

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 20 stycznia 2024 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia P.S. prowadzący działalność pod firmą P.S. Zakład Usług Leśnych z siedzibą w Klepinie 2, A.S. prowadzący działalność pod firmą A.S. Zakład Usług Leśnych z siedzibą w Klepinie 2 i J.S. prowadzący działalność pod firmą Zakład Usług Wielobranżowych „Jurek” z siedzibą w Grzymiradzu 35 (odwołujący) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Myślibórz z siedzibą w Myśliborzu

Uczestnik po stronie zamawiającego:

wykonawca K.S. prowadzący działalność pod firmą Usługi Leśne K.S. z siedzibą w Swobnicy 6

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego i

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wydatków pełnomocnika odwołującego, kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wydatków pełnomocnika zamawiającego, kwotę 1 260zł 00 gr (jeden tysiąc dwieście sześćdziesiąt złotych zero groszy) tytułem kosztów dojazdu zamawiającego, kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wydatków pełnomocnika przystępującego.

2.2. zasądza od odwołującego na rzecz uczestnika kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu wydatków pełnomocnika przystępującego.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:

Sygn. akt KIO 213/25

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Myślibórz w roku 2025 nr postępowania: SA.270.1.2.2024 zostało wszczęte ogłoszeniem zamieszczonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr: 656918-2024.

20 stycznia 2025 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia P.S. prowadzący działalność pod firmą P.S. Zakład Usług Leśnych z siedzibą w Klepinie 2, A.S. prowadzący działalność pod firmą A.S. Zakład Usług Leśnych z siedzibą w Klepinie 2 i J.S. prowadzący działalność pod firmą Zakład Usług Wielobranżowych „Jurek” z siedzibą w Grzymiradzu 35 wnieśli odwołanie przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z 20 stycznia 2025 r. udzielonego przez właścicieli firm wchodzących w skład konsorcjum. Do zgłoszenia dołączono dowody jego opłacenia, oraz przekazania zamawiającemu.

Odwołanie zostało wniesione od następujących czynności zamawiającego:

1. wyboru oferty wykonawcy K.S. jako najkorzystniejszej w pakiecie VII, dokonanego w dniu 10 stycznia 2025r. i zaniechania wykluczenia tego wykonawcy oraz zaniechania odrzucenia jego oferty;

2. wyboru oferty wykonawcy K.S. jako najkorzystniejszej w pakiecie III, dokonanego w dniu 14 stycznia 2025r. i zaniechania wykluczenia tego wykonawcy oraz zaniechania odrzucenia jego oferty.

Powyższym czynnościom zarzucono naruszenie:

3. art. 109 ust. 1 pkt 8) ustawy oraz art. 109 ust. 1 pkt 10) ustawy w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) i b) ustawy przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy z postępowania oraz odrzucenia jego oferty w pakiecie VII, pomimo wprowadzenia zamawiającego w błąd i przedstawienia informacji wprowadzającej w błąd co do tego, że wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu w postaci dysponowania sprzętem wymaganym w ramach tego pakietu, co mogło mieć wpływ na wybór oferty wykonawcy w tym pakiecie jako najkorzystniejszej;

4. art. 111 pkt. 5) i 6) ustawy w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8) ustawy oraz art. 109 ust. 1 pkt 10) ustawy przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy z postępowania oraz odrzucenia jego oferty w pakiecie III, pomimo że wybór oferty wykonawcy

w tym pakiecie nastąpił przed upływem okresu wykluczenia, wynikającego ze zdarzenia uzasadniającego wykluczenie w pakiecie VII;

5. art. 128 ust. 4 ustawy przez zaniechanie wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w kwestii podstawy i okresu dysponowania przez wykonawcę wciągarką marki Krpan, wykazaną w poprawionym formularzu JEDZ złożonym w ramach postępowania dotyczącego pakietu VII.

Wniósł o:

1. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru ofert K.S. oraz wykluczenia tego wykonawcy z postępowania w zakresie pakietów III i VII, a także odrzucenia jego ofert złożonych na te pakiety.

2. obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym zasądzenie na rzecz odwołującego równowartości kwoty wpisu oraz kosztów, o których mowa w §5.2) rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania.

3. dopuszczenie dowodu z wszystkich wymienionych dokumentów zgromadzonych przez zamawiającego w aktach postępowania o udzielenie zamówienia, dołączonych do odwołania lub złożonych dodatkowo przed zamknięciem rozprawy.

Interes odwołującego we wniesieniu odwołania polega na tym, że ich oferty w obydwu pakietach był sklasyfikowane na drugim miejscu w rankingu ofert, za ofertami K. S.. Wybór ofert wykonawcy odbył się zatem z uszczerbkiem dla interesów odwołującego.

10 stycznia 2025r. zamawiający zawiadomił o wyborze oferty K.S. jako najkorzystniejszej w pakiecie VII.

14 stycznia 2025r. zamawiający zawiadomił o wyborze oferty tego samego wykonawcy jako najkorzystniejszej w pakiecie III.

Dowód: zawiadomienia o wyborze ofert – w aktach postępowania.

Obydwa rozstrzygnięcia są niezgodne z przepisami prawa z przyczyn opisanych poniżej.

K.S. złożył oferty na pakiety I, III i VII.

Dowód: zawiadomienie o otwarciu ofert – w aktach postępowania.

Zgodnie z pkt. 7.1.4)b SWZ, celem spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w ramach zdolności technicznej, zamawiający wymagał od wykonawców oświadczenia o dysponowaniu ciągnikami zrywkowymi lub ciągnikami przystosowanymi do zrywki drewna.

W przypadku pakietu I należało zadeklarować dysponowanie 2 szt. takich ciągników, w pakiecie III i VII – po jednej sztuce. Co istotne, zgodnie z postanowieniem pkt. 7.3.3) SWZ, jeżeli wykonawca ubiegał się o udzielenie zamówienia na kilka pakietów, nie mógł celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu wskazywać w więcej niż jednym pakiecie tego samego potencjału technicznego dot. ciągników zrywkowych lub ciągników przystosowanych do zrywki drewna.

Dowód: SWZ – w aktach postępowania.

Kami S., celem wykazania spełnienia opisanych powyżej warunków, zadeklarował zamawiającemu dysponowanie następującymi urządzeniami:

W pakiecie I:

a) ciągnikiem VALTRA T170, nr rejestracyjny FMI 23TM wyposażonym w przyczepę PALMS 750, numer fabryczny: 11659,

b) ciągnikiem RENAULT 113.14, nr rejestracyjny TLW 66UW, wyposażonym we wyciągarkę TAJFUN EGV 85 AHKSG, n fabryczny 209131-01769.

Dysponowanie urządzeniami nastąpiło na zasadzie udostępnienia zasobów przez podmiot trzeci, tj. Jana G.. Wykonawca przedstawił stosowne zobowiązanie wedle wzoru zgodnego z załącznikiem nr 6 do SWZ oraz JEDZ p. G..

W pakiecie III:

Ciągnikiem MTZ Belarus 952 nr rejestracyjny DW 7151, rok produkcji 2015, wyposażonym w wyciągarkę Fransgard W-8016-EH, nr seryjny 68000024.

Wykonawca oświadczył, że ww. urządzenia stanowią jego własność.

W pakiecie VII:

Ciągnikiem MTZ Belarus 82, nr rejestracyjny ZGR F195, wyposażonym w przyczepę zrywkową FAO FAR3264, n fabryczny 3264941.

