

WYROK

Warszawa, dnia 05 marca 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Joanna Stankiewicz-Baraniak

Justyna Tomkowska

Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 lutego 2025 r. przez wykonawców w wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia P.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą EKO LAS P.S. w Trzciance przy ul. J. Słowackiego 11 i W.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych i Transportowych W.S. w miejscowości Dzierżążno Wielkie 118 (64-730 Wieleń) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Człopa ul. Mickiewicza 9 (78-630 Człopa)

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego wykonawców w wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia T.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych T.S. w Trzcinnie 4/3 (78-630 Człopa), M.P. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych M.P. w Niekursku przy ul. Poznańskiej 7 (64-980 Niekursko) i M.H. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M.H.FOREST M.H. w miejscowości Dąbrowa Nowa 9 (64-316 Kuślin)

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców w wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia P.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą EKO LAS P.S. w Trzciance i W.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych i Transportowych W.S. w miejscowości Dzierżążno Wielkie 118 i:

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców w wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia P.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą EKO LAS P.S. w Trzciance i W.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych i Transportowych W.S. w miejscowości Dzierżążno Wielkie 118 tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawców w wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia P.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą EKO LAS P.S. w Trzciance i W.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych i Transportowych W.S. w miejscowości Dzierżążno Wielkie 118 tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Człopa tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę 398 zł 00 gr (trzysta dziewięćdziesiąt osiem złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Człopa tytułem kosztów noclegu, kwotę 1 028 zł 00 gr (tysiąc dwadzieścia osiem złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Człopa tytułem kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę;

2.2. zasądza od wykonawców w wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia P.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą EKO LAS P.S. w Trzciance i W.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych i Transportowych W.S. w miejscowości Dzierżążno Wielkie 118 na rzecz zamawiającego Skarbu Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Człopa kwotę 5 026 zł 00 gr (pięć tysięcy dwadzieścia sześć złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Człopa z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów noclegu i dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

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 562/25

UZASADNIENIE

Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Człopa (zwany dalej: „Zamawiającym”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Człopa w roku 2025” – nr postępowania SA.270.2.5.2024_08_01 (zwane dalej: „postępowaniem”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 30 października 2024 r. pod numerem 661312-2024. Wartość zamówienia przekracza progi unijne określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm.) (zwanej dalej: „Pzp” lub „ustawą Pzp”).

W dniu 17 lutego 2025 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia P.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą EKO LAS P.S. w Trzciance i W.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych i Transportowych W.S. w miejscowości Dzierżążno Wielkie 118 (zwani dalej: „Odwołującym”) wnieśli odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego w zakresie pakietu 2, wskazując zarzuty naruszenia:

I.art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp lub 10 w zw. z art. 239 ust. 1 Pzp — poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Zakład Usług Leśnych T.S., M.H. FOREST M.H. (dalej zwany również: „M.H. FOREST”) oraz Zakład Usług Leśnych M.P., mimo iż wykonawca M.H. FOREST M.H. w ramach JEDZ zataił przed Zamawiającym informacje o naliczeniu kar umownych w ramach uprzednio realizowanych umów o zamówienie oraz znajdowaniu się w okresie wykluczenia z art. 111 pkt 6 Pzp, czym wprowadził go w błąd, iż nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 107 ust. 1 pkt 7 Pzp - co mogło mieć istotny wpływ na podejmowane przez Zamawiającego decyzje w postępowaniu oraz czego konsekwencją jest nieprawidłowy wybór oferty ww. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako najkorzystniejszej oraz zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;

II.art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) i c) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 111 pkt 6 w zw. z art. 239 ust. 1 Pzp — poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Zakład Usług Leśnych T.S., M.H. FOREST M.H. oraz Zakład Usług Leśnych M.P., mimo że wykonawca M.H. FOREST M. pozostaje w okresie wykluczenia z art. 111 pkt 6 Pzp w związku z naliczeniem mu kar umownych w ramach uprzednio realizowanych umów o zamówienie - czego konsekwencją jest nieprawidłowy wybór oferty ww. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako najkorzystniejszej oraz zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;

III.art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) w zw. z art. 117 ust. 3 i 4 w zw. z art. 239 ust. 1 Pzp — poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Zakład Usług Leśnych T.S., M.H. FOREST M.H. oraz Zakład Usług Leśnych M.P. oraz uznanie, iż spełniają oni warunki udziału w postępowaniu, mimo że z zestawienia treści złożonego przez nich oświadczenia z art. 117 ust. 4 Pzp oraz podmiotowych środków dowodowych poszczególnych wykonawców wynika, iż oświadczenie to ma charakter jedynie pozorny, bowiem w istocie usługi realizowane będą nie przez podmioty, które wykazały doświadczenie wymagane do realizacji tych usług, lecz przez podmioty, które nie wykazały stosownego doświadczenia czego konsekwencją jest nieprawidłowy wybór oferty ww. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako najkorzystniejszej oraz zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W oparciu o podniesione zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1.unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 2.odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Zakład Usług Leśnych T.S., M.H. FOREST M.H. oraz Zakład Usług Leśnych M.P.;
- 3.powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
- 4.wyboru Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Ponadto Odwołujący, wniósł o zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa według spisu, który przedłożony zostanie na rozprawie.

Odwołujący wyjaśnił, że w wyniku naruszenia przepisów ustawy przez Zamawiającego utracił możliwość uzyskania zamówienia, prawidłowego jego wykonania, uzyskania zysku ekonomicznego oraz potwierdzeń prawidłowego wykonania zamówienia. Gdyby Zamawiający prawidłowo przeprowadził proces badania i oceny ofert, nie wybrałby wyżej

wymienionej oferty jako najkorzystniejszej, lecz odrzuciłby ją. Wówczas to oferta Odwołującego zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza, bowiem jako jedyna w ramach części dotyczącej pakietu 2 nie podlega odrzuceniu. Wobec tego należy uznać, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia.

W uzasadnieniu odwołania została przedstawiona argumentacja dla podniesionych zarzutów.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia T.S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych T.S. w Trzcinnie 4/3, M.P. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych M.P. w Niekursku i M.H. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą M.H.FOREST M.H. w miejscowości Dąbrowa Nowa 9.

W dniu 26 lutego 2025 r. Zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której przedstawił argumentację dla wniosku o oddalenie odwołania w całości.

W tym samym dniu tj. 26 lutego 2025 r. wykonawca zgłaszający przystąpienie złożył do akt sprawy pismo procesowe, w którym przedstawił argumentację dla wniosku o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i uczestnika postępowania odwoławczego, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie oraz piśmie procesowym, 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 i skierowała odwołanie na rozprawę.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba stwierdziła spełnienie przesłanek art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp.

Strony nie zgłosiły zastrzeżeń co do skuteczności przystąpienia wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia T.S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych T.S. w Trzcinnie 4/3, M.P. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych M.P. w Niekursku i M.H. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M.H.FOREST M.H. w miejscowości Dąbrowa Nowa 9 do postępowania odwoławczego, nie zgłosiły również opozycji. Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia T.S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych T.S. w Trzcinnie 4/3, M.P. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych M.P. w Niekursku i M.H. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M.H.FOREST M.H. w miejscowości Dąbrowa Nowa 9 (zwanych dalej: „Przystępującym”). W związku z tym ww. wykonawcy stali się uczestnikami postępowania odwoławczego.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego, odwołania wraz z załącznikami, odpowiedzi na odwołanie wraz z załącznikami oraz pisma procesowego złożonego przez Przystępującego wraz z załącznikami. Izba postanowiła również dopuścić dowód złożony na rozprawie przez Odwołującego.

