietów. Postępowanie odwoławcze dotyczy czynności i zaniechań Zamawiającego w zakresie pakietu II (leśnictwa: Sarnowo i Kępno).

Zgodnie z informacją z otwarcia ofert z dnia 14 listopada 2024 r. w postępowaniu, w zakresie pakietu II, wpłynęły dwie oferty, a mianowicie: oferta Odwołującego oraz Uczestnika postępowania.

Zgodnie z oświadczeniem Zamawiającego, w toku weryfikacji złożonych ofert Zamawiający dostrzegł w treści formularza oferty Uczestnika postępowania komentarze autorstwa jednego z pracowników Zamawiającego – podleśniczego Leśnictwa Łozice Pana P.F..

Dnia 22 listopada 2024 r. Pan P.F. złożył oświadczenie, w którym przyznał, że udzielił Panu K.J. pomocy w sporządzaniu ofert na Pakiety II, VI, VIII zamówienia. W związku z powyższym jeszcze tego samego dnia Decyzją nr 30 Nadleśniczego Nadleśnictwa Bobolice powołany został zespół wyjaśniający przedmiotową sytuację, który został zobowiązany do wydania opinii w sprawie do dnia 26 listopada 2024 r.

W opinii zespołu wyjaśniającego z dnia 25 listopada 2024 r. wskazano, iż posiadany przez Pana Frochlicha uprawniony dostęp do bazy danych Systemu Informatycznego Lasów Państwowych i ewentualne wykorzystanie informacji w nich zawartych nie stawały w uprzywilejowanej sytuacji Pana K.J. oraz że wiedza Pana Frochlicha nie miała wpływu na przebieg postępowania.

2 grudnia 2024 r. sekretarz Nadleśnictwa Bobolice sporządził notatkę służbową potwierdzającą ustalenia zespołu wyjaśniającego oraz stwierdzającą brak naruszenia powiązujących przepisów w zakresie udzielania zamówień publicznych.

Oferta Uczestnika postępowania została oceniona jako najkorzystniejsza i z tego względu Zamawiający przystąpił do jego weryfikacji podmiotowej, kierując wezwanie do złożenia: (1) właściwie uzupełnionego dokumentu Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia („JEDZ”) ze względu na brak wskazania części zamówienia, którego oświadczenie dotyczy oraz (2) oświadczenia wykonawcy o braku podstaw wykluczenia w zakresie, o którym mowa w art. 5k rozporządzenia Rady (UE) nr 833/2014 z dnia 31 lipca 2014 r. dotyczącego środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie (Dz. Urz. UE nr L 229 z 31.07.2014 str. 1 z późn. zm.).

Uczestnik postępowania złożył żądane przez Zamawiającego dokumenty.

Zamawiający pismem z dnia 21 listopada 2024 r., na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał Uczestnika postępowania do złożenia podmiotowych środków dowodowych. Co też Uczestnik postępowania uczynił. W toku weryfikacji przedłożonych przez Uczestnika postępowania podmiotowych środków dowodowych Zamawiający stwierdził nieprawidłowości w niektórych dokumentach. W związku z powyższym, Zamawiający pismem z dnia 6 grudnia 2024 r.,

w oparciu o art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, wezwał Uczestnika postępowania do złożenia wyjaśnień treści przedłożonego zaświadczenia Zakładu Ubezpieczeń Społecznych. Uczestnik postępowania odpowiedział na wątpliwości Zamawiającego, i został wezwany, pismem z dnia 11 grudnia 2024 r., do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, tj. zaświadczenia Zakładu Ubezpieczeń Społecznych. Co też Uczestnik postępowania uczynił w dniu 16 grudnia 2024 r.

Zamawiający pismem z dnia 6 grudnia 2024 r. wezwał Uczestnika postępowania, w oparciu o art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, tj. wykazu usług w zakresie przedmiotu wykonanych usług. Uczestnik postępowania pismem z dnia 9 grudnia 2024 r. odniósł się do wezwań Zamawiającego w ten sposób, że przekazał Zamawiającemu uzupełniony wykaz usług oraz faktury wystawione na WINKOLAS Sp. z o.o. z siedzibą w Bobolicach, Nadleśnictwo Bobolice oraz M.B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Zakład Usług Leśnych B.J.” mające potwierdzić wykonanie usług podanych w wykazie, (b) referencje z dnia 4 listopada 2024 r. wydane przez M.B., poświadczające należyte wykonanie prac na jego rzecz w ramach umowy nr 1a/2024 z dnia 3 marca 2024 r. o łącznej wartości brutto w kwocie 962 557,20 zł.