Wykonawca wskazał własność jako podstawę dysponowania ww. ciągnikiem, zaś w odniesieniu do przyczepy zadeklarował dysponowanie na zasadzie umowy leasingu.

Dowód: JEDZ złożone przez wykonawcę w pakietach I, III i VII – w aktach postępowania, oświadczenie o udostępnieniu zasobów – w aktach postępowania, JEDZ J. G. – w aktach postępowania, wykazy urządzeń złożone przez wykonawcę w pakietach III i VII – w aktach postępowania.

M.in. związku z powyższymi deklaracjami, zamawiający dokonał wyboru ofert K.S. jako najkorzystniejszych w pakietach III i VII.

Po tym wyborze odwołujący zapoznali się z całością dokumentacji złożonej przez p. S. we wszystkich pakietach. Odwołujący powzięli informację, że wykonawca nie dysponuje jednym z urządzeń, których dysponowanie zadeklarował we wstępnych oświadczeniach i wykazach. Otóż okazało się, że przyczepa zrywkowa FAO FAR3264, nr fabryczny 3264941, którą wykonawca wymienił w wykazie urządzeń w pakiecie III jako wyposażenie do zrywki drewna, jest przedmiotem umowy leasingu zawartej przez p. K.M..

Dowód: zamówienie K.M. na przyczepę Faofar – w załączeniu,

umowa leasingu K.M. – w załączeniu,

protokół odbioru przyczepy przez K.M. – w załączeniu,

oświadczenie w sprawie bhp składane przy odbiorze przyczepy – w załączeniu,

decyzja Prezesa UDT – w załączeniu.

Odwołujący zawiadomili Nadleśnictwo o tym fakcie.

19 grudnia 2024r. zamawiający powiadomił o unieważnieniu wyboru ofert w pakietach III i VII. W uzasadnieniu tej decyzji Nadleśnictwo poinformowało, że wedle jego informacji przyczepa zrywkowa FAO-FAR 3264 o numerze fabrycznym 3264941 nie jest ani własnością p. S., ani też nie jest z nim zawarta umowa leasingowa odnośnie tego urządzenia.

Dowód: decyzja z 19 grudnia 2024r. o unieważnieniu wyboru ofert – w aktach postępowania.

23 grudnia 2024r. zamawiający wezwał wykonawcę do uzupełnienia JEDZ. W uzasadnieniu Nadleśnictwo stwierdziło co następuje:

Zamawiający jest w posiadaniu informacji, iż wskazana ww. przyczepa zrywkowa nie jest ani Pańską własnością ani też umowa leasingowa nie jest zawarta na Pana, wobec czego sam ciągnik MTZ Belarus 82 nr rej. ZGR F195 nie potwierdza warunku udziału w postępowaniu dot. zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie potencjału technicznego.

Dowód: wezwanie z 23 grudnia 2024r. – w aktach postępowania.

W odpowiedzi na to wezwanie wykonawca przedstawił uzupełniony na nowo fragment JEDZ (część IV, sekcja C), w którym nie pojawiła się już ww. przyczepa Faofar. Wykonawca nieoczekiwanie zadeklarował, że dysponuje ciągnikiem MTZ Belarus 82 nr rejestracyjny ZGR F195, tym razem wyposażonym w wyciągarką KRPAN 5SI nr fabryczny-VT01006287. Wykonawca zawiadomił, że obydwa urządzenia pozostają jego własnością.

Dowód: poprawiony przez wykonawcę fragment formularza JEDZ – w aktach postępowania.

Wykonawca nie przedstawił wyjaśnienia zmiany treści swojej wcześniejszej deklaracji co do dysponowania przyczepą, a także nie zakwestionował twierdzeń zamawiającego w tym zakresie.

Poprawiony formularz JEDZ stał się ostatecznie podstawą ponownego wyboru oferty wykonawcy w pakiecie VII.

Odwołujący przytoczył art. 109 ust. 1 pkt 8) i pkt. 10) ustawy. Wskazał, że obydwa przepisy są fakultatywnymi podstawami wykluczenia. Zamawiający przewidział jednak ich zastosowanie w pkt. 6.2.7) i 6.2.8) SWZ.

Wskazał na stanowisko doktryny w przedmiocie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy oraz orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (dalej KIO) – wyrok z 24 lutego 2023 r KIO 373/23.

Odwołujący stwierdził, że K.S. podjął próbę wprowadzenia zamawiającego w błąd odnośnie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, co mogło mieć wpływ na wybór jego oferty.

Nie sposób przyjąć, że p. K.S., składając formularz JEDZ w pakiecie VII, nie zdawał sobie sprawy z tego, że nie jest stroną umowy leasingu przyczepy zrywkowej, skoro przyczepa była przedmiotem takiej umowy zawartej przez inną osobę. Wykonawca musiał zatem wiedzieć, że poinformowanie Nadleśnictwa o tym, że jest leasingobiorcą spornej przyczepy wywoła po stronie zamawiającego błędne przekonanie co do okoliczności objętej warunkami udziału w postępowaniu, kluczowej dla wyboru jego oferty.

K.S. jest przedsiębiorcą. Krajowa Izba Odwoławcza, w licznych orzeczeniach dotyczących stosowania prawa zamówień publicznych przez wykonawców, przyjmuje wobec nich podwyższony standard staranności, odwołując się do treści art. 355 § 2 k.c. - wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 września 2020 r., KIO 2095/20.

Wykonawca, jako podmiot profesjonalny, miał lub powinien mieć pełną świadomość umów, które zawiera, ich treści i zobowiązań, które dla niego z tych umów wynikają. Oczywiście, per analogiam, wykonawca powinien mieć także świadomość umów, których nie zawarł. Jednocześnie p. S. powinien był wiedzieć, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego opiera się na własnych oświadczeniach i deklaracjach oferentów oraz założeniu, że muszą one być prawdziwe.

Trudno w tej sytuacji przyjąć, że wymienienie umowy leasingu jako podstawy dysponowania mogło powstać w wyniku niecelowej, nieświadomionej omyłki. Staranność wykonawcy należy ocenić z uwzględnieniem faktu, że leasing jest powszechnie przyjętą w obrocie formą finansowania użytkowania sprzętu leśnego.

Przeciętnemu właścicielowi zakładu usług leśnych jest wiadome, że leasing polega na zakupie przez firmę finansującą wybranego przez wykonawcę sprzętu po to, aby ten sam wykonawca mógł następnie z tego sprzętu korzystać w

umówionym okresie, za zapłatą comiesięcznych rat. Należy pamiętać, że zgodnie z art. 709[2] k.c., umowa leasingu jest zawierana w formie pisemnej pod rygorem nieważności. Nie posiadając takiej umowy (posiadał ją bowiem ktoś inny) Wykonawca nie mógł przyjąć, że leasinguje przyczepę zrywkową.

U źródeł fałszywego oświadczenia złożonego w JEDZ, a następnie wykazie urządzeń legło zatem albo daleko idące niedbalstwo, albo celowe działanie oferenta nakierowane na wybór jego oferty. W każdym z tych przypadków mamy do czynienia z wypełnieniem przesłanek zawinienia z art. 109 ust. 1 ustawy. Niezależnie od tego, który z tych przepisów (pkt 8 lub pkt 10) ma w tej sprawie zastosowanie, musi prowadzić do wykluczenia K.S. z postępowania.

Odwolujący zwrócił uwagę na kontekst złożenia przez wykonawcę kwestionowanego oświadczenia. Otóż p. S. miał wiedzę o tym, jakie wymagania techniczne sformułował zamawiający w SWZ. Wykonawca wiedział, że nie może powielać posiadanego sprzętu zrywkowego pomiędzy pakietami (co jest skądinąd warunkiem nie zawsze stosowanym przez Nadleśnictwa w prowadzonych przez nich postępowaniach o udzielenie zamówień z zakresu usług leśnych).

Tylko zatem wykazanie dysponowania jakąś inną maszyną w stosunku do maszyn wymienionych w pakiecie I i III dawało p. S. szanse na skuteczne złożenie oferty we wszystkich trzech pakietach.

Jak się okazuje, zasoby wykonawcy były jednak ograniczone. Dowodzi tego fakt, że celem wykazania spełnienia warunku w pakiecie I p. S. był zmuszony posłużyć się potencjałem obcym. Nasuwa się w tej sytuacji podejrzenie, że własny potencjał techniczny p. S. pozwalał mu na złożenie oferty zaledwie tylko w jednym pakiecie.

Wykonawca złożył fałszywe oświadczenie co do posiadania przyczepy, świadomie kierując się motywacją polegającą na uzyskaniu możliwości ubiegania się o zamówienie w trzeciej z kolei części.

W tym kontekście odwołujący negatywnie ocenił bierne zachowanie zamawiającego względem odpowiedzi wykonawcy na wezwanie z 23 grudnia 2024r.

Otóż zamawiający bezkrytycznie przyjął fakt, że p. S., po unieważnieniu wyboru jego ofert i otrzymaniu wezwania w sprawie wykazanych urządzeń w pakiecie VII, po prostu zamienił wcześniej deklarowany sprzęt na inny, tak jakby jego uprzednia deklaracja była wynikiem niezamierzonej pomyłki.

Zamawiający w swoim wezwaniu wprost przypisał wykonawcy „nie wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dot. zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie potencjału technicznego”. P. K.S. nie zaprzeczył temu zarzutowi i nie negował, że przyczepa zrywkowa jest przedmiotem leasingu innej osoby. Milcząca akceptacja zarzutu oraz brak wyjaśnień złożonych wraz z korektą JEDZ uzasadniają przekonanie o wcześniejszym, celowym działaniu p. S. oraz braku możliwości i chęci racjonalnego wytłumaczenia zaistniałego stanu rzeczy. W istocie rzeczy, możliwość przedstawienia takiego racjonalnego wyjaśnienia nie istniała.

Gdyby nie przypadek i wiedza odwołującego co do osoby rzeczywistego leasingobiorcy przyczepy, wybór oferty p. S. w oparciu o pierwotne oświadczenia pozostałby niewzruszony. W ten sposób widoczny jest potencjalny wpływ fałszywych deklaracji wykonawcy na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu.

Zamawiającego umknęła kwestia nieoczekiwanego zadeklarowania przez p. S. posiadania na własność kolejnej jednostki sprzętu umożliwiającej spełnienie rzeczonych warunków.

Nieoczekiwanie modyfikując treść JEDZ w odpowiedzi na wezwanie Nadleśnictwa, wykonawca powiadomił, że jest właścicielem wyciągarki marki Krpan, która nadaje ciągnikowi charakterystykę sprzętu leśnego.

Wobec przebiegu wcześniejszych zdarzeń istnieje podejrzenie, że tym urządzeniem wykonawca nie dysponował lub nie mógł zadeklarować jego dysponowaniem w chwili złożenia oferty. Należy przyjąć, że gdyby taka możliwość istniała, p. Sosnowki nie narażałby się niepotrzebnie na surowe konsekwencje prawne deklarując leasing przyczepy.

W tym stanie rzeczy, zarzut opisany w pkt 3. petitum pisma okazuje się dodatkowo uzasadniony.

Niezależnie od tego zarzutu, okoliczności postępowania uzasadniały wezwanie p. S. do udzielenia szczegółowych wyjaśnień odnośnie podstaw i okres dysponowania wciągarką w trybie art. 128 ust. 4 ustawy. Dlatego dodatkowy zarzut opisany w pkt 4 petitum pisma jest również uzasadniony.

Co do pakietu III odwołujący przytoczył art. 111 pkt 5) i pkt 6) ustawy.

W tej sprawie mamy do czynienia z przypadkiem uzasadniającym wykluczenie na zasadzie art. 109 ust. 1 pkt 8, względnie na zasadzie pkt 10 tego artykułu.

Decyzja o wyborze oferty wykonawcy jako najkorzystniejszej w pakiecie III zapadła w dniu 14 stycznia 2025r. Tym samym Nadleśnictwo wydało to rozstrzygnięcie po zaistnieniu zdarzenia uzasadniającego wykluczenie K. S. w pakiecie VII oraz w okresie wyłączenia wykonawcy z postępowania. W rezultacie, p. S. podlegał wykluczeniu także w ramach postępowania w pakiecie III, a jego oferta złożona na ten pakiet powinna ulec odrzuceniu.

W tym stanie rzeczy uzasadniony jest zarzut opisany w pkt 4. petitum pisma.

21 stycznia 2025 r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.

24 stycznia 2025 wykonawca K.S. prowadzący działalność pod firmą Usługi Leśne K.S. z siedzibą w Swobnicy 6 zgłosił swój udział w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego. Zgłoszenie zostało wniesione przez właściciela firmy. Do zgłoszenia dołączono dowody jego przekazania zamawiającemu. 10 stycznia 2025 r. w wyniku prawidłowo

przeprowadzonego postępowania, oferta przystępującego została wybrana przez zamawiającego jako najkorzystniejsza w postępowaniu w pakiecie VII, natomiast w 14 stycznia 2025 r. w wyniku prawidłowo przeprowadzonego postępowania, oferta przystępującego została wybrana przez zamawiającego jako najkorzystniejsza w postępowaniu w pakiecie III, zatem przystępujący ma interes w tym, by wniesione przez odwołującego odwołanie zostało oddalone, względnie odrzucone.

Przystępujący ma realną szansę na zawarcie umowy na realizację przedmiotowego zamówienia publicznego na obu pakietach i uzyskanie korzyści wynikających z jego wykonania. Interes przystępującego w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego objawia się w tym, że oddalenie odwołania umożliwi przystępującemu zawarcie umowy na wykonanie przedmiotowego zamówienia zgodnie z prawidłowo dokonanym przez zamawiającego wyborem oferty przystępującego jako najkorzystniejszej.

Przystępujący ma zatem interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść zamawiającego, przez jego oddalenie, względnie odrzucenie.

7 lutego 2025 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie oświadczając, że

(1)uwzględnia odwołanie w części tj. w zakresie zarzutów:

- naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8) ustawy oraz art. 109 ust. 1 pkt 10) ustawy w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a) i b) ustawy przez zaniechanie wykluczenia przystępującego z postępowania oraz odrzucenia jego oferty w Pakiecie VII, pomimo wprowadzenia zamawiającego w błąd i przedstawienia informacji wprowadzającej w błąd co do tego, że przystępujący spełnia warunek udziału w postępowaniu w postaci dysponowania sprzętem wymaganym w ramach tego Pakietu, co mogło mieć wpływ na wybór oferty przystępującego w tym Pakiecie jako najkorzystniejszej,

- naruszenie art. 128 ust. 4 ustawy przez zaniechanie wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień w kwestii podstaw i okresu dysponowania przez przystępującego wyciągarką marki Krpan, wskazaną w poprawionym formularzu JEDZ złożonym w ramach postępowania dotyczącego Pakietu VII,

(2)w przypadku niewycofywania pozostałych zarzutów odwołania przez odwołującego wniósł o:

- oddalenie odwołania w całości zarzutów nieuwzględnionych,

- przeprowadzenie dowodów z dokumentów wskazanych w treści odpowiedzi na odwołanie na okoliczności tam wskazane,

- zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego - według spisu kosztów przedłożonego na posiedzeniu lub rozprawie.

Przedmiotem postępowania odwoławczego są czynności dokonane w Pakiecie III obejmującym leśnictwo Krusze oraz w Pakiecie VII obejmującym leśnictwo Rów.

W terminie składania ofert na Pakiet III oraz Pakiet VII wpłynęły dwie oferty złożone przez odwołującego oraz przystępującego.

Jako ofertę najkorzystniejszą w Pakiecie III i w Pakiecie VII zamawiający wybrał ofertę przystępującego. Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej w Pakiecie III została przekazana wykonawcom w dniu 14 stycznia 2025 r., a informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej w Pakiecie VII została przekazana wykonawcom w dniu 10 stycznia 2025 r.

Dowód:

Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej w Pakiecie III z dnia 14 stycznia 2025 r. (w aktach postępowania).

Dowód:Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej w Pakiecie VII z dnia 10 stycznia 2025 r. (w aktach postępowania).

Zamawiający za zasadne uznał zarzuty dotyczące naruszeń dokonanych w Pakiecie VIIa dotyczących naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8) ustawy oraz art. 109 ust. 1 pkt 10) ustawy w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a) i b) ustawy oraz art. 128 ust. 4 ustawy. Z kolei zamawiający nie podzielił stanowiska odwołującego odnośnie naruszenia w Pakiecie III wskazanych w odwołaniu przepisów art. 111 pkt 5) i 6) ustawy w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8) ustawy oraz art. 109 ust. 1 pkt 10) ustawy.

W związku z uwzględnieniem odwołania w zakresie wskazanych wyżej zarzutów zamawiający zobowiązał się do unieważnienia czynności wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej w Pakiecie VII oraz dokonania czynności ponownego badania i oceny ofert zgodnie z przepisami ustawy.

Zamawiający nie zgodził się z odwołującym, jakoby w związku z oceną oferty złożonej przez przystępującego w Pakiecie III doszło do naruszenia art. 111 pkt 5) i 6) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy oraz art. 109 ust. 1 pkt 10) ustawy. Przedmiotowy zarzut jest całkowicie niezasadny z przyczyn opisanych poniżej.

Niezasadne jest stanowisko odwołującego, jakoby zamawiający naruszył w/w przepisy w Pakiecie III poprzez zaniechanie wykluczenia przystępującego z postępowania oraz odrzucenia jego oferty w Pakiecie III, pomimo że wybór oferty przystępującego w tym Pakiecie nastąpił przed upływem okresu wykluczenia, wynikającego ze zdarzenia uzasadniającego wykluczenie w Pakiecie VII. Nie można bowiem zgodzić się z odwołującym, że w związku z tym, że decyzja zamawiającego zapadła po zaistnieniu zdarzenia uzasadniającego wykluczenie Przystępującego w Pakiecie VII oraz w okresie wyłączenia go z postępowania, to przystępujący powinien podlegać wykluczeniu na podstawie art. 109

ust. 1 pkt 8 ustawy oraz art. 109 ust. 1 pkt 10) ustawy również w ramach postępowania na Pakiet III, a jego oferta złożona na Pakiet III powinna zostać odrzucona.

Zamawiający wskazał, że w art. 111 ustawy zostały wyznaczone granice czasowe wystąpienia okoliczności stanowiącej podstawę wykluczenia wykonawcy z postępowania. Przepis art. 111 pkt 5) ustawy, który dotyczy wykluczenia z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8) ustawy wskazuje, że wykluczenie wykonawcy następuje na okres 2 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. Z kolei przepis art. 111 pkt 6) ustawy, który dotyczy wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10) ustawy wskazuje, że wykluczenie wykonawcy następuje na okres roku od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia.

Wyżej przywołane przepisy mają zastosowanie wówczas, gdy w stosunku do określonego wykonawcy (w tym przypadku przystępującego) zastosowana zostanie sankcja wykluczenia z postępowania w oparciu o przesłanki, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8) i 10) ustawy. Z kolei, aby sankcja wykluczenia odniosła skutek, to w danym postępowaniu zamawiający musi dokonać czynności wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8) ustawy oraz art. 109 ust. 1 pkt 10) ustawy. Oznacza to, że dopiero w sytuacji, gdy przystępujący zostanie prawomocnie wykluczony z postępowania w Pakiecie VII na podstawie w/w przepisów, to wówczas będzie on podlegał wykluczeniu z każdego kolejnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w którym będzie brał udział, przez odpowiedni okres wskazany w art. 111 pkt 5) i art. 111 pkt 6) ustawy. W takim przypadku okres wskazany w art. 111 pkt 5) ustawy i art. 111 pkt 6) ustawy będzie liczony „od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia” czyli od dnia podania przez przystępującego w złożonym wraz z ofertą na Pakiet VII Jednolitym Europejskim Dokumencie Zamówienia („JEDZ”) informacji wprowadzających zamawiającego w błąd, co do podstawy do dysponowania sprzętem podanym na potwierdzenie spełnienia warunku dot. zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie potencjału technicznego. Jednakże najpierw zamawiający musi prawomocnie wykluczyć przystępującego na wskazanych wyżej podstawach z postępowania na Pakiet VII.

Wyżej zaprezentowane stanowisko zostało potwierdzone w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i tak w wyroku z dnia 13 września 2024 r. (sygn. akt KIO 3109/24), zamawiający powołał też wyrok z dnia 24 lipca 2023 r. (sygn. akt KIO 2010/23), wyrok z dnia 14 marca 2023 r. (sygn. akt KIO 539/23), wyrok z dnia 1 października 2024 r. (sygn. akt KIO 3136/24), wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 lipca 2024 r. o sygn. akt KIO 2382/24.

Informacje wprowadzające w błąd (których dotyczą podniesione w odwołaniu zarzuty uwzględnione przez zamawiającego) zostały podane przez przystępującego w JEDZ-u złożonym na Pakiet VII, w którym zamawiający dokonał wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej w dniu 10 stycznia 2025 r. zamawiający nie wykluczył przystępującego z Pakietu VII na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8) ustawy oraz art. 109 ust. 1 pkt 10) ustawy.

Dowód: Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej w Pakiecie VII z dnia 10 stycznia 2025 r. (w aktach postępowania).

Z kolei w postępowaniu dotyczącym Pakietu III przystępujący potwierdził spełnienie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw do wykluczenia oraz nie podał informacji wprowadzających zamawiającego w błąd, które stanowiłyby podstawy wykluczenia go z postępowania na Pakiet III, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8) i art. 109 ust. 1 pkt 10) ustawy i zamawiający w dniu 14 stycznia 2025 r. dokonał wyboru jego oferty w Pakiecie III jako najkorzystniejszej. Wprawdzie w dniu wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej na Pakiet III doszło już do podania przez przystępującego w Pakiecie VII nieprawdziwych informacji, to jednak w tym dniu nie doszło do jego prawomocnego wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8) ustawy i art. 109 ust. 1 pkt 10) ustawy.

Dowód: Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej w Pakiecie III z dnia 14 stycznia 2025 r. (w aktach postępowania). W związku z tym, iż nie doszło do prawomocnego wykluczenia przystępującego z Pakietu VII na podstawie wskazanych wyżej przepisów, to w chwili wyboru oferty przystępującego w Pakiecie III nie wystąpiła podstawa do wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8) ustawy i art. 109 ust. 1 pkt 10) ustawy. Przystępujący nie może zostać automatycznie wykluczony z Pakietu III tylko dlatego, że podał nieprawdziwe informacje w Pakiecie VII, a do wyboru jego oferty w Pakiecie III doszło po rozstrzygnięciu postępowania w Pakiecie VII.

Zamawiający podkreślił, że wykluczenie z postępowania jest czynnością zamawiającego i aby wykluczenie zaistniało czynność taka musi zostać dokonana zgodnie z przepisami ustawy i stać się prawomocna. Dopiero po decyzji zamawiającego o wykluczeniu przystępującego z Pakietu VII na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8) oraz art. 109 ust. 1 pkt 10) ustawy przystępujący zobowiązany jest do przyznania się, że podlega wykluczeniu i przedstawienia przekonujących dowodów na wykazanie swojej rzetelności (tj. dokonać self-cleaningu, o którym mowa w art. 110 ust. 2 ustawy). W art. 110 ust. 2 ustawy przewidziano bowiem instytucję samooczyszczenia (self-cleaningu), która dotyczy sytuacji, w której pomimo zaistnienia wobec wykonawcy podstawy wykluczenia, może on nie podlegać wykluczeniu, gdy udowodni, że jest wykonawcą rzetelnym oraz dającym rękojmię należytego wykonania zamówienia. Wykonawca, wiedząc zatem, że zaistniały wobec niego przesłanki wykluczenia z postępowania, oraz mając świadomość tego, korzysta z przysługującego mu uprawnienia do udowodnienia zamawiającemu, że podjął on starania w celu

wyeliminowania w przyszłości sytuacji, które miały wpływ na zaistnienie wobec niego przesłanki wykluczenia go z możliwości ubiegania się o zamówienie. W Pakiecie III do takiej sytuacji jednak nie doszło, gdyż w chwili wyboru oferty najkorzystniejszej w tym Pakiecie przystępujący nie był jeszcze wykluczony z postępowania w Pakiecie VII na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10) ustawy oraz art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy. Przystępujący nie miał wiedzy, że podlega wykluczeniu na podstawie w/w przepisów i tym samym nie mógł dokonać samooczyszczenia na podstawie art. 110 ust. 2 ustawy. Nie może więc podlegać wykluczeniu z postępowania w Pakiecie III na wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy.

Zamawiający uznał, że dokonując wyboru jako najkorzystniejszej na Pakiet III oferty przystępującego zamawiający nie naruszył art. 111 pkt 5) i 6) ustawy w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8) ustawy oraz art. 109 ust. 1 pkt 10) ustawy. W związku z tym zarzuty odwołującego dotyczące naruszenia przez zamawiającego w/w przepisów ustawy należy uznać za bezzasadne i powinny zostać oddalone.

Odwołujący w dniu posiedzenia z udziałem stron oświadczył, że cofa zarzut nieuwzględniony przez zamawiającego. Wniósł o uwzględnienie pozostałych zarzutów i zasądzenie kosztów postępowania na podstawie złożonej faktury.

Przystępujący zgłosił sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów i o oddalenie odwołania w tej części. Złożył wniosek o zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania na podstawie złożonej faktury.

Zamawiający przyłączył się do stanowiska odwołującego i wniósł o zasądzenie kosztów postępowania od odwołującego na jego rzecz w części wycofanej, wnosząc o proporcjonalne rozdzielenie kosztów i wskazując, że wycofanie zarzutu miało miejsce na mniej niż jeden dzień przed terminem rozprawy.

Stan faktyczny:

6. Podstawy wykluczenia z postępowania

6.2. W postępowaniu mogą brać udział Wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia w okolicznościach, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 1-5 i 7- 10 PZP.

7. Warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia

7.1. W postępowaniu mogą brać udział Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące:

b) Warunek ten, w zakresie potencjału technicznego, zostanie uznany za spełniony, jeśli Wykonawca wykaze, że dysponuje lub będzie dysponować:

I) dla Pakietu I Leśnictwo Góralice, Swobnica (01.L.01.09)

a) co najmniej 2 szt. ciągników zrywkowych lub ciągników przystosowanych do zrywki drewna,

III) dla Pakietu III Leśnictwo Krusze (03.L.03)

a) co najmniej 1 szt. ciągników zrywkowych lub ciągników przystosowanych do zrywki drewna,

VII) dla Pakietu VII Leśnictwo Rów (07.L.08)

a) co najmniej 1 szt. ciągników zrywkowych lub ciągników przystosowanych do zrywki drewna,

7.3. Jeżeli Wykonawca ubiega się o udzielenie zamówienia na kilka Pakietów, nie może celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu wskazywać w więcej niż jednym Pakiecie:

1) wartości tego samego doświadczenia,

2) tych samych osób przewidzianych do realizacji zamówienia do pełnienia takich samych funkcji,

3) tego samego potencjału technicznego dot. ciągników zrywkowych lub ciągników przystosowanych do zrywki drewna.

9. Wykaz oświadczeń oraz podmiotowych środków dowodowych w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania oraz spełnienia warunków udziału w postępowaniu

9.1. W celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia z postępowania, o których mowa w pkt 6.1.-6.4. oraz w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt 7.1. Wykonawca zobowiązany jest złożyć wraz z ofertą:

a) oświadczenie Wykonawcy o niepodleganiu wykluczeniu i spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, złożone na formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia („JEDZ”), sporządzonego zgodnie ze wzorem standardowego formularza określonego w rozporządzeniu wykonawczym Komisji (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiającym standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (Dz. Urz. UE seria L 2016 r. Nr 3, s. 16). JEDZ stanowi dowód potwierdzający brak podstaw wykluczenia i spełnienie warunków udziału w postępowania, na dzień składania ofert, tymczasowo zastępujący wymagane przez Zamawiającego podmiotowe środki dowodowe.

Treść JEDZ określona została w Załączniku nr 4 do SWZ. JEDZ Wykonawca sporządza, pod rygorem nieważności, w formie elektronicznej (tj. w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym). W JEDZ należy podać następujące informacje:

- na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 8) – informacje wymagane w Części III lit. . C wiersz ósmy JEDZ;

- na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 10) PZP – informacje wymagane w

Części III lit. C wiersz ósmy JEDZ;

- na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dot. zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie potencjału technicznego – informacje nt. ilości ciągników zrywkowych lub ciągników przystosowanych do zrywki drewna, którymi dysponuje lub będzie dysponować Wykonawca, które należy podać w Części IV lit. C (pkt 9) JEDZ;

We wskazanej części JEDZ należy podać informacje nt. rodzaju urządzeń zgodnie z pkt. 7.1. ppkt 4) lit b) SWZ, tj. ciągnik zrywkowy lub ciągnik przystosowany do zrywki drewna, ich opis tj. marka, model, podstawy dysponowania oraz numer seryjny, numer rejestracyjny lub inne oznaczenie pozwalające na indywidualizację.

Dla Pakietu I – dysponowanie co najmniej 2 szt. ciągników zrywkowych lub ciągników przystosowanych do zrywki drewna;

Dla Pakietu III – dysponowanie co najmniej 1 szt. ciągników zrywkowych lub ciągników przystosowanych do zrywki drewna;

Dla Pakietu VII – dysponowanie co najmniej 2 szt. ciągników zrywkowych lub ciągników przystosowanych do zrywki drewna;

9.2. W celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt 7.1. SWZ, Zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty, działając na podstawie art. 126 ust. 1 PZP wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia następujących podmiotowych środków dowodowych:

d) wykaz urządzeń technicznych dostępnych Wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami - (wzór wykazu urządzeń technicznych dostępnych Wykonawcy w celu wykonania zamówienia stanowi Załącznik nr 11 do SWZ).

JEDZ K.S. dla pakietu III:

9) Będzie dysponował następującymi narzędziami, wyposażeniem zakładu i urządzeniami technicznymi na potrzeby realizacji zamówienia:

Ciągnik MTZ Belarus 952 nr rejestracyjny DW 7151 rok produkcji 2015 – własność

+

Wyciągarka Fransgard W-8016-EH, nr seryjny 68000024 - własność

JEDZ K.S. Pakiet VII

9) Będzie dysponował następującymi narzędziami, wyposażeniem zakładu i urządzeniami technicznymi na potrzeby realizacji zamówienia:

ciągnik MTZ Belarus 82 nr rejestracyjny ZGR F195 – własność

+

przyczepa zrywkowa FAO FAR3264, nr fabryczny 3264941 - leasing;

21 listopada 2024 r. zamawiający wezwał K.S. w zakresie pakietu III i VII do złożenia podmiotowych środków dowodowych, przy czym w wezwaniu nie żądał złożenia wykazu urządzeń - załącznik nr 11 do SWZ.

27 listopada 2024 r. K.S. złożył wykaz urządzeń dla pakietu III:

Ciągnik zrywkowy/ ciągnik przystosowany do zrywki drewna

Ciągnik MTZ Belarus 952 nr rejestracyjny DW 7151 rok

produkcji 2015 + Wyciągarka Fransgard W-8016-EH, nr seryjny

68000024 Własność

i dla pakietu VII:

Ciągnik zrywkowy/ ciągnik przystosowany do zrywki drewna

Ciągnik MTZ Belarus 82 nr rejestracyjny ZGR F195 Własność

+

Przyczepa zrywkowa FAO FAR3264, nr fabryczny 3264941 - Leasing

10 stycznia 2024 r. zamawiający dokonał wyboru K.S. w pakietach III i VII

18 grudnia 2024 r. P.S. poinformował zamawiającego, że po przeanalizowaniu oferty na pakiet numer 7 okazało się, że w wykazie sprzętu Pan K.S. wykazał przyczepę Fao-Far o numerze fabrycznym: 3264941 z uzyskanych informacji wynika, że owa przyczepa jest leasingowana przez inną osobę. Pan K.S. nie jest właścicielem ani leasingobiorcą tej przyczepy, co za tym idzie nie spełnia warunków udziału w postępowaniu przetargowym.

Dodatkowo dokument złożony w toku postępowania w pakiecie nr 3 i 7 potwierdzający stan o niezaleganiu ze składkami ZUS nie potwierdza tego faktu ponieważ dotyczy on roku 2023. P.S. prosił o wyjaśnienie tych kwestii.

19 grudnia 2024 r. zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w pakietach III i VII

23 grudnia 2024 r. zamawiający działając zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy oraz dokonując czynności powtórzonych w postępowaniu wezwał K.S., do uzupełnienia dokumentu JEDZ w niżej opisanym zakresie:

- w złożonych JEDZ przez ww. wykonawcę nie wykazano spełnienia warunku udziału w postępowaniu dot. zdolności

technicznej lub zawodowej w zakresie potencjału technicznego.

Zgodnie z pkt 7.1. pkt 4 lit b) SWZ zamawiający wymagał, aby wykonawca wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie potencjału technicznego, tj. wykazał, że dysponuje lub będzie dysponować co najmniej 1 szt. ciągników zrywkowych lub ciągników przystosowanych do zrywki drewna.

W celu potwierdzenia spełnienia w/w warunku wykonawca zobowiązany był zgodnie z pkt 9.1. lit. a) tiret 17 SWZ w Części IV lit. C (pkt 9) JEDZ podać informacje nt. ilości str. 2 oraz rodzaju urządzeń, tj. marka. Model, podstawy dysponowania oraz numer seryjny, rejestracyjny lub inne oznaczenie pozwalające na indywidualizację.

W złożonym JEDZ-u Usługi Leśne K.S., wskazane zostały:

1. Ciągnik MTZ Belarus 82 nr rejestracyjny ZGR F195 posiadany na własność
2. Przyczepa zrywkowa FAO FAR 3264 o numerze fabrycznym 3264941 posiadany na umowę leasingu.

Zamawiający jest w posiadaniu informacji, że wskazana ww. przyczepa zrywkowa nie jest ani Pańską własnością ani też umowa leasingowa nie jest zawarta na Pana, wobec czego sam ciągnik MTZ Belarus 82 nr rej. ZGR F195 nie potwierdza warunku udziału w postępowaniu dot. zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie potencjału technicznego.

Dokonując czynności powtórzonych, tj. ponownego badania ofert, zamawiający wezwał do uzupełnienia oświadczenia JEDZ o informacje nt. posiadanego potencjału technicznego wyłącznie w części IV lit. C (pkt 9) JEDZ.

W odpowiedzi na przedmiotowe wezwanie nie należy przysyłać oświadczenia JEDZ w całości, wyłącznie w części stanowiącej zakres do uzupełnienia.

30 grudnia 2024 r. K.S. złożył uzupełniony JEDZ dla pakietu VII:

9) Będzie dysponował następującymi narzędziami, wyposażeniem zakładu i urządzeniami technicznymi na potrzeby realizacji zamówienia:

Ciągnik MTZ Belarus 82 nr rejestracyjny ZGR F195 – własność

+

Wyciągarka KRPAN 5SI nr fabryczny – VT01006287 – własność

10 stycznia 2025 r. zamawiający poinformował o ponownym wyborze oferty K.S. w pakiecie VII.

14 stycznia 2025 r. zamawiający poinformował o ponownym wyborze oferty K.S. w pakiecie III.

Dowody odwołującego:

- zamówienie od klienta nr 369/2019 sprzedawca PPUH Fao Far J.G., odbiorca K.M. z 18 lipca 2019 dotyczy zestawu do podwozu drewna Fao Far 942 HA + 3264HE'
- umowa leasingu operacyjnego nr PS19/10581(UL) pomiędzy PKO Leasing SA, a K.K. 1 x Maszyna rolnicza/leśna - zestaw do podwozu drewna. Przedmiot leasingu zostanie nabyty przez finansującego zgodnie ze wskazaniem korzystającego od PPUH Fao Far J.G.. Cena po jakiej K.M. zobowiązał się nabyć przedmiot leasingu po zakończeniu umowy leasingu jest równa opłacie końcowej. Zgodnie z art. 4 zabezpieczeniem umowy był weksel własny in blanco K.M. z poręczony przez K.M. wraz z deklaracją wekslową
- harmonogram spłat, z którego wynika wartość umowy 82 100, opłata wstępna 12 315, wartość końcowa 82,10. Harmonogram przewiduje 60 rat w różnej wysokości, określonych w wartościach netto.
- fra LM/24/12/063698 wystawiona przez PKO Leasing na rzecz K.K. na kwotę 1 697,77 brutto z tytułu okresowej opłaty leasingowej zgodnie z umową PS19/10581,
- fra LM/24/11/064752 wystawiona przez PKO Leasing na rzecz K.K. na kwotę 1 697,83 brutto z tytułu okresowej opłaty leasingowej zgodnie z umową PS19/10581
- fra LM/24/10/064809 wystawiona przez PKO Leasing na rzecz K.K. na kwotę 1 697,77 brutto z tytułu okresowej opłaty leasingowej zgodnie z umową PS19/10581
- protokół odbioru maszyny z 23 grudnia 2019 - Zestaw do zrywki i podwozu drewna Fao Far 942+93264 nr seryjny podwozia 9421037+ ładownia 3264941 K.K. faktura VAT Vs 2334/2/2019 (PKO Leasing)
- oświadczenie w sprawie BHP dotyczy Zestawu do zrywki i podwozu drewna Fao Far 942+3264
- decyzja Prezesa UDT z 23 grudnia 2019 zezwalająca na eksploatację urządzenia technicznego do 31 grudnia 2021 o nr fabrycznym 3264941 i nr ewidencyjnym 8208002515

Dowody przystępującego:

- JEDZ uczestnika z postępowania Wykonanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Myślibórz w roku 2024 str. 15 – pkt. 9 część C zdolność techniczna i zawodowa ppkt. 1 ciągnik MTZ Belarus 82 nr rejestracyjny ZGR F195 rok produkcji 1989 – własność +przyczepa zrywkowa FAO FAR 3264, nr fabryczny 3264941 – leasing,
- decyzja Prezesa UDT z 21 kwietnia 2023 r. zezwalająca na eksploatację urządzenia technicznego nr fabryczny 3264941 i numerze ewidencyjnym 8208002515 do dnia 30 kwietnia 2025 r.
- protokół z wykonania czynności dozoru technicznego data badania 21 kwietnia 2023 r. eksploatujący: 106676 K.K.

Kierzków 51 miejsce wykonania badania Swobnica – urządzenie żuraw, typ 3264 nr ewidencyjny 8208002515 i nr fabryczny 3264941 wykonano badanie doraźne – kontrolne z wynikiem pozytywnym,
- Zdjęcie fra LM/24/12/063698 na kwotę 1697,77 tytułem okresowej opłaty leasingowej za 12-2024 zgodnie z umową nr PS19/10581
- dowody wykonania operacji przelewu z konta Usługi Leśne K.S. na rzecz K.M. za okres od marca 2024 do listopada 2024 na kwotę 1 700zł. tytułem przyczepy leasing fao far, za luty 2024 na 3 400zł. tytułem dwie raty leasing fao far, za grudzień 2023 na kwotę 11 100zł. tytułem przelew natychmiastowy – K.M.
- fra nr F/18/24 z 2 października 2024 r. na sprzedaż od Waldemara Pieszyńskiego na rzecz Usługi Leśne K.S. wyciągarki leśnej KRPOAN 5 SI rok produkcji 2023 nr fabryczny VT01006287 za kwotę 11 685,00zł – zapłacono gotówką.

Dowody:

KIO dopuściła dowody z dokumentacji postępowania oraz dowody złożone przez odwołującego i przystępującego.

Rozważania KIO:

KIO dopuściła K.S. w charakterze uczestnika postępowania.

KIO nie dopatrzyła się okoliczności, które mogłyby skutkować odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy.

KIO oceniła, że odwołujący wykazał przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 109 ust. 1 pkt 8) ustawy oraz art. 109 ust. 1 pkt 10) ustawy w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) i b) ustawy przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy z postępowania oraz odrzucenia jego oferty w pakiecie VII, pomimo wprowadzenia zamawiającego w błąd i przedstawienia informacji wprowadzającej w błąd co do tego, że wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu w postaci dysponowania sprzętem wymaganym w ramach tego pakietu, co mogło mieć wpływ na wybór oferty wykonawcy w tym pakiecie jako najkorzystniejszej.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. W ocenie KIO zarzut ten jest zarzutem z jednej strony spóźnionym, z drugiej nieprawidłowo postawionym. Już w dacie pierwotnego wyboru oferty najkorzystniejszej tj. 10 grudnia 2024 r. odwołujący był w posiadaniu informacji umożliwiających mu zgłoszenie zarzutu przedstawienia informacji wprowadzających w błąd. Odwołujący bowiem 18 grudnia 2024 r. informował zamawiającego, że wedle jego wiedzy przystępujący nie jest właścicielem, ani leasingobiorcą przyczepy Fao Far 3264. Przy czym odwołujący nie wskazywał na możliwość wprowadzenia zamawiającego w błąd, ale na niespełnienie warunku udziału w postępowaniu. Taka sygnalizacja jakiej dokonał odwołujący nie jest czynnością przewidzianą przepisami ustawy i nie ma wpływu na wydłużenie, czy zachowanie terminu na wniesienie odwołania. 10 grudnia 2024 r. zamawiający wybrał w pakiecie VII jako najkorzystniejszą ofertę przystępującego, a oferta odwołującego była sklasyfikowana na drugiej pozycji. Tym samym odwołujący miał interes w uzyskaniu zamówienia, a przez wybór oferty uczestnika, mógł ponieść szkodę w postaci utraty korzyści związanych z wykonaniem pakietu VII, czyli spełniał przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania. Miał też, jak wynika z pisma z 18 grudnia 2024 r., wiedzę, o tym, że oświadczenie przystępującego, że przyczepa Fao Far nr 3264 stanowi przedmiot leasingu bez wskazania osoby leasingobiorcy, może wywoływać u zamawiającego błędne przekonanie, że leasingobiorcą jest K.S.. To w ocenie odwołującego nie odpowiadało rzeczywistym faktom czyli że leasingobiorcą tej przyczepy jest K.M.. W ocenie KIO zatem od 10 grudnia 2024 r. rozpoczął swój bieg termin na wniesienie odwołania na zaniechanie zamawiającego polegające na niewykluczeniu uczestnika z postępowania, mimo tego że wprowadził zamawiającego w błąd, co do podstawy dysponowania wymaganym sprzętem. Termin ten upłynął 20 grudnia 2024 r., a odwołujący w tym terminie nie wniósł odwołania. To, że zamawiający unieważnił czynność wyboru w dacie 19 grudnia 2024 r. nie dawało odwołującemu żadnych gwarancji, że zamawiający zachowa się w oczekiwany przez odwołującego sposób, to jest, że wykluczy przystępującego z postępowania.

Dostrzec również należy, że odwołujący w piśmie z 18 grudnia 2024 r. nie domagał się od zamawiającego unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nie wnosił również o wykluczenie uczestnika z postępowania, a jedynie oczekiwał wyjaśnienia podniesionych przez niego kwestii. Zamawiający odniósł się do tego pisma w ten sposób, że unieważnił pierwotny wybór i wezwał uczestnika do uzupełnienia oświadczenia w JEDZ. Zamawiający nie oczekiwał w tym zakresie ani wyjaśnień, co do sposobu dysponowania, ani nie wskazywał na to, że rozważy zastosowanie sankcji wykluczenia za wprowadzenie go w błąd. Niewniesienie odwołania przez odwołującego od pierwotnego wyboru i podjęcie czynności nieznanych ustawie, spowodowało zatem ten skutek, że informacja, którą odwołujący ocenił jako wprowadzającą w błąd, została zastąpiona inną informacją (o wciągarcie Krpan), co do której odwołujący miał jedynie wątpliwości, co do jej wiarygodności. Natomiast w tym postępowaniu w efekcie zaniechania wniesienia odwołania przez odwołującego zaistniał taki stan rzeczy, w którym informacja, która mogłaby być ewentualnie oceniana jako wprowadzająca w błąd, została wyeliminowana przez uzupełnienie wykazu sprzętu w JEDZ na skutek wezwania przez zamawiającego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych. Co więcej odwołujący nie zakwestionował w odwołaniu prawidłowości tego wezwania do uzupełniania podmiotowych środków dowodowych. Nie

postawił zarzutu nieuprawnionego wezwania na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy. Odwołujący skupił się na nieprawidłowym, w jego ocenie zachowaniu przystępującego, pomijając fakt, że odwołanie służy korygowaniu nieprawidłowych zachowań zamawiającego, a nie wykonawców. W efekcie stracił z pola widzenia to, że czynnością, która mogłaby być oceniana w kategorii zgodności z ustawą nie była czynność ponownego wyboru, ale czynność wezwania do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego jakim jest JEDZ. Skoro bowiem odwołujący uważał, że zamawiający został wprowadzony w błąd przez podanie informacji o leasingu przyczepy Fao Far i przemilczeniu danych leasingobiorcy, to konsekwencją takiego ustalenia powinno być uznanie, że zamawiający nie może zastąpić informacji wprowadzającej w błąd informacją zgodną z rzeczywistym stanem rzeczy. Zatem konstruując zarzut zaniechania wykluczenia przystępującego w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 ustawy powinien był skarżyć czynność wezwania do uzupełnienia, a tego w odwołaniu zabrakło.

W ten sposób odwołujący doprowadził do tego, że czynność wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych stała się skuteczna, a dokonane przez przystępującego uzupełnienie podmiotowych środków dowodowych zastąpiło pierwotną informację o dysponowaniu przyczepą Fao Far nr 3264 w leasingu, informacją o własności wciągarki Krpan. W konsekwencji ocena spełniania warunku udziału w postępowaniu nie opierała się na pierwotnej informacji zawartej w JEDZu, ale na informacji uzupełnionej w 30 grudnia 2024 r. Informacja o leasingu przyczepy Fao Far została zastąpiona inną informacją i nie była podstawą dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej 10 stycznia 2025 r., należy zatem uznać, że nie miała wpływu na wynik postępowania ustalony 10 stycznia 2025 r. i podważony przez odwołującego wniesionym odwołaniem. Z tych wszystkich względów zarzut należało oddalić.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 128 ust. 4 ustawy przez zaniechanie wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w kwestii podstawy i okresu dysponowania przez wykonawcę wciągarką marki Krpan, wykazaną w poprawionym formularzu JEDZ złożonym w ramach postępowania dotyczącego pakietu VII.

Zarzut podlegał oddaleniu jako nieudowodniony. Odwołujący poza wskazaniem, że w jego przekonaniu zachodzą wątpliwości, co do możliwości dysponowania i co do podstawy dysponowania przez uczestnika wciągarką Krpan nie przedstawił jakiegokolwiek dowodu świadczącego o tym, że zamawiający powinien był powziąć w tym przedmiocie wątpliwości. Zarzut był oparty na tym, że poprzednio wskazana przyczepa Fao Far określona jako leasing okazała się być przedmiotem leasingu, ale nie uczestnika, a innej osoby. Natomiast ta okoliczność, w ocenie KIO pozostaje bez związku z zarzutem zaniechania wezwania do wyjaśnień, co do wciągarki Krpan. Zgodnie z art. 533 ustawy strony są obowiązane przytaczać dowody na okoliczność twierdzeń, z których wywodzą skutki prawne, a w tym przypadku odwołujący poprzestał wyłącznie na twierdzeniach, które w ocenie KIO uczestnik skutecznie odparł przedkładając fakturę F/18/24 dowodzącą tego, że wciągarka Krpan jest od października 2024 r. własnością uczestnika. Z tego względu zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 111 pkt. 5) i 6) ustawy w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8) ustawy oraz art. 109 ust. 1 pkt 10) ustawy przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy z postępowania oraz odrzucenia jego oferty w pakiecie III, pomimo że wybór oferty wykonawcy w tym pakiecie nastąpił przed upływem okresu wykluczenia, wynikającego ze zdarzenia uzasadniającego wykluczenie w pakiecie VII

Zarzut nie podlegał rozpoznaniu z uwagi na złożenie przez odwołującego oświadczenia o jego wycofaniu. Taki stan faktyczny nadaje się do subsumpcji pod normę prawną art. 520 ust. 1 i 2 ustawy, które stanowią, że odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy i cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa KIO. Dopuszczalność wycofania odwołania w części potwierdza art. 522 ust. 3 ustawy. W tym stanie rzeczy KIO uznała, że zarzut należało pozostawić jako nierozpoznany, gdyż nie wywołał skutków prawnych.

Oświadczenie o wycofaniu odwołania stanowi czynność dyspozytywną wnoszącego odwołanie. Wycofanie odwołania wywołuje taki skutek jakby zarzut nigdy nie był podniesiony.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) na podstawie par. 8 ust. 2 pkt. 2 cyt. rozporządzenia zaliczając w poczet kosztów koszty wpisu, wydatków pełnomocnika odwołującego i koszty wydatków pełnomocnika przystępującego. Skoro zarzuty odwołania nie potwierdziły się, żaden z zaliczonych kosztów odwołującego nie podlegał rozliczeniu na jego rzecz, natomiast KIO nakazała odwołującemu zwrot na rzecz przystępującego wydatków pełnomocnika w kwocie 3 600zł.

KIO nie zasądziła kosztów na rzecz pełnomocnika zamawiającego, mimo tego, że odwołujący wycofał jeden zarzut odwołania na mniej niż dzień przed planowanym terminem rozprawy, z uwagi na treść par. 9 ust. 1 pkt 3 lit. b, który dotyczy wyłącznie sytuacji wycofania odwołania, a nie jego poszczególnych zarzutów, jak również nie przewiduje stosunkowego rozdzielenia kosztów. Takiej możliwości nie przewiduje również par. 8 ust. 2 pkt. 3 ustawy. Paragraf 8 ust.

2 pkt. 3 odnosi się wprawdzie do częściowego uwzględnienia zarzutów, ale przy braku wycofania pozostałych zarzutów odwołania, a więc innego stanu faktycznego niż w tej sprawie. Żaden zatem z przepisów rozporządzenia kosztowego nie daje KIO podstaw do stosunkowego rozdzielenia kosztów w tej sprawie i zasądzenia kosztów na rzecz zamawiającego, z tytułu wycofania jednego zarzutu odwołania.