Izba ustaliła co następuje:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Człopa w roku 2025.

Zamawiający w pkt 6 Specyfikacji Warunków Zamówienia (zwanej dalej: „SWZ”) wskazał Postawy wykluczenia z postępowania. W pkt 6.2 Zamawiający określił, że:

„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 (...)”.

Zamawiający w pkt 7 SWZ wskazał warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W ppkt 7.1 ust. 4) lit a) pkt II SWZ dla pakietu 2 Zamawiający określił, iż w postępowaniu mogą brać udział wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące:

„4) zdolności technicznej lub zawodowej:

a) Warunek ten, w zakresie doświadczenia, zostanie uznany za spełniony, jeśli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat liczonych wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie):

II) dla Pakietu 2

zrealizował lub realizuje (przy czym w tym przypadku będzie uwzględniana wartość zrealizowanej części przedmiotu umowy), na podstawie jednej lub większej ilości umów, usługi z zakresu gospodarki leśnej o łącznej wartości nie mniejszej niż 1 930 000,00 zł brutto, w tym usługi z zakresu gospodarki szkółkarskiej o

łącznej wartości nie mniejszej niż 200 000,00 zł brutto, przy czym: (a) w przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, co najmniej jeden z takich Wykonawców powinien wykazać usługi z zakresu gospodarki leśnej o wartości stanowiącej co najmniej 50% łącznej wartości usług wymaganej w treści niniejszego warunku; (b) w przypadku polegania na doświadczeniu podmiotów udostępniających zasoby, co najmniej jeden z takich podmiotów lub Wykonawca (a w przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – co najmniej jeden z takich Wykonawców) powinien wykazać usługi z zakresu gospodarki leśnej o wartości stanowiącej co najmniej 50% łącznej wartości usług wymaganej w treści niniejszego warunku”.

W postępowaniu złożono 2 oferty tj. ofertę złożył Odwołujący i Przystępujący.

W dniu 07 lutego 2025 r. Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty

w postępowaniu. Za najkorzystniejszą Zamawiający uznał ofertę złożoną przez Przystępującego. Odwołujący z taką decyzją Zamawiającego nie zgodził się, składając odwołanie.

Izba oceniła, że materiał dowodowy jest wiarygodny i wszechstronny oraz umożliwiający wydanie rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie.

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 podlegało oddaleniu.

Odnosząc się do zarzutów I i II wskazanych w *petitum* odwołania sprowadzających się do naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) i c) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7, pkt 8, pkt 10, w zw. z art. 111 pkt 6 w zw. z art. 239 ust. 1 Pzp — poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, pomimo pozostawania przez niego w okresie wykluczenia, z przyczyn leżących po jego stronie nie wykonał, bądź wykonał nienależycie istotne zobowiązania wynikające z umów uprzednio realizowanych co doprowadziło do nałożenia odszkodowania w postaci naliczenia wykonawcy kar umownych oraz wprowadził tym Zamawiającego w błąd, bowiem potwierdził w JEDZ, że nie znalazł się w sytuacji, w której w związku z wcześniejszą umową w sprawie zamówienia nałożono na niego odszkodowanie lub inne porównywalne sankcje, co stanowiło oświadczenie niezgodne z prawdą, skład orzekający stwierdził, iż zarzuty te nie zasługiwały na uwzględnienie.

Odwołujący w swojej argumentacji wskazywał, że w dokumencie JEDZ wykonawca H.M. FOREST na pytanie: „czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową”, udzielając odpowiedzi „Nie”, zdaniem Odwołującego wprowadził tym Zamawiającego w błąd, ponieważ oświadczenie to jest nieprawdziwe. Jak podnosił dalej Odwołujący, M.H. FOREST w związku z realizacją w przeszłości umów o zamówienie na rzecz Nadleśnictwa Trzciel oraz Nadleśnictwa Oborniki dopuścił się przypadków nienależytego wykonania zobowiązań, co wiązało się z naliczeniem mu szeregu kar umownych przez te Nadleśnictwa. Wobec tego według Odwołującego, M.H. FOREST znajdował się w sytuacji, w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z wcześniejszą umową o zamówienie, zaś JEDZ składany był w momencie, w którym nie zakończył się jeszcze okres wykluczenia z art. 111 pkt 6 ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że zgodnie z art. 109 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę:

7) który, z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady;

8) 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;

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.

Następnie zgodnie z art. 111 ustawy Pzp, wykluczenie wykonawcy następuje:

6) w przypadku, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 10, na okres roku od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia.

Na wstępie podkreślenia wymaga, iż aby można było mówić o wykluczeniu wykonawcy na podstawie w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp., muszą zachodzić przesłanki wykluczenia wskazane w przywołanym przepisie. Izba stwierdziła, że Odwołujący w swojej argumentacji nie wykazał, że ziszczyły się przesłanki wykluczenia określone w przywołanym

przepisie wobec Przystępującego. Odwołujący zbudował swoje stanowisko wyłącznie w oparciu na okolicznościach, że Przystępujący podczas realizacji umów na rzecz nadleśnictwa Trzciel i Oborniki został obciążony karami umownymi i na tej tylko podstawie Odwołujący wywodził obowiązek wykluczenia w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Zauważyć należy, że art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp wymaga wykazania, że w znacznym stopniu lub zakresie wykonawca nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie oraz że nastąpiło to z przyczyn leżących po jego stronie i skutkowało np. zapłatą odszkodowania. Dostrzeżenia wymaga również, iż w przypadku kwestionowania istnienia podstaw wykluczenia w JEDZ i dokonania przez Zamawiającego w oparciu o takie oświadczenie właściwej weryfikacji wykonawcy, ciężar dowodu w takiej sytuacji istnienia podstawy wykluczenia spoczywa na Odwołującym, która z faktu tego wywodzi skutki prawne.

W rozstrzyganej sprawie wobec treści zarzutu zaniechania wykluczenia wykonawcy w związku z nieprawdziwym oświadczeniem zawartym w JEDZ obowiązkowe było wykazanie przesłanek określonych normą art. 109 ust. 1 pkt. 7 Pzp. Tymczasem Odwołujący temu obowiązkowi nie podołał. Nie wykazał, że w stosunku do Przystępującego wystąpiła każda z okoliczności wymienionych w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp. Przedstawione przez Odwołującego dowody stwierdzają tylko i wyłącznie, że w związku z realizacją umów przez M.H. FOREST na rzecz Nadleśnictw Trzciel i Oborniki doszło do nałożenia na członka konsorcjum Przystępującego kar umownych, co było okolicznością bezsporną. Odwołujący podnosił w uzasadnieniu odwołania, iż każdorazowo w przypadku kar umownych naliczanych przez Nadleśnictwo Trzciel oraz Nadleśnictwo Oborniki kary te naliczono za zwłokę, a zatem za zawinione przez tego wykonawcę niedotrzymanie umownych terminów realizacji zobowiązań. Jednocześnie w przypadku kar umownych naliczonych przez Nadleśnictwo Trzciel Odwołujący zwrócił uwagę, iż jego zdaniem należy wskazać na powtarzalność oraz długotrwałość przypadków nienależytego wykonania zobowiązań w ramach kilku umów.

Izba tą argumentację uznała za chybioną. Z udzielonej informacji przez Nadleśnictwo Trzciel wynika, że w zakresie umowy ZG.271.14.2021 z dnia 29 grudnia 2021 r. zawartej na okres od 01 stycznia 2022 r do 31 grudnia 2022 r. (wartość umowy 2 632 905, 77 zł brutto) wystawiono 452 zlecenia, a kary umowne za zwłokę w realizacji prac objętych danym zleceniem, zostały naliczone do 12 zleceń na łączną kwotę 18 726, 56 zł, zaś w zakresie umowy ZG.271.15.2021 z dnia 29 grudnia 2021 r. zawartej na okres od 01 stycznia 2022 r do 31 grudnia 2022 r. (wartość umowy 2 561 398, 89 zł brutto) wystawiono 419 zleceń, a kary umowne za zwłokę w realizacji prac objętych danym zleceniem, zostały naliczone do 7 zleceń na łączną kwotę 10 668, 85 zł. Podobnie rzecz się miała w odniesieniu do Nadleśnictwa Oborniki. Dwie kary zostały naliczone w odniesieniu do jednego zlecenia na kwotę 482, 10 zł i 349, 80 zł, gdzie wszystkich zleceń w ramach informacji przedstawionej przez Zamawiającego było 400. Na podstawie tych informacji nie sposób stwierdzić, iż M.H. FOREST realizując wskazane powyżej umowy w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonywał lub nienależycie je wykonywał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie z nich i skutkowało m.in. zapłatą odszkodowania. Uwzględniając wielkość i rodzaje naruszeń oraz stosunek nałożonych kar do wartości umów nasuwa się wniosek, że nienależyte wykonanie obowiązków umownych miało charakter marginalny, niemający większego znaczenia dla osiągnięcia celów umowy i niewpływający na ogólną ocenę sposobu realizacji umów. Zauważenia wymaga, że wystąpienie przy realizacji umów pojedynczych naruszeń, skutkujących nałożeniem kar umownych, jest zjawiskiem bardzo częstym i nie może być automatycznie utożsamiane z nienależytym wykonaniem umowy (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej, sygn. akt: KIO 251/25 z dnia 17 lutego 2025 r.)

Nie można również tracić z pola widzenia, iż mimo naliczenia kar umownych dla M.H. FOREST Nadleśnictwo Oborniki stwierdziło, że prace były wykonywane w sposób należyty i zadania były realizowane terminowo, zaś Nadleśnictwo Trzciel wystawiło referencje potwierdzające należyte wykonanie umów, w których naliczyło wskazane wyżej kary umowne. Zamawiający zasadnie zbadał, jaka była skala naruszeń obowiązków umownych przez Przystępującego i prawidłowo ocenił, że zdarzeń tych nie można uznać za niewykonanie lub nienależyte wykonanie w znacznym stopniu lub zakresie albo długotrwale nienależyte wykonywanie istotnych zobowiązań.

Izba tym samym nie podzieliła argumentacji Odwołującego wskazującej na to, iż jeśli wykonawca został w przeszłości obciążony karami umownymi, to powinien on zawrzeć informacje w JEDZ o wszystkich zastosowanych wobec niego sankcjach, a nie samemu arbitralnie oceniać, o których sankcjach poinformuje Zamawiającego, a które pominie, czy tej że Zamawiający musi mieć możliwość uzyskania od wykonawcy pełnego spektrum informacji o zastosowanych wobec niego sankcjach oraz samodzielnie ocenić czy wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania. Izba w tym miejscu zwraca uwagę na wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 12 grudnia 2024 roku sygn. akt XXIII Zs 142/23, który wskazuje w swoim stanowisku: „że nie każde rozwiązanie umowy w sprawie zamówienia publicznego i nie każde odszkodowanie lub kara stanowi zdarzenie, z którym ustawa wiąże obowiązek wykonawcy notyfikacji zamawiających w JEDZ, którego zaniechanie stanowić może podstawę wykluczenia. Obowiązek ten powinien być ograniczony do zdarzeń, które zgodnie z ustawą PZP stanowiły albo potencjalnie stanowić mogłyby i powinny podstawę wykluczenia. Interpretacja postanowienia JEDZ wskazana przez skarżącego oczekująca notyfikacji o każdym zdarzeniu opisanym JEDZ prowadziłaby do nieuzasadnionego treścią PZP ani JEDZ - w tym także w świetle ratio legis przepisów

(zapewnienie realizacji zamówień przez rzetelnych wykonawców) - obowiązku notyfikacji zamawiających o każdym rozwiązaniu umowy lub każdym nałożeniu kary umownej - odszkodowawczej. Niezasadne jest twierdzenie, że wykonawca (...) w oświadczeniu JEDZ powinien wskazać w zasadzie wszystkie przypadki zastosowania kar umownych, a ich niewymienienie w JEDZ stanowi o zatajeniu tych okoliczności przed zamawiającym i stanowi w istocie przesłankę wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy PZP."

Ponadto Izba podkreśla, że Odwołujący nie wykazał, że działania Przystępującego wypełniły przesłanki określone w art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp. Przedstawione przez Przystępującego dokumenty nie mogły wywołać i nie wywołały u Zamawiającego mylnego wyobrażenia o potwierdzeniu spełnienia warunków, nawet jeżeli weźmie się pod uwagę podwyższony miernik staranności wymagany w stosunkach danego rodzaju od wykonawcy zawodowo prowadzącego działalność gospodarczą i stale biorącego udział w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych. Tym bardziej w ocenie Izby, Odwołujący nie wykazał, że działania lub zaniechania Przystępującego miały zawiniony czy też celowy charakter, czego do wykluczenia wymaga art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. W tym zakresie Odwołujący nie przedstawił jakiegokolwiek materiału dowodowego.

Mając na uwadze powyższe, Izba doszła do przekonania, iż Odwołujący nie wykazał, że Przystępujący podlega wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7, pkt 8 pkt 10 ustawy Pzp, dlatego też nie można stwierdzić, że Przystępujący odpowiadając w JEDZ na pytanie, czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?, udzielił odpowiedzi przeczącej, to tym samym wprowadził Zamawiającego w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w prowadzonym postępowaniu. Przywołane pytanie w dokumencie JEDZ należy odnosić do przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania, co nie jest jednoznaczne z tym, że wykonawca zobowiązany jest automatycznie odpowiedzieć na nie twierdząco, niezależnie od tego, czy okoliczności, których taka odpowiedź dotyczy, mieszczą się w katalogu przesłanek wykluczenia czy nie.

W związku z powyższym należało uznać, że Zamawiający dokonując wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w pakiecie 2 nie naruszył przepisów art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) i c) PZP w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7), 8) i 10) PZP w zw. z art. 111 pkt 6 oraz w zw. z art. 239 ust. 1 PZP i tym samym zarzuty Odwołującego w tym zakresie należało uznać za bezzasadne.

Przechodząc do zarzutu wskazanego w pkt III *petitum* odwołania Izba uznała, że i ten zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 117 ust. 3 ustawy Pzp w odniesieniu do warunków dotyczących m.in. doświadczenia, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach tych z wykonawców, którzy wykonają usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Potwierdzeniem tego czy wykonawcy wykonają zamówienie, zgodnie z dyspozycją art. 117 ust. 3 ustawy Pzp, jest oświadczenie wskazane w art. 117 ust. 4 ustawy Pzp, z którego wynika, które usługi wykonają poszczególni wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia. Oświadczenie to służy wykazaniu że usługę w zakresie objętym warunkiem udziału w postępowaniu wykonana ten wykonawca, który spełnia warunek. Dlatego też wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, którzy wykazują spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w odniesieniu do doświadczenia, powinni wykazać, iż to oni wykonają usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

Mając na uwadze powyższe, co wielokrotnie wskazywała Krajowa Izba Odwoławcza w orzeczeniach, badanie i weryfikacje oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy Pzp, należy odnieść do warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 117 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, celem ustalenia czy zakres zamówienia, co do którego należy się wykazać spełnieniem warunku udziału w postępowaniu, będzie rzeczywiście wykonany przez członka konsorcjum, który wykazuje się spełnieniem tego warunku (tak m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 listopada 2023 r. sygn. akt 3254/23).

Przekładając powyższe na kanwę rozstrzyganej sprawy, Zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu w SWZ w pkt 7.1 ppkt 4 lit a) i tak dla pakietu 2 wykonawca miał się wykazać, że zrealizował lub realizuje (przy czym w tym przypadku będzie uwzględniana wartość zrealizowanej części przedmiotu umowy), na podstawie jednej lub większej ilości umów, usługi z zakresu gospodarki leśnej o łącznej wartości nie mniejszej niż 1 930 000,00 zł brutto, w tym usługi z zakresu gospodarki szkółkarskiej o łącznej wartości nie mniejszej niż 200 000,00 zł brutto, przy czym: (a) w przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, co najmniej jeden z takich Wykonawców powinien wykazać usługi z zakresu gospodarki leśnej o wartości stanowiącej co najmniej 50% łącznej wartości usług wymaganej w treści niniejszego warunku; (b) w przypadku polegania na doświadczeniu podmiotów udostępniających zasoby, co najmniej jeden z takich podmiotów lub Wykonawca (a w przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie

zamówienia – co najmniej jeden z takich Wykonawców) powinien wykazać usługi z zakresu gospodarki leśnej o wartości stanowiącej co najmniej 50% łącznej wartości usług wymaganej w treści niniejszego warunku.

Uwzględniając powyższe, Przystępujący wskazał, w zakresie spełnienia warunku, że konsorcjant T.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych T.S. w Trzcinnie wykazał doświadczenie obejmujące usługi z zakresu gospodarki leśnej o wartości 1 730 000, 00 zł brutto, zaś konsorcjant M.H.FOREST wykazał doświadczenie obejmujące usługi z zakresu gospodarki szkółkarskiej o wartości 200 000, 00 zł brutto.

Dlatego też to właśnie ci członkowie konsorcjum, aby spełnić wymóg wskazany w art. 117 ust 3 ustawy Pzp powinni wykonać tj. T.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych T.S. w Trzcinnie usługi w zakresie gospodarki leśnej o wartości co najmniej 1 730 000, 00 zł i M.H.FOREST usługi z zakresu gospodarki szkółkarskiej o wartości co najmniej 200 000, 00 zł, a tym samym zgodnie z pkt 7.1 ppkt 4 lit a) dla pakietu 2 SWZ.

Powyższe wynikało ze złożonego przez Przystępującego w toku postępowania oświadczenia. Poszczególni członkowie konsorcjum wykazując spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, zrealizują zakres zamówienia odpowiadający warunkowi, co również zostało podniesione przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie i przez Przystępującego w piśmie procesowym. Oświadczenie, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy Pzp (z którego wynika, które usługi wykonają poszczególni wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia), rozstrzyganym postępowaniu odnosi się do warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, a nie potencjału technicznego czy osób skierowanych do realizacji zamówienia, czego Odwołujący zdaje się nie dostrzegać, a co słusznie zauważył również Zamawiający.

Mając na uwadze powyższe Izba doszła do przekonania, że argumentację Odwołującego należało uznać za gołosłowną, nie mającą odzwierciedlenia w zebranych materiale dowodowym, a tym samym opartą na własnych założeniach.

Reasumując, Izba nie dopatrzyła się aby Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) w zw. z art. 117 ust. 3 i 4 w zw. z art. 239 ust. 1 Pzp, dlatego też zarzut podlegał oddaleniu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1), w związku z § 2 ust. 2 pkt 2) w zw. z § 5 pkt 1) lit. a) oraz pkt 2 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437). Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 15 000, 00 zł i uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego. Izba zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego koszt wydatku pełnomocnika w kwocie 3 600, 00 zł, zgodnie ze złożoną fakturą oraz koszty dojazdu na posiedzenie i rozprawę obejmujące przejazd i nocleg w łącznej kwocie 1 426, 00 zł.

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodnicząca:

.....

.....