Zamawiający pismem z dnia 12 grudnia 2024 r., w oparciu o art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, wezwał Uczestnika postępowania do złożenia wyjaśnień podmiotowego środka dowodowego. W treści wezwania Zamawiający wskazał, m.in.:

*(...) Zgodnie z pkt 9.2. lit. b) SWZ oraz § 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. poz. 2415) wykonawca wraz z wykazem usług obowiązany jest przedłożyć podmiotowy środek dowodowy w postaci dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Zgodnie z ww. przepisem i zapisem SWZ dowodami takimi są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane. **Dopiero w sytuacji, w której wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów może przedłożyć oświadczenie własne.***

W zakresie usług podanych w wykazie, wykonanych na rzecz WINKOLAS Sp. z o.o. siedzibą w Bobolicach Wykonawca przedłożył oświadczenie własne potwierdzające należyte ich wykonanie ze wskazaniem, że nie jest w stanie uzyskać referencji oraz w ramach wyjaśnień przedłożył dodatkowo faktury wystawione na ww. podmiot. (...)

Pismem z dnia 16 grudnia 2024 r. Uczestnik postępowania udzielił wyjaśnień wskazując, że: Przyczyną braku uzyskania referencji od spółki WINKOLAS jest konflikt interesów, który pozostaje poza moim wpływem. Podczas rozmów z Panią K., reprezentującą spółkę WINKOLAS, wstępnie – przed złożeniem dokumentacji przetargowej uzyskałem ustne zapewnienie o możliwości wystawienia referencji. Niestety pomimo wielokrotnych prób, zarówno osobistych, jak i poprzez wiadomości SMS, czy rozmów telefonicznych Pani K.W. nie wystawiła mojej firmie referencji za zrealizowane na rzecz spółki WINKOLAS usługi. Poinformowano mnie ustnie, że referencje nie zostaną wystawione, gdyż obie strony konkurują w tym samym przetargu na Pakiet II.

Z punktu widzenia spółki WINKOLAS wystawienie referencji mogłoby wpłynąć na jej niekorzyść, ponieważ moja oferta została oceniona jako najkorzystniejsza. Taka sytuacja jest niezależna ode mnie jako wykonawcy i obiektywnie uniemożliwia mi pozyskanie wymaganych dokumentów od podmiotu konkurującego ze moim przedsiębiorstwem w przedmiotowym przetargu. W związku z tym zdecydowałem się na złożenie oświadczenia wykonawcy wraz z wykazem zrealizowanych usług na rzecz spółki WINKOLAS. Uczestnik postępowania do pisma załączył: Wyciągi z konta bankowego potwierdzające płatności za zrealizowane prace na rzecz WINKOLAS; Zdjęcie ekranu z wiadomością SMS wysłaną do Pani Karoliny Winkowskiej – reprezentującej spółkę WINKOLAS; Wykaz połączeń z Panią K. w okresie 01/10-31/11/2024.

Badając ofertę Uczestnika postępowania, Zamawiający powziął wątpliwości co do podmiotowych środków dowodowych i z tego względu wezwał Uczestnika postępowania do:

- wyjaśnień podmiotowego środka dowodowego w postaci wykazu urządzeń technicznych - pismem z dnia 20 grudnia 2024 r., w oparciu o art. 128 ust. 4 ustawy Pzp (co też Uczestnik postępowania uczynił pismem z dnia 22 grudnia 2024 r.)
- uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego w zakresie dowodów potwierdzających należyte wykonanie usług na rzecz M.B. - pismem z dnia 30 grudnia 2024 r., w oparciu o art. 128 ust. 1 ustawy Pzp (co też Uczestnik postępowania uczynił pismem z dnia 4 stycznia 2025 r.)
- wyjaśnień podmiotowych środków dowodowych, tj. wykazu usług oraz referencji wystawionych przez M.B. - pismem z dnia 8 stycznia 2025 r., w oparciu o art. 128 ust. 4 ustawy Pzp (co też Uczestnik postępowania uczynił pismem z dnia 8 stycznia 2025 r.)

Pismem z dnia 9 stycznia 2025 r. Zamawiający poinformował o wynikach postępowania wskazując, że jako najkorzystniejsza została wybrana oferta Uczestnika postępowania.

Powtarzanie treści ww. pism, z uwagi na ich obszerność oraz przytoczenie fragmentów w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, Izba uznała za zbędne. Co równie istotne, Odwołujący treści ich nie kwestionował.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Tytułem wstępu należy wskazać, że to na Odwołującym spoczywa obowiązek wykazania swoich twierdzeń. To Odwołujący, a nie Zamawiający, a tym bardziej Uczestnik postępowania wywodzi z okoliczności podnoszonych w odwołaniu korzystne dla siebie skutki prawne, opierając na nich żądanie odwołania, a co za tym idzie oczywistym jest, że okoliczności te powinien wykazać właśnie Odwołujący.

Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie z uwagi na niewykazanie przez Odwołującego jego zasadności. Odwołujący nie dostarczył żadnych obiektywnych dowodów w oparciu o które można by stwierdzić naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Całość argumentacji opiera się o oświadczenia własne Odwołującego, co do których, z uwagi na istniejący spór pomiędzy Odwołującym a Uczestnikiem postępowania, należało podejść z dużą ostrożnością.

Zarzut nr 1 – naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c ustawy Pzp

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 odpowiednio lit. b i c ustawy Pzp *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: została złożona przez wykonawcę: niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, lub który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń;*

Odwołujący nie wykazał, że Uczestnik postępowania nie wykonał usług wskazanych w wykazie ani też, że wykonał je nienależycie. Gołosłowne oświadczenie Odwołującego w tym zakresie jest niewystarczające, zwłaszcza w sytuacji, gdy Odwołujący sam doprowadził do takiej sytuacji nie zawierając z Uczestnikiem umowy pisemnej o podwykonawstwo, która regulowałaby zakres usług oraz odpowiedzialność Uczestnika.

Oczywistym jest, że sama faktura czy też zapłata za wykonaną usługę, nie oznacza automatycznie, iż usługa została zrealizowana należycie i w zakresie ustalonym przez strony. Biorąc jednak pod uwagę stan faktyczny sprawy, spór między Odwołującym i Uczestnikiem, i opierając się na doświadczeniu życiowym, zgodzić się należało z Zamawiającym oraz Uczestnikiem postępowania, że Uczestnik postępowania nie miał szans na uzyskanie od Odwołującego referencji potwierdzających zakres wykonanych usług jak również ich należyte wykonanie. Odwołującemu zależy na wyeliminowaniu Uczestnika postępowania, a nie na ułatwieniu mu uzyskanie zamówienia.

Zarzut nr 2 – naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a ustawy Pzp

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: została złożona przez wykonawcę: podlegającego wykluczeniu z postępowania.*

Art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp stanowi, że *Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę: jeżeli, w przypadkach, o których mowa w art. 85 ust. 1, doszło do zakłócenia konkurencji wynikającego z wcześniejszego zaangażowania tego wykonawcy lub podmiotu, który należy z wykonawcą do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, chyba że spowodowane tym zakłócenie konkurencji może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia;*

Art. 109 ust. 1 odpowiednio pkt 8 i 10 ustawy Pzp stanowi, że *Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę: 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; pkt 10 który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.*

Skoro Odwołujący nie wykazał, że umowy wskazane przez Uczestnika w wykazie usług nie obejmowały zakresu jaki został tam wskazany jak również to, że doszło do nienależytego wykonania umowy – to zarzut wprowadzenia w błąd uznać należało za oczywiście bezzasadny.

Zarzut nr 3 – naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;*

Art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowi, że *Czynem nieuczciwej konkurencji jest*

działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Poza sporem było to, że pracownik Zamawiającego wprowadził zmiany w formularzu ofertowym Uczestnika postępowania. Z oczywistych względów takie rzeczy nie powinny mieć miejsca, jednak Odwołującemu nie udało się wykazać, że Uczestnik postępowania dopuścił się czyny nieuczciwej konkurencji. Izba wzięła pod uwagę fakt, że Uczestnik postępowania oraz pracownik Zamawiającego pozostają w stałych relacjach towarzyskich od ok. 10 lat, że pracownik Zamawiającego pomógł Uczestnikowi poza miejscem swojej pracy, i co najistotniejsze, że pracownik ten nie uczestniczył w przygotowaniu dokumentacji, nie był członkiem komisji przetargowej ani też nie wykonuje pracy w leśnictwach objętych pakietem nr II. Nie bez znaczenia było również to, że Zamawiający nie zbagatelizował sprawy i przeprowadził procedurę wyjaśniającą, w tym zweryfikował, które punkty formularza wypełnił pan Frochlich. Z kolei Odwołujący nie wykazał, że pan Frochlich dokonał innych zmian, które miały istotny wpływ na wynik postępowania.

I o ile zachowanie Uczestnika postępowania i pracownika Zamawiającego można uznać jako sprzeczne z dobrymi obyczajami i taka sytuacja nie powinna mieć miejsca, to jednak Odwołujący, stawiając tak poważny zarzut jakim jest czyn nieuczciwej konkurencji, obowiązany był wykazać nie tylko sprzeczność z dobrymi obyczajami ale również drugą przesłankę wskazaną w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. że czyn ten zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na to, że wprowadzone przez pracownika Zamawiającego zmiany w formularzu ofertowym doprowadziły do przewagi konkurencyjnej Uczestnika postępowania. Odwołujący nie podjął nawet próby wykazania, że treść tych zmian miała jakikolwiek wpływ na wynik postępowania.

Zarzut nr 4 – naruszenie art. 16 pkt 1 i 2 oraz art. 17 ust. 3 ustawy Pzp

Zgodnie z art. 16 odpowiednio pkt 1 i 2 ustawy Pzp *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; przejrzysty;*

Art. 17 ust. 3 ustawy Pzp stanowi, że *Czynności związane z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia wykonują osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm.*

Jeżeli chodzi o zarzut nr 4, jako powiązany z zarzutami wcześniejszymi, również nie zasługiwał na uwzględnienie. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie podstawowych zasad prawa zamówień publicznych twierdząc, że prowadził je z góry założonym wynikiem – choć w żaden sposób Odwołujący tego nie wykazał.

Dalej, że Zamawiający ignorował udział własnego pracownika w sporządzeniu oferty – pomijając całkowicie powołanie komisji do zbadania okoliczności sprawy.

Odwołujący wskazuje również, że Zamawiający prowadził postępowanie z udziałem osób niezapewniających zachowanie bezstronności i obiektywizmu – jakie to osoby Odwołujący miał na myśli, tego już nie wskazał. Warto przypomnieć, że Pan Frochlich nie uczestniczył w przygotowaniu dokumentacji, nie był również członkiem komisji przetargowej.

Zdaniem Odwołującego naruszenie zasad ustawy Pzp objawia się również w tym, że Zamawiający „rozkladał” czynności wezwań do wyjaśnień i uzupełnień w oderwaniu od logiki i zasad zdrowego rozsądku oraz ekonomiki postępowania, rezygnując z możliwości wyjaśnień z podmiotami zewnętrznymi - podczas gdy Zamawiający podejmował czynności w zakresie określonym w ustawie Pzp. Odwołujący nawet nie próbował wyjaśnić jak Zamawiający obowiązany był procedować zgodnie z logiką, zasadami zdrowego rozsądku oraz ekonomiki postępowania.

Odnosząc się krótko do podniesionej przez Odwołującego zasady jednokrotności wyjaśnień podmiotowych środków dowodowych – Odwołujący nie podjął próby wyjaśnienia z czego wywodzi tę zasadę. Zasada jednokrotności wezwania nie dotyczy wezwania do złożenia wyjaśnień w oparciu o art. 128 ust. 4 ustawy Pzp. Zamawiający ma prawo, a czasami nawet i obowiązek, wezwać do złożenia wyjaśnień w sytuacji zrodzenia się u niego wątpliwości co do treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 2 ust. 1 pkt 2 w zw. § 5 pkt 1 lit. a, pkt 2 lit b i lit d rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania. Izba nie uwzględniła wniosku Zamawiającego o zasądzenie kosztów biletu lotniczego. W ocenie Izby koszt ten nie był uzasadniony. Pełnomocnik Zamawiającego przyjechał dzień przed wyznaczonym terminem posiedzenia/rozprawy i z tego tytułu wniósł o zasądzenie kosztów noclegu. Pełnomocnik Zamawiającego argumentował skorzystanie z linii lotniczych oszczędnością czasu, obawą przed niedojechaniem na posiedzenie oraz śladem węglowym. Izba stoi na stanowisku, że zasądzane koszty powinny odzwierciedlać konieczne koszty, a nie te które uzasadnione są jedynie komfortem pełnomocnika.

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodnicząca: