Sygn. akt: KIO 831/25

WYROK

Warszawa, dnia 25 marca 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Andrzej Niwicki

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 marca 2025 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 marca 2025 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum „FOREST GROUP": Z.S., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych „KNIEJA" Z.S., Pank.W prowadzący działalność pod firmą: Usługi Leśne Władysław Pankiewicz- Lider Konsorcjum, R.H., prowadzący działalność pod firmą: R.H. Zakład Usług Leśnych "Karczma pod Kasztanem", P.G., prowadzący działalność pod firmą: Zakład Usług Leśnych P.G. , K.P., prowadząca działalność pod firmą Usługi Leśne „WOBAR" K.P.

w postępowaniu prowadzonym przez Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Kup

przy udziale uczestników po stronie zamawiającego - wykonawcy SKIBDREW sp. z o.o. z siedzibą w Kolonowskiem oraz

wykonawców B.S. prowadzącej działalność pod firmą: Usługi Leśne B.S. z siedzibą w Solarni oraz Ł.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Zakład Usług Leśnych Ł.S. z siedzibą w Solarni

orzeka:

1.odwołanie oddala.

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum „FOREST GROUP": Z.S., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych „KNIEJA" Z.S Pank.W., prowadzący działalność pod firmą: Usługi Leśne Władysław Pankiewicz- Lider Konsorcjum, R.H., prowadzący działalność pod firmą: R.H. Zakład Usług Leśnych "Karczma pod Kasztanem", P.G., prowadzący działalność pod firmą: Zakład Usług Leśnych P.G. , K.P., prowadząca działalność pod firmą Usługi Leśne „WOBAR" K.P. i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł (piętnaście tysięcy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum „FOREST GROUP": Z.S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych „KNIEJA" Z.S., Pank.W., prowadzący działalność pod firmą: Usługi Leśne Władysław Pankiewicz- Lider Konsorcjum, R.H., prowadzący działalność pod firmą: R.H. Zakład Usług Leśnych "Karczma pod Kasztanem", P.G., prowadzący działalność pod firmą: Zakład Usług Leśnych P.G. , K.P., prowadząca działalność pod firmą Usługi Leśne „WOBAR" K.P. tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum „FOREST GROUP" Z.S., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych „KNIEJA" Z.S., Pank.W., prowadzący działalność pod firmą: Usługi Leśne Władysław Pankiewicz- Lider Konsorcjum, R.H., prowadzący działalność pod firmą: R.H. Zakład Usług Leśnych "Karczma pod Kasztanem", P.G., prowadzący działalność pod firmą: Zakład Usług Leśnych P.G. , K.P., prowadząca działalność pod firmą Usługi Leśne „WOBAR" K.Pna rzecz zamawiającego - Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Kup
kwotę 3600 zł (trzy tysiące sześćset złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania w zakresie wynagrodzenia pełnomocnika strony.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - sądu zamówień publicznych.

Przewodniczący:…….....

Sygn. akt: KIO 831/25

Uzasadnienie

Zamawiający: Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Kupz siedzibą: 46-082

Kup postępowanie, którego przedmiotem jest „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Kup w roku 2025 i I kwartale roku 2026” – przetarg nr 2” w części dotyczącej pakietu numer 5 oraz w części dotyczącej pakietu numer 6, Nr ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym UE: 798722-2024.

Odwołujący: wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia w ramach Konsorcjum pod nazwą „FOREST GROUP”/skład konsorcjum wymieniono w sentencji wyroku/

wniósł 7 marca 2025 roku odwołanie na czynność Zamawiającego w Postępowaniu o oraz na zaniechanie czynności w części dotyczącej pakietu nr 5 oraz pakietu nr 6.

I.Zamawiającemu zarzucił:

1.naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 116 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty B.S. oraz Ł.S. ubiegających się w ramach Konsorcjum „Solarnia” o udzielenie zamówienia przetarg nr 2” w części pakietu numer 5,

2.naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i pkt 5 w związku z art. 116 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty SKIBDREW Sp. z o. o. z,s Kolonowskie w części dotyczącej pakietu nr 6;

3.art. 223 ust. 1 w naruszenie art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania Konsorcjum „Solarnia” do złożenia wyjaśnień w zakresie zgodności treści złożonej przez Konsorcjum oferty z SWZ oraz składanymi dokumentami w ramach podmiotowych środków dowodowych w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania oraz spełnienia warunków w postępowaniu, a w konsekwencji przeprowadzenie Postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości;

4.naruszenie art. 223 ust. 1 w zw. art. 16 pkt 1 i 2 Pzp przez zaniechanie wezwania SKIBDREW Sp. z o. o. do złożenia wyjaśnień w zakresie zgodności treści złożonej przez niego oferty z SWZ, oraz składanymi dokumentami w ramach podmiotowych środków dowodowych w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania oraz spełnienia warunków w postępowaniu, a w konsekwencji prowadzenie Postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości;

5.naruszenie art. 17 ust. 2 Pzp przez dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty Konsorcjum „Solarnia”– przetarg nr 2” w części dot. pakietu nr 5 i udzieleniu zamówienia temu Wykonawcy, którego oferta nie może być wybrana w zgodzie z przepisami ustawy Pzp;

6.naruszenie art. 17 ust. 2 pzp przez dokonanie wyboru oferty SKIBDREW Sp. z o. o. przetarg nr 2” w części dot. pakietu nr 6 i udzieleniu zamówienia temu Wykonawcy.

II.Mając powyższe zarzuty na względzie wniósł o:

1.unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w ramach zamówienia – przetarg nr 2” w części dotyczącej pakietu numer 5;

2.unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w ramach zamówienia” – przetarg nr 2” w części dotyczącej pakietu numer 6;

3.wykluczenie Konsorcjum „Solarnia” z Postępowania– przetarg nr 2” w części dotyczącej pakietu numer 5 i odrzucenie jego oferty w zakresie pakietu 5;

4.wykluczenie SKIBDREW Sp. z o. o. z/s Kolonowskie z Postępowania – przetarg nr 2” w części dotyczącej pakietu nr 6 i odrzucenie jego oferty w zakresie pakietu 6;

5.powtórzenie czynności badania i oceny ofert w ramach Postępowania– przetarg nr 2” w części dotyczącej pakietu numer 5;

6.powtórzenie czynności badania i oceny ofert w ramach Postępowania– przetarg nr 2” w części dotyczącej pakietu numer 6.

III.Odwołujący zakwestionował czynność wyboru najkorzystniejszej oferty. Równolegle Odwołujący zakwestionował zaniechanie odrzucenia ofert konkurentów w zakresie pakietu 5 i 6. Uwzględnienie zarzutów przywróciłoby szansę Odwołującemu na uzyskanie zamówienia, ponieważ złożona przez niego oferta mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą. Oferta Odwołującego została skalsyfikowana na drugiej pozycji tzw. listy rankingowej wykonawców, za ofertą Konsorcjum „Solarnia” w zakresie pakietu 5 oraz za ofertą SKIBDREW Sp. z o.o. w zakresie pakietu 6.

Uzasadnienie

Przedmiotem zamówienia są usługi z zakresu gospodarki leśnej zgodnie z określeniem w art. 6 ust. 1 pkt. 1 ustawy z dnia 28 września 1991 r. o lasach (Dz. U. z 2024 r. poz. 530 – „Ustawa o lasach") obejmujące prace z zakresu hodowli i ochrony lasu, ochrony przeciwpożarowej, pozyskania i zrywki drewna oraz zagospodarowania turystycznego i innych prac z zakresu gospodarki leśnej – vide pkt 3.1.1 SWZ.

Przedmiot zamówienia został podzielony na cztery pakiety. Zgodnie z punktem 7.1.4 ppkt b w ramach warunku dotyczącego potencjału technicznego Zamawiający wymagał dla pakietu numer 5 i 6 jeśli Wykonawca wykaże, że dysponuje lub będzie dysponować: a) co najmniej 1 szt. maszyn leśnych wielooperacyjnych typu harwester, z głowicami umożliwiającymi pracę w cięciach trzebieżowych i zrębowych. W/w maszyna musi posiadać aktualne badania techniczne wykonane przez UDT. Ten sam harwester może być wykazany w pakietach nr 4, 5, 6; b) co najmniej 2 szt. ciągnika zrywkowego typu forwarder. Jako równoważne ciągnika zrywkowego typu forwarder przyjmuje się: /…/ Na potwierdzenie spełniania tego warunku należało złożyć wykaz urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami – vide wzór wykazu urządzeń technicznych dostępnych Wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego stanowi załącznik nr 11 do SWZ.

Zgodnie z pkt 7.1.4 ppkt c.I SWZ Zamawiający wymagał dla pakietu 5 i 6 (Wykonawca składający ofertę na pakiet 5 lub 6, poniższe warunki musi spełniać dla każdego z pakietów osobno) dysponowania osobami /tu cytat z swz/.

/…/ wzór wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia stanowi załącznik nr 10 do SWZ.W punkcie 3.5 SWZ Zamawiający podał, że wymaga zatrudnienia przez Wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie stosunku pracy osób wykonujących czynności w zakresie realizacji zamówienia polegające na pozyskaniu i zrywce surowca drzewnego, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 Kodeksu pracy. Zgodnie z pkt 7.3.2 SWZ, 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: tych samych osób przewidzianych do realizacji zamówienia do pełnienia takich samych funkcji, przy czym Zamawiający dopuszcza, aby osoba nadzoru oraz osoba, która ukończyła szkolenie w zakresie pracy ze środkami chemicznymi zgodnie z rozporządzeniem Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi z dnia 8 maja 2013 roku w sprawie szkoleń w zakresie środków ochrony roślin (Dz. U. z 2022 r. poz. 824) lub posiadające odpowiadające im uprawnienia wydane na podstawie poprzednio obowiązujących przepisów które uprawniają do pracy w kontakcie ze środkami ochrony roślin albo odpowiadające im uprawnienia wydane w innych Państwach Członkowskich UE, była wskazywana w więcej niż w jednym Pakiecie.

Jednocześnie w pkt 7.6. SWZ Zamawiający zawarł informacje, że dokonując oceny technicznej lub zawodowej działając na podstawie art. 116 ust. 2 PZP może, na każdym etapie postępowania, uznać, że Wykonawca nie posiada wymaganych zdolności, jeżeli posiadanie przez Wykonawcę sprzecznych interesów, w szczególności zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych Wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze Wykonawcy może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia.

Powyższy przepis zawiera nakaz dla Zamawiającego badania realności dostępności zasobu niezbędnego do wykonania zamówienia. W zakresie zasobów osobowych oraz technicznych, które mają istotne znaczenie Zamawiający ma zatem uprawnienie do zweryfikowania na każdym etapie postępowania, że wykonawca nie posiada wymaganych zdolności, jeżeli zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze wykonawcy może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia. Obecna podstawa prawna (art. 116) stanowi kontynuację rozwiązania obowiązującego wcześniej w art. 22d ust. 2 Ustawy Pzp. W wyroku KIO 105/20 podkreślono, że niedopuszczalne jest mechaniczne korzystanie z art. 22d ust. 2 p.z.p. Zamawiający powinni za każdym razem badać konkretny przypadek i brać pod uwagę specyfikę udzielanego zamówienia oraz zamówienia, w którym zaangażowany jest równocześnie wykonawca, a także możliwości zmian w tym zakresie. Zamawiający może zatem skorzystać z art. 22d p.z.p. wyłącznie wtedy, jeśli w konkretnym przypadku ma udowodnione podejrzenie, że wykonawca, który realizuje inne przedsięwzięcia, nie będzie mógł należycie wykonać zamówienia. Wyeliminowanie takiego wykonawcy leży w interesie zamawiającego, bowiem ponosi on odpowiedzialność za wybór wykonawcy. Jednocześnie zastrzeżono, że nie należy bezwzględnie wymagać od wykonawców biorących udział w licznych postępowaniach przetargowych lub realizujących zadania w innym trybie, aby przystępując do składania ofert musieli już wtedy angażować personel czy urządzenia dla każdego postępowania, wyłączając je z udziału w wykonywaniu innych zadań czy z innych postępowań przetargowych, nie mając jednocześnie wiedzy, czy w rzeczywistości będą określone zamówienie realizować. Jak podkreślono w wyroku KIO 2724/22 przepis pozwala uzupełnić ocenę podmiotową wykonawcy pod względem ustalenia, czy nie zachodzą okoliczności, które mogą prowadzić do uznania, iż wykazany w ramach spełniania warunków udziału w postępowaniu potencjał może okazać się niedostępny na etapie realizacji umowy. Jest to rozwiązanie ustawowe, a

zatem brak szczegółowych wytycznych w SWZ nie ma wpływu na jego zastosowanie. Istotne jest, czy w przypadku uzyskania zamówienia personel (czy też sprzęt) wskazany w toku postępowania będzie dostępny na potrzeby realizacji danego zadania i czy wykonawca jest to w stanie wykazać (podobnie KIO 3495/20). Izba przypomniała, że istotą oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu jest potwierdzenie przez wykonawcę, że zamówienie będzie faktycznie realizowane przez personel o kwalifikacjach wymaganych w SWZ. KIO stwierdziła, że „(...) uznając zatem, iż wskazany w ofercie potencjał (kadrowy, techniczny) spełnia wymagania minimalne dla jego udziału w realizacji zamówienia, ocena jego dostępności odnoszona jest do badania, czy będzie on mógł być faktycznie zaangażowany w realizację zamówienia publicznego, co deklaruje wykonawca w ofercie." Jako przykład przedsięwzięcia gospodarczego wykonawcy, które może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia autorzy komentarza UZP wskazali sytuacje w której „(...) wykonawca, dysponując ograniczonymi zasobami techniczno-zawodowymi, nie zaangażuje ich w wykonanie zamówienia, którego dotyczy postępowanie, tylko skieruje je do realizacji zamówienia wykonywanego na rzecz innego klienta, uznając je za bardziej priorytetowe np. z powodu perspektyw otrzymania od tego klienta nowych zamówień" – vide „Prawo zamówień publicznych. Komentarz", red. H. Nowak, M. Winiarz, www.uzp.gov.pl, s. 446.

Zdaniem Odwołującego właściwa ocena oferty Konsorcjum „Solarnia", w części dotyczącej pakietu numer 5 oraz ocena oferty SKIBDREW w części dotyczącej pakietu numer 6 nie może być dokonana bez analizy ofert złożonych przez to te podmioty w innych równolegle toczących się postępowaniach przetargowych organizowanych przez Zamawiającego - Lasy Państwowe w innych nadleśnictwach dotyczących wykonywania usług leśnych.

Odwołujący ustalił, że poza złożeniem ofert w zakresie pakietu 5 w przedmiotowym Postępowaniu Konsorcjum „Solarnia" uczestniczyło także w innych równolegle toczących się postępowaniach przetargowych dotyczących wykonywania usług leśnych w Nadleśnictwie Lubliniec, Namysłów, Opole, Rudy Raciborskie, Turawa.Stosownie do informacji przekazanych przez ww. Nadleśnictwa będące zamawiającymi członkowie Konsorcjum „Solarnia " złożyli oferty na wykonanie pakietów analogicznych usług leśnych. Na dzień złożenia oferty przez Konsorcjum „Solarnia" w części dotyczącej pakietu numer 5:

a)Konsorcjum „Solarnia" zawarło umowę o zamówienie publiczne na analogiczne usługi w Nadleśnictwie Lubliniec (umowa z 9 stycznia 2025 r.), Nadleśnictwie Namysłów (umowa z 20 stycznia 2025 r.), Nadleśnictwie Turawa (umowa z dnia 03 stycznia 2025 r.),

b)Konsorcjum „Solarnia" w związku z wyborem oferty Konsorcjum, jako najkorzystniejszej otrzymało zaproszenie do zawarcia umowy o zamówienie publiczne w Nadleśnictwie Opole (planowana data podpisania umowy 04 luty 2025 r.),

c)Oferta Konsorcjum „Solarnia" została uznana za najkorzystniejszą w ramach zamówienia publicznego w Nadleśnictwie Rudy Raciborskie.

Jednocześnie Odwołujący ustalił, że poza złożeniem ofert w zakresie pakietu 6w SKIBDREW uczestniczyło także w innych równolegle toczących się postępowaniach przetargowych dotyczących wykonywania usług leśnych w Nadleśnictwie Namysłów, Rudy Raciborskie, Strzelce Opolskie, Turawa. Stosownie do informacji przekazanych przez ww. Nadleśnictwa będące zamawiającymi SKIBDREW złożyła oferty na wykonanie pakietów analogicznych usług leśnych. Nadto Odwołujący ustalił, że:

a)SKIBDREW Sp. z o.o. zawarła umowę na analogiczne usługi w Nadleśnictwie Namysłów (umowa z 28.01.2025 r.), Turawa (umowa z 30.12.2024r.), Strzelce Opolskie (umowa z 02.01.2025 r.)

b)Ofertę SKIBDREW uznano za najkorzystniejszą w Nadleśnictwie Rudy Raciborskie.

Dowód: Protokół postępowania– numer zamówienia NN.270.1.2024 z Nadleśnictwa Lubliniec,

SWZ w postępowaniu dot. Nadleśnictwa Lubliniec w roku 2025; Oferta Solarnia w postepowaniu numer– NN.270.1.2024; Protokół postepowania nr Z.270.3.2024 z Nadleśnictwa Namysłów,SWZ, którego przedmiotem jest „Wykonywanie usług na terenie Nadleśnictwa Namysłów w roku 2025." - NN.270.1.2024,
Oferta „Solarnia" w postepowaniu o numer Z.270.3.2024;Oferta SKIBDREW Sp. z o.o. w postepowaniu numer Z.270.3.2024; Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty na terenie Nadleśnictwa Opole w latach 2025-2027 – nr Z.270.3.2024; Zaproszenie na podpisanie umowy na „Wykonywanie usług na terenie Nadleśnictwa Opole; SWZ dot. usług na terenie Nadleśnictwa Opole w latach 2025-2027" nr Z.270.3.2024; Oferta Solarnia na „Wykonywanie usług na terenie Nadleśnictwa Opole w latach 2025-2027" numer zamówienia Z.270.3.2024; Protokół postepowania o udzielenie zamówienia – numer ZG.270.11.24 z Nadleśnictwa Rudy Raciborskie,SWZ dot. usług na terenie Nadleśnictwa Rudy Raciborskie w 2025 roku(II)" , Oferta „Solarnia" na „Wykonywanie usług na terenie Nadleśnictwa Rudy Raciborskie w 2025 roku(II)" – nr ZG.270.11.24,

Oferta SKIBDREW na „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Rudy Raciborskie w 2025 roku(II)" – nr ZG.270.11.24, Protokół postepowania– nr ZG.270.3.5.2024 w Nadleśnictwie Turawa,SWZ na „Wykonywanie usług na terenie Nadleśnictwa Turawa w roku 2025" – nr ZG.270.3.5.2024, Oferta „Solarnia" na Wykonywanie usług na terenie Nadleśnictwa Turawa w roku 2025" – n ZG.270.3.5.2024, Oferta SKIBDREW na Wykonywanie usług w Nadleśnictwie Turawa w roku 2025", Protokół postepowania– numer zamówienia ZG.270.2.2024, SWZ na „Wykonywanie usług na terenie Nadleśnictwa Strzelce Opolskie w roku 2025."- nieograniczonego – numer zamówienia ZG.270.2.2024, Oferta SKIBDREW na „Wykonywanie usług na terenie Nadleśnictwa Strzelce Opolskie w roku 2025.",

Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty na „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Kup w roku 2025 i I kwartale roku 2026" - przetarg nr 2 – Pakiet 5- numer zamówienia SA.270.2.3.2024. z dnia 25 lutego 2025 r.; Ponadto analiza udostępnionych przez Nadleśnictwa Lubliniec, Namysłów, Opole, Rudy Raciborskie, Turawa wykazów osób skierowanych przez Konsorcjum „Solarnia" w celu wykonania zamówienia publicznego wskazała, że Konsorcjum „Solarnia" zarówno w ramach niniejszego postępowania Pakiet 5- numer zamówienia SA.270.2.3.2024., jak i w pozostałych postępowaniach o zamówienie w Nadleśnictwach Lubliniec, Namysłów, Opole, Rudy Raciborskie, Turawa wykazywała w ramach potencjału osobowego jednocześnie te same osoby. Konsorcjum „Solarnia" pomimo faktu posiadania wiedzy o całkowitym zaangażowaniu zasobów ludzkich, które pozostają w ich dyspozycji w pozostałych zamówieniach publicznych, które zostały już Konsorcjum „Solarnia" udzielone w pozostałych Nadleśnictwach Lubliniec, Namysłów, Opole, Rudy Raciborskie, Turawa, zdecydowała się na złożenie kolejnej oferty w ramach Zamówienia publicznego w Nadleśnictwie Kup wykazując w ramach potencjału osobowego te same osoby, które jednocześnie przedstawiono w ramach potencjału osobowego w ww. Nadleśnictwach. W ocenie Odwołującego Konsorcjum „Solarnia" świadomie postanowiło w sposób zupełnie pozorny i fikcyjny powiększyć swoje ograniczone zasoby osobowe, poprzez przedstawienie w poszczególnych Nadleśnictwach tych samych osób, które zostały już zadysponowane w ramach udzielonych jej zamówień publicznych w innych Nadleśnictwach. Podkreślić należy, że osoby wykazane przez Konsorcjum „Solarnia" nie pozostają do wyłącznej dyspozycji Konsorcjum „Solarnia "dla wykonania tego zamówienia. Każdy ze wskazanych pracowników jest jednocześnie wykazany jako osoba wyznaczona do świadczenia usług w większej liczbie nadleśnictw, będąc rzekomo realnie dostępna w dwóch, trzech, czterech a nawet sześciu nadleśnictwach jednocześnie (uwzględniając Nadleśnictwo Kup), co do których również zostały już zawarte umowy o zamówienie publiczne lub oferta Konsorcjum „Solarnia" została wyłoniona, jako najkorzystniejsza. Nadto dwóch pracowników wykazanych jest na dwóch różnych stanowiskach (pilarz i operator maszyn), co powoduje, że te same osoby powielają się w pięciu nadleśnictwach. Zdaniem Odwołującego, powtarzanie się tych samych osób jako realnie wykonujących usługi w ramach więcej niż jednego nadleśnictwa nie jest fizycznie możliwe biorąc pod uwagę rodzaj wykonywanych usług, albowiem osoby te są wykazywane na stanowisku pilarza lub operatora maszyny, których poziom faktycznego zaangażowania w świadczenie usług objętych zamówieniem publicznym jest ciągły (nie epizodyczny, jak np. w przypadku osób pełniących funkcje nadzorcze lub posiadające uprawnienia do pracy ze środkami chemicznymi). Nie ma możliwości dzielenia przez pracowników czasu pomiędzy pracę w różnych nadleśnictwach, albowiem jest konieczność stałego wykonywania prac w każdym z nich. Praca przy pozyskaniu drewna trwa niemal przez cały okres trwania umowy. Nie jest możliwe, aby wykonawca na pewien czas kumulował swoje zasoby w jednym nadleśnictwie, aby następnie skierować je do innego, tym bardziej, że każde nadleśnictwo wykonuje własny plan pozyskania drewna niezależnie od pozostałych i bez porozumienia ze sobą. W chwili obecnej wykonywanie przez Konsorcjum „Solarnia" usług w kilku Nadleśnictwach nie jest już sytuacją hipotetyczną, albowiem Konsorcjum podpisało już umowę na realizację usług z Nadleśnictwem, Lubliniec, Namysłów Turawa, Opole. Nadto Oferta Konsorcjum „Solarnia" została uznana za najkorzystniejszą w ramach zamówienia publicznego w Nadleśnictwie Rudy Raciborskie. Realizacja umów odbywać się będzie zatem w tym samym czasie i na takim samym etapie zawansowania. Analiza przedłożonych przez Konsorcjum „Solarnia" wykazów osób prowadzi do wniosku, że podmiot ten traktuje wykazy osób, które mają wykonywać umowę, jako formalność, bez żadnego przełożenia na faktyczne wykonanie umowy. Tym samym potwierdza się zarzut pozorności i fikcyjności dysponowania zasobem ludzkim, a także poddaje pod wątpliwość gwarancje wykonania umowy o zamówienie publiczne przez osoby, które Konsorcjum „Solarnia" przedstawia w wykazie. Dodatkowo wskazać należy, że w żadnych dokumentach przedstawionych przez Konsorcjum „Solarnia" nie wskazano, aby miało ono zamiar posługiwać się podwykonawcami, zatem Konsorcjum jest zobowiązane wykonać umowę samodzielnie. Zakładając nawet, że na etapie wykonywania umowy o zmówienie publiczne doszłoby do włączenia podwykonawców w realizację zamówienia publicznego nie wyklucza to w żadnym stopniu uznania, że Konsorcjum nie wykazało dysponowania realnym zasobem osobowym służącym realizacji umowy na etapie postępowania o zamówienie publiczne. W wyroku KIO z 03 listopada 2022 Izba przychyliła się do argumentu Zamawiającego, iż dla oceny na gruncie art. 116 ust. 2 Ustawy, znaczenie mogą mieć

wyłącznie okoliczności znane na moment badania, co oznacza, iż ewentualne, przyszłe decyzje wykonawcy (np. zmiana personelu w trakcie realizacji umowy), jako nieznane zamawiającemu i niepewne, nie mogą mieć wpływu na ocenę. Ma to działanie w obu kierunkach, co oznacza, że zarówno wykonawca nie może być obarczany skutkami przyszłych, niepewnych zdarzeń (np. nierozstrzygniętym jeszcze postępowaniami o udzielenie zamówienia), ale również zamawiający nie może zakładać ich wystąpienia.

Dowód: - wykaz osób skierowanych przez Konsorcjum „Solarnia" do realizacji zamówienia w Nadleśnictwie Lubliniec, Namysłów, Opole, Turawa, Kup, RUdy Raciborskie,

Zestawienie Odwołującego osób skierowanych do realizacji w Nadleśnictwie Kup, Lubliniec, Namysłów Opole, Turawa, Rudy Raciborskie w odniesieniu do Konsorcjum „Solarnia"

- Wykaz urządzeń technicznych dostępnych Konsorcjum „Solarnia" do realizacji zamówienia w Nadleśnictwie Lubliniec, Namysłów, Opole, Rudy Raciborskie, Turawa, Kup,

Zestawienie Odwołującego maszyn skierowanych do realizacji zamówienia w Nadleśnictwie Kup, Lubliniec, Namysłów Opole, Turawa, Rudy Raciborskie - dotyczy Konsorcjum „Solarnia"

wykaz osób skierowanych przez SKIBDREW Sp. z o.o. do realizacji zamówienia w Nadleśnictwie Lubliniec, Namysłów, Opole, Turawa, Kup, Rudy Raciborskie,

Zestawienie Odwołującego osób skierowanych do realizacji zamówienia w Nadleśnictwie Kup, Lubliniec, Namysłów Opole, Turawa, Rudy Raciborskie - dotyczy do SKIBDREW Sp. z o.o.

Podobnie zdaniem Odwołującego przedstawia się sytuacja Konsorcjum „Solarnia" z wykazem urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego, gdzie Konsorcjum deklaruje, iż dysponuje wymaganym przez Zamawiającego potencjałem technicznym na potrzeby zrealizowania zamówienia publicznego w Nadleśnictwie Kup, podczas gdy z analizy dokumentacji w pozostałych Nadleśnictwach Lubliniec, Namysłów, Opole, Rudy Raciborskie, Turawa wynika, że Konsorcjum „Solarnia" wykazywało te same maszyny we wszystkich ww. Nadleśnictwach, choć zapisy SWZ nie pozwalają na zastąpienie urządzeń wskazanych w wykazie innymi. Z wykazów jednoznacznie wynika, że urządzenia te miałyby jednocześnie pracować w wielu Nadleśnictwach oddalonych od siebie, co jest wykluczone z uwagi na brak możliwości ciągłego przewożenia urządzeń, jak również ze względu na konieczność wykonywania pracy przez urządzenia w trybie ciągłym ze względu na przedmiot zamówienia publicznego. Dokonując oceny potencjału technicznego danego wykonawcy nie można także pomijać kwestii związanej z technicznymi możliwościami wykorzystywanych do realizacji zamówienia publicznego urządzeń, które posiadają określoną wydajność pracy, a także należy brać pod uwagę okoliczności występowania awarii urządzeń, które wymuszają postoje w związku z konieczności ich naprawiania przez wyspecjalizowane firmy z odpowiednimi kwalifikacjami. Z zestawienia stworzonego przez Odwołującego na podstawie wykazu urządzeń technicznych dostępnych Konsorcjum „Solarnia "w celu wykonania zamówienia publicznego w Nadleśnictwach Kup, Namysłów, Rudy Raciborskie, Opole i Turawa wynika, że Konsorcjum zadeklarowało posiadanie tego samego forwardera LOGSET 5F 755138 UDT N8201083360 jednoczenie w pięciu nadleśnictwach (Rudy Raciborskie, Namysłów, Opole, Turawa i Kup) oraz Forwarder Komatsu XF865 nr8650001415 UDT 8209004692 jednoznacznie w trzech nadleśnictwach (Namysłów, Opole, Kup), gdzie łączna suma ilości drewna do pozyskania i zrywki objęta ww. zamówieniami publicznym wynosi 126189m3 drewna. Zatem do zerwania tej ilości drewna wykonawca ubiegający się o zamówienie publiczne we wszystkich ww. nadleśnictwach powinien dysponować (zgodnie z SWZ) 13 forwarderami, podczas gdy Konsorcjum Solarnia posiada zaledwie 5 forwarderów. Jednocześnie zamawiający wymagają dysponowania 2 ciągnikami typu LKT oraz 2 ciągnikami rolniczymi z przyczepą samozaładowczą, podczas gdy Konsorcjum Solarnia wykazuje 1 ciągnik typu LKT oraz 2 ciągniki rolnicze z przyczepą. Natomiast jeśli chodzi o wymagania Zamawiającego – Nadleśnictwa Kup dotyczące dysponowania 1 harwesterem Konsorcjum Solarnia wykazuje dwa harwestery, kóre zaangażowane są równocześnie w Nadleśnictwie Opole (gdzie ilość pozyskania drewna wynosi rocznie 50950m3) i Nadleśnictwie Turawa. Powyższe dane jednoznacznie potwierdzają, że nie jest możliwym, aby urządzenia te wykonywały pracę w Nadleśnictwie Kup, wobec ich zaangażowania w inne przedsięwzięcia gospodarcze, co do których Konsorcjum „Solarnia" ma już zawarte umowy na realizację zamówienia publicznego.

W odniesieniu do części obejmującej pakiet 6 w ramach niniejszego zamówienia, analiza udostępnionych przez Nadleśnictwa Namysłów, Rudy Raciborskie, Turawa, Strzelce Opolskie wykazów osób skierowanych przez SKIBDREW Sp. z o.o. w celu wykonania zamówienia wskazała, że SKIBDREW zarówno w ramach postepowania, jak i w pozostałych postępowaniach o zamówienie w ww. Nadleśnictwach wykazywała w ramach potencjału osobowego jednocześnie te same osoby. SKIBDREW pomimo faktu posiadania wiedzy o znaczącym zaangażowaniu zasobów

ludzkich, które pozostają w ich dyspozycji w pozostałych zamówieniach, które zostały już SKIBDREW Sp. z o.o. udzielone w pozostałych nadleśnictwach zdecydowała się na złożenie kolejnej oferty w Nadleśnictwie Kup wykazując w przedmiotowym postępowaniu w ramach potencjału osobowego te same osoby, które jednocześnie przedstawiono w ramach potencjału osobowego w pozostałych ww Nadleśnictwach. W ocenie Odwołującego SKIBDREW świadomie postanowiło w sposób zupełnie pozorny i fikcyjny powiększyć swoje ograniczone zasoby osobowe, przez przedstawienie w poszczególnych Nadleśnictwach tych samych osób, które zostały już zadysponowane w ramach udzielonych jej zamówień publicznych w innych Nadleśnictwach. Każdy ze wskazanych pracowników SKIBDREW Sp. z o.o. jest jednocześnie wykazany jako osoba wyznaczona do świadczenia usług w większej liczbie nadleśnictw, będąc rzekomo realnie dostępna w dwóch, trzech, a nawet czterech nadleśnictwach jednocześnie, co do których również zostały już zawarte umowy o zamówienie publiczne lub oferta SKIBDREW Sp. z o.o. została wyłoniona, jako najkorzystniejsza. Zdaniem Odwołującego, powtarzanie się tych samych osób jako realnie wykonujących usługi w ramach więcej niż jednego nadleśnictwa nie jest fizycznie możliwe biorąc pod uwagę rodzaj wykonywanych usług, albowiem osoby te są wykazywane na stanowisku pilarza lub operatora maszyny, których poziom faktycznego zaangażowania w świadczenie usług objętych zamówieniem publicznym jest ciągły (nie epizodyczny, jak np. w przypadku osób pełniących funkcje nadzorcze lub posiadające uprawnienia z zakresu środków chemicznych). Nie ma możliwości dzielenia przez pracowników czasu pomiędzy pracę w różnych nadleśnictwach, albowiem jest konieczność stałego wykonywania prac w każdym z nich. Praca przy pozyskaniu drewna trwa niemal przez cały okres trwania umowy. Wykonawca zobowiązany jest do realizacji planów pozyskania drewna. Nie jest zatem możliwe, aby wykonawca na pewien czas kumulował swoje zasoby w jednym nadleśnictwie, aby następnie skierować je do innego. Podkreślić należy, że w chwili obecnej wykonywanie przez SKIBDREW Sp. z o.o. usług w kilku Nadleśnictwach nie jest już sytuacją hipotetyczną, albowiem SKIBDREW Sp. z o.o. podpisała już umowę na realizację usług z Nadleśnictwem, Nadleśnictwie Namysłów (umowa zawarta 28 stycznia 2025 r.), Nadleśnictwie Turawa (umowa zawarta dnia 30 grudnia 2024 r., w Nadleśnictwie Strzelce Opolskie (umowa zawarta 02 stycznia 2025 r.). Nadto Oferta Konsorcjum SKIBDREW Sp. z o.o. została uznana za najkorzystniejszą w ramach zamówienia publicznego w Nadleśnictwie Rudy Raciborskie. Realizacja umów odbywać się będzie w tym samym czasie i na takim samym etapie zawansowania. Analiza przedłożonych przez SKIBDREW Sp. z o.o. wykazów osób prowadzi do wniosku, że podmiot ten traktuje wykazy osób, które mają wykonywać umowę, jako formalność, bez żadnego przełożenia na faktyczne wykonanie umowy. Tym samym potwierdza się zarzut pozorności i fikcyjności dysponowania zasobem ludzkim, a także poddaje pod wątpliwość gwarancje wykonania umowy o zamówienie publiczne przez osoby w Nadleśnictwie Kup, które SKIBDREW Sp. z o.o. przedstawia w wykazie. Dodatkowo wskazać należy, że w żadnych dokumentach przedstawionych przez SKIBDREW Sp. z o.o. nie wskazano, aby miało ono zamiar posługiwać się podwykonawcami, zatem Spółka jest zobowiązana wykonać umowę samodzielnie. Zakładając nawet, że na etapie wykonywania umowy o zmówienie publiczne doszłoby do włączenia podwykonawców w realizację zamówienia publicznego nie wyklucza to w żadnym stopniu uznania, że SKIBDREW Sp. z o.o. nie wykazała dysponowania realnym zasobem osobowym służącym realizacji umowy. W wyroku KIO z dnia 03 listopada 2022 Izba przychyliła się do argumentu Zamawiającego, iż dla oceny na gruncie art. 116 ust. 2 Ustawy, znaczenie mogą mieć wyłącznie okoliczności znane na moment badania, co oznacza, iż ewentualne, przyszłe decyzje wykonawcy (np. zmiana personelu w trakcie realizacji umowy), jako nieznane zamawiającemu i niepewne, nie mogą mieć wpływu na ocenę. Ma to działanie w obu kierunkach, co oznacza, że zarówno wykonawca nie może być obarczany skutkami przyszłych, niepewnych zdarzeń (np. nierozstrzygniętym jeszcze postępowaniami o udzielenie zamówienia), ale również zamawiający nie może zakładać ich wystąpienia. Zdaniem Odwołującego sytuacji tej nie zmienia także fakt, iż w Nadleśnictwie Kup SKIBDREW Sp. z o.o. zadeklarował w wykazie posiadanie większej liczby osób, aniżeli wymagana w SWZ przez Nadleśnictwo Kup. Ze względu na fakt jednoczesnego zaangażowania tych samych pracowników SKIBDREW Sp. z o.o. w innych nadleśnictwach do faktycznej dyspozycji Nadleśnictwa Kup w ramach zamówienia publicznego pozostaje znacząco mniejsza liczba pracowników, niż wymagana w SWZ tj. jedynie dwie. Zatem SKIBDREW Sp. z o.o. nadal nie daje prawidłowej rękojmi wykonania zamówienia publicznego, a opisane powyżej argumenty pozostają trafne i aktualne.

Powyższe w sposób oczywisty kwestionuje istotę i sens postanowień SWZ, a także przepisu art. 116 ustawy Pzp, który odnosi się do faktycznej zdolności wykonawcy do realizacji przedmiotu zamówienia, a zatem do dostępnego mu na daną chwilę potencjału technicznego, i osobowego. Konsorcjum „Solarnia" mimo formalnego potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, nie posiada potencjału pozwalającego na zrealizowanie przedmiotu zamówienia w Nadleśnictwie Kup. W powyższym okolicznościach zdaniem Odwołującego zaktualizował się obowiązek odrzucenia oferty Konsorcjum „Solarnia" w odniesieniu do pakietu nr 5 oraz oferty SKIBDREW Sp. z o.o. w odniesieniu do pakietu nr 6 w ramach zamówienia publicznego Nadleśnictwa w Kup na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b.

Z uwagi na fakt, że w toku Postępowania na podstawie informacji z otwarcia ofert z dnia 27 stycznia 2025 r. Odwołujący powziął wiedzę, że Konsorcjum „Solarnia" i SKIBDREW Spz o.o. uczestniczyło także w innych równolegle toczących

się postępowaniach przetargowych dotyczących wykonywania usług leśnych i dokonał analizy złożonej przez te podmioty dokumentacji odnoszącej się do potencjału kadrowego i technicznego w ramach innych postępowań o zamówienie publiczne, która według niego podważała Konsorcjum „Solarnia" i SKIBDREW Spz o.o. zdolność do realizacji zamówienia publicznego w Nadleśnictwie Kup, pismem z dnia 13 lutego 2025 r. zawiadomił Zamawiającego – Nadleśnictwo w Kup, że Konsorcjum „Solarnia" i SKIBDREW Spz o.o. zaangażowane są w wiele przedsięwzięć z zakresu gospodarki leśnej, w których powielają wykorzystywanie tych samych zasobów technicznych oraz zasobów ludzkich w celu spełnienia warunków udziału w zamówieniach publicznych i wniósł o dokonanie weryfikacji złożonych przez Konsorcjum „Solarnia" i SKIBDREW Spz o.o. dokumentów w zakresie podmiotowych środków dowodowych składanych przez Konsorcjum „Solarnia" oraz Skibdrew Sp z o.o., w szczególności w zakresie wykazu urządzeń technicznych oraz wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia publicznego, ponieważ w przypadku wykorzystania tego samego potencjału w zakresie osób i urządzeń technicznych zaangażowanych w inne przedsięwzięcia gospodarcze ww. wykonawców świadczyłoby to o świadomym i celowym wprowadzeniu w błąd Zamawiającego w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Do pisma Odwołujący dołączył dokumenty wyżej opisane tj. Protokoły, wykazy osób i urządzeń.

Dowód: 49) Pismo Odwołującego z 13 lutego 2025 r. skierowane do Zamawiającego – Nadleśnictwa Kup.

Zamawiający – Nadleśnictwo Kup pomimo powzięcia wiedzy na podstawie zawiadomienia Odwołującego,nie wezwał Konsorcjum „Solarnia" oraz SKIBDREW Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w zakresie zgodności treści złożonej oferty z SWZ w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania oraz spełnienia warunków w postępowaniu czym naruszył zdaniem Odwołującego również art. 223 ust 1 ustawy Pzp, a w konsekwencji przeprowadził Postępowanie niezgodnie z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp. W orzecznictwie wskazuje się, że zamawiający ma prawo, w toku badania i oceny ofert, żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Przyjmuje się, iż przepis nakłada na zamawiającego nie tylko uprawnienie, ale przede wszystkim obowiązek uzyskania wyjaśnień w sytuacji, w której zachodzą jakiekolwiek wątpliwości do co treści złożonej oferty. W szczególności, gdy treść dokumentów pozostaje niespójna – (KIO 487/12). Zdaniem Odwołującego analiza przedstawionych przez niego dowodów obligowała Zamawiającego do podjęcia kroków zmierzających do wyjaśnienia istotnych wątpliwości, które pojawiły się w związku ze złożeniem oferty przez Konsorcjum „Solarnia" i SKIBDREW Spz o.o. oraz dokumentów w ramach podmiotowych środków dowodowych w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania oraz spełnienia warunków w postępowaniu, a których ewentualne potwierdzenie w toku procedury sprawdzającej mogłoby skutkować wykluczeniem wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp i odrzuceniem oferty ww. Wykonawców, wobec ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, że oferta Wykonawców nie zapewni realizacji zamierzonego i opisanego w SWZ celu, a oferowane świadczenie nie odpowiada wyrażonym w treści SWZ wymaganiom. To na zamawiającym, jako wywodzącym skutek prawny, w postaci odrzucenia oferty z twierdzenia o jej brakach, spoczywa ciężar dowodu. Zamawiający jest zobligowany do prowadzenia postępowania z należytą starannością i dlatego nie może pozostawić żadnych elementów treści oferty do końca niewyjaśnionych. Zamawiający powinien dążyć do wyjaśnienia ewentualnej niezgodności oferty z treścią SWZ wzywając wykonawcę do złożenia wyjaśnień (KIO 22/12). W ocenie Odwołującego biorąc pod uwagę rangę stawianych przez niego zarzutów zobowiązywało Nadleśnictwo Kup do wyjaśnienia wątpliwości, jak również do umożliwienia podjęcia obrony przez Konsorcjum „Solarnia" i SKIBDREW Spz o.o. w celu doprecyzowania okoliczności wynikających z oferty. Podejmując decyzję o wyborze oferty, w sytuacji gdy pojawiły się wątpliwości, zamawiający powinien zebrać jak najszerszy materiał dowodowy, który potwierdzi zgodność oferowanego produktu z wymaganiami zamawiającego bądź jej zaprzeczy. Brak jakiegokolwiek działania ze strony Zamawiającego zdaniem Odwołującego doprowadziło do tego, że decyzja o wyborze najkorzystniejszej oferty nastąpiła w sposób całkowicie dowolny, a samo postępowanie zostało przeprowadzone z naruszeniem zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, jak i zasady przejrzystości. Zamawiający o zasadach płynących z tego artykułu powinien myśleć zawsze i podejmować każdą czynność w postępowaniu przez ich pryzmat. „Każdy przepis ustawy powinien być interpretowany - a działanie i zaniechanie zamawiającego oceniane - przez pryzmat kluczowej zasady wskazanej w art. 16 ustawy czyli uczciwej konkurencji. Zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców nakazuje zamawiającemu taki sposób określenia poszczególnych elementów przygotowywanego postępowania, który stanowić będzie złoty środek pomiędzy rzeczywistymi potrzebami zamawiającego a wprowadzanymi ograniczeniami dostępu do zamówienia, ze względu na postawione wymogi odnoszące się zarówno do sposobu wykonania danego zamówienia, jak i niezbędnego poziomu weryfikacji wykonawcy, który da gwarancję jego należytego wykonania. „Oznacza to, że na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający jest zobligowany do sprawiedliwego traktowania uczestników postępowania – wykonawcy powinni być traktowani jednakowo, bez stosowania jakichkolwiek przywilejów, a także bez środków dyskryminujących - vide Gawrońska-Baran Andrzela i in., Pzp. Komentarz aktualizowany.

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, 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. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości. Z uwagi na wzrost znaczenia oświadczeń własnych wykonawców na skutek implementacji dyrektyw 2014/24/UE i 2014/25/UE należy stosować wyższy miernik oceny związany z rzetelnością prezentowanych przez nich danych, w szczególności przy weryfikacji prawdziwości informacji przedkładanych w postępowaniu. Wypełniając formularz dotyczący kryteriów pozacenowych, wykonawca składa oświadczenie, że poszczególne osoby posiadają doświadczenie zgodne z opisem w danym kryterium. Informacje te mają bezpośredni wpływ na wybór najkorzystniejszej oferty w zamówieniu publicznym. Jeśli podanie przez wykonawcę nieprawdziwych informacji w tym zakresie nastąpiło w sposób zawiniony, to ziszcza się obligatoryjna przesłanka wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp przy czym wskazuje się, że wystarczające jest wykazanie nieumyślnej winy wykonawcy w postaci: lekkomyślności (jest ona rozumiana jako brak zamiaru co do bezprawnego działania, jednak przy świadomości, że działanie może naruszać prawo), lub niedbalstwa – kiedy wykonawca wprost nie przewiduje skutku, jakim jest wprowadzenie zamawiającego w błąd, ale skutek ten mógł i powinien był przewidzieć. W wyroku z 20 lipca 2018 r. KIO orzekło, że jeżeli z zestawienia danych przedstawionych przez wykonawcę z oczekiwaniami zamawiającego wynika, że działający z należytą starannością wykonawca powinien mieć świadomość, iż przedstawione informacje tym oczekiwaniom nie odpowiadają, a mimo to potwierdził okoliczność przeciwną, to bez wątpienia stanowi to podstawę przypisania mu winy w postaci lekkomyślności lub niedbalstwa – KIO 1319/18. Jak wynika z okoliczności w niniejszej sprawie Konsorcjum „Solarnia" w odniesieniu do pakietu 5, a SKIBDREW Sp. z o.o. do pakietu 6 w ramach zmówienia publicznego, którego przedmiotem było Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Kup w roku 2025 i I kwartale roku 2026" – przetarg nr 2" miało pełną świadomość, że przedstawienie potencjału osobowego i technicznego następuje niezgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego z uwagi na to, że wykazywany potencjał został zaangażowany w całości w inne przedsięwzięcia gospodarcze związane z wykonywaniem zawartych już umów o zamówienia publiczne w innych nadleśnictwach. Takie działanie należy jednoznacznie określić, jako celowe działanie wprowadzające Zamawiającego w błąd co do kluczowych zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia. Zarówno Konsorcjum „Solarnia", jak i SKIDREW Sp. z o.o. są podmiotami, które od wielu lat funkcjonują na rynku. Zdaniem Odwołującego podmioty te z pełnym rozeznaniem i świadomością złożyły ofertę na realizację pakietu 5 i 6 w ramach zamówienia publicznego Nadleśnictwa Kup przedstawiając wymagany zasób osób oraz urządzeń technicznych oraz jednocześnie niemal ten sam zespół osób i sprzętu posłużył do złożenia w tym samym czasie analogicznych ofert i w konsekwencji zawarcia umów o zamówienie publiczne na tożsame usługi leśne w innych nadleśnictwach. Konsorcjum „Solarnia" i SKIBDREW Sp. z o.o. wywołało zatem swym działaniem mylne wrażenie jakoby przedstawiane zasoby pozostawały do dyspozycji Konsorcjum „Solarnia" i SKIBDREW Sp. z o.o. i mogły bez przeszkód zostać skierowane do realizacji tego konkretnego zamówienia. Tym samym uznać należy, że doszło do wprowadzenia Zamawiającego w błąd w wyniku zamierzonego działania noszącego co najmniej znamiona działania lekkomyślnego lub zwykłego niedbalstwa, co będzie skutkowałoby koniecznością jego wykluczenia z postępowania. Trudno bowiem inaczej ocenić sytuację, w której wykonawcy, mimo wszystko powołują się na te zasoby w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Mając na uwadze całokształt przedstawionych okoliczności sprawy stwierdzić należy, że postepowanie Zamawiającego – Nadleśnictwa Kup doprowadziło do wyboru najkorzystniejszej oferty w ramach pakietu numer 5 i 6 zamówienia publicznego niezgodnie z niezgodnie z przepisami ustawy Pzp, czym Zamawiający naruszył dyspozycję art. 17 ust 2 ustawy Pzp. W świetle powyższego niniejsze odwołanie jest zasadne i zasługuje na uwzględnienie.

Załączono dokumenty postępowania oraz innych postępowań, powołane w piśmie.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania w całości, jako bezzasadnego.

Uzasadnienie stanowiska:

Zarzuty w zakresie dotyczącym wyboru ofert w 5 oraz 6 ogniskują się wokół zarzutów dotyczących wykazania tego samego sprzętu oraz potencjału osobowego wybranych wykonawców również w innych toczących się równolegle postępowaniach w innych nadleśnictwach i pominięcia wezwania wykonawców do złożenia wyjaśnień w tym zakresie.

Zamawiający podkreśla, iż w procesie oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu określonych w SWZ, opierał się na dokumentach złożonych przez ocenianych wykonawców w postępowaniu, w tym m.in. na wykazach personelu oraz wykazach sprzętu dla pakietu 5 i 6, które nie budzą wątpliwości co do ich prawdziwości i rzetelności. Na podstawie informacji zawartych w tych właśnie dokumentach zamawiający dokonał

pozytywnej weryfikacji wykonawców w odniesieniu do wymagań SWZ, co doprowadziło do wyboru ich ofert jako najkorzystniejszych.

Zamawiający uważa, iż proces oceny ofert przeprowadził w sposób należyty i w zgodzie z obowiązującymi przepisami, w związku z czym nie może zgodzić się z zarzutami postawionymi przez Odwołującego.

Zgodnie z przepisem art. 116 ust. 2 ustawy Pzp oceniając zdolność techniczną lub zawodową, zamawiający może, na każdym etapie postępowania, uznać, że wykonawca nie posiada wymaganych zdolności, jeżeli posiadanie przez wykonawcę sprzecznych interesów, w szczególności zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze wykonawcy może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia. Ustawodawca co do zasady w art. 116 ust. 2 dopuszcza możliwość zaangażowania zasobów przeznaczonych do realizacji zamówienia w inne przedsięwzięcia gospodarcze, jeżeli tylko nie będzie to wywierało negatywnego skutku na realizację zamówienia, o które dany wykonawca się ubiega. Ponadto, co wymaga podniesienia zgodnie z tym przepisem zamawiający na każdym etapie postępowania, a zatem po wyborze oferty i przed podpisaniem umowy ma prawo dokonać stosownej weryfikacji, wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień i uznać w zależności od złożonych wyjaśnień, że wykonawca posiada, bądź nie posiada wymaganych zdolności z uwagi na zaangażowanie w inne przedsięwzięcia.

KIO oceniając podobne sprawy stwierdziła, iż sam fakt realizacji innych przedsięwzięć nie stanowi z automatu konieczności kwestionowania wykazanych przez wykonawcę zdolności w ramach danego postępowania. Nie jest zatem wskazane stosowanie jakiegokolwiek automatyzmu, prowadzącego z jednej strony do bezrefleksyjnego uznania warunków udziału w postępowaniu za spełnione, z kolei z drugiej strony - do wykluczenia wykonawcy w każdym przypadku ustalenia, że posłużył się on takim samym potencjałem w innym postępowaniu, bez względu na rzeczywisty wpływ takiej sytuacji na dostępność tego potencjału przy realizacji umowy. W każdym jednak przypadku konieczne jest zbadanie okoliczności konkretnej sprawy zależnie od rodzaju potencjału oraz sposobu i zakresu jego zaangażowania w inne przedsięwzięcie, a także możliwości zmian w tym zakresie. Istotne jest bowiem ustalenie, czy potencjał wykonawcy będzie rzeczywiście dostępny w wymaganym zakresie w momencie realizacji zamówienia. Tym samym stosownie do treści art. 116 ust. 2 ustawy Pzp ustawodawca przyznał zamawiającemu możliwość weryfikacji wykazanego potencjału technicznego oraz osobowego na każdym etapie trwającego postępowania. Zamawiający podnosi, ze zgodnie z art. 254 ustawy postępowanie o udzielenie zamówienia kończy się: zawarciem umowy sprawie zamówienia publicznego, albo unieważnieniem postępowania. Rozwiązanie ustawowe, o którym mowa w przepisie art. 116 ust. 2 ustawy pozostaje w pełni racjonalne, albowiem tak jak w przedmiotowej sprawie dopiero po ustaleniu, w jakich innych przedsięwzięciach wykonawca finalnie będzie uczestniczył mając zawarte umowy i wykazując określony sprzęt i osoby, którymi będzie się posługiwał, można uznać, że zachodzą wątpliwości co do rzeczywistego posiadania zdolności wykonawcy w tym zakresie i wezwać wykonawcę do wyjaśnień.

Zgodnie z orzecznictwem ocena realnej dostępności zdolności wykonawcy, wymaganej w ramach warunków udziału w postępowaniu, powinna być dokonywana każdorazowo z uwzględnieniem okoliczności konkretnej sprawy, a także w odniesieniu do rodzaju potencjału, sposobu i zakresu zaangażowania wykonawcy w inne przedsięwzięcia oraz możliwości zmian w tym zakresie (KIO 2709/17 z dnia 11 stycznia 2018 r.). Omawiana regulacja przyznaje zamawiającym możliwość wykluczenia wykonawcy na każdym etapie postępowania. Jej szeroki zakres zastosowania obejmuje również okoliczności, które mogą być zmienione w czasie, co do których nie zawsze możliwe jest ustalenie przesłanek ich zastosowania, już w momencie oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Bowiem tak, jak możliwe jest, że pomiędzy terminem składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a zawarciem umowy nastąpi zaangażowanie zasobów wykonawcy do realizacji innego zadania, tak nie można wykluczyć zmiany odwrotnej, polegającej na przesunięciu tych zasobów do realizacji nowo uzyskanego zamówienia. Może się więc zdarzyć, iż z uwagi na rodzaj potencjału oraz szczegółów dotyczących zaangażowania wykonawcy w realizację innych zadań, już na etapie oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu możliwe będzie ustalenie, że określony zasób nie będzie mógł być dostępny – nie można jednak takiego wniosku wyciągać automatycznie. Należy także mieć na uwadze trudność związaną ze skierowaniem wobec wykonawców wymogu, tak aby przystępując do składania ofert musieliby już na tym etapie zaangażować personel na poczet każdego postępowania, wykluczając przy tym zespół z udziału w innych zadaniach, czy w innych postępowaniach przetargowych, nie mając przy tym pewności, czy w przyszłości uzyskają dane zamówienie oraz wiedzy na temat terminu rozpoczęcia prac. Jak zauważyła w wydanym orzecznictwie KIO, istotne jest, czy w przypadku uzyskania zamówienia personel wskazany w toku postępowania będzie pozostawał w dyspozycji na potrzeby realizacji danego zadania, jak również, czy wykonawca jest w stanie wykazać to w toku postępowania. Jeżeli istnieje realna możliwość zapewnienia, że zespół będzie mógł wykonywać zamówienie, o które wykonawca się ubiega, zamawiający powinien uwzględnić tę informację na etapie dokonywania oceny potencjału

wykonawcy.

Również zgodnie z wyrokiem KIO 1462/18, art. 22d ust. 2 Ustawy w poprzednim stanie prawnym nie może stanowić samodzielnej podstawy wykluczenia z udziału w postępowaniu. Wykluczenie wykonawcy musi nastąpić z przywołaniem konkretnej przesłanki ustawowej, z podaniem jej podstawy prawnej i faktycznej, w związku z którą została podjęta decyzja o wykluczeniu. Zamawiający podnosi, że na obecnym etapie postępowania brak jest przesłanek przemawiających za odrzuceniem ofert złożonych w pakiecie 5 oraz 6.

Istotny w sprawie pozostawał dla zamawiającego wyrok KIO 176/24, w którym Izba stwierdziła: Jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana, potwierdził posiadanie wymaganych zdolności w ramach warunku co do zdolności technicznej i zawodowej (doświadczenie Wykonawcy), o których stanowi wymaganie z SWZ, to wybór jego oferty należy uznać za prawidłowy.

Zamawiający wskazuje, iż obecna podstawa prawna stanowi kontynuację rozwiązania wprowadzonego wcześniej w art. 22d ust. 2 Ustawy, w poprzednim stanie prawnym. Dotychczasowe orzecznictwo, wskazuje, że art. 22d ust. 2 Ustawy (obecnie art. 116 ust. 2 ustawy) pozwala szerzej spojrzeć na wykazany potencjał wykonawcy, co jednak nie oznacza oczywiście całkowitej dowolności w badaniu wymaganych zdolności. Izba w całości podzieliła tezę prezentowaną w wyroku KIO 105/20, iż celem normy art. 22d ust. 2 Ustawy jest zapewnienie realnej dostępności potencjału wykonawcy przy realizacji zamówienia. Aby wskazany cel został osiągnięty stosowanie tej normy nie może opierać się na przesłankach formalnych i powodować jakiegokolwiek automatyzmu prowadzącego z jednej strony do bezrefleksyjnego uznania warunków udziału w postępowaniu za spełnione, ale z drugiej strony - do wykluczenia wykonawcy w każdym przypadku ustalenia, że posłużył się on takim samym potencjałem w innym postępowaniu, bez względu na rzeczywisty wpływ takiej sytuacji na dostępność tego potencjału przy realizacji umowy.

Celem przepisu jest umożliwienie zamawiającemu dokonania oceny realnego dostępu do zasobu, jakim wykonawca się legitymuje składając ofertę na etapie realizacji zamówienia. Przepis pozwala zatem uzupełnić ocenę podmiotową wykonawcy pod względem ustalenia, czy nie zachodzą okoliczności, które mogą prowadzić do uznania, iż wykazany w ramach spełniania warunków udziału w postępowaniu potencjał osobowy) może okazać się niedostępny do realizacji umowy, przy czym zgodnie z treścią tego przepisu zamawiający może dokonać takiej weryfikacji na każdym etapie postępowania, a więc również przed podpisaniem umowy z wybranym wykonawcą. Istotne jest, czy w przypadku uzyskania zamówienia personel (czy też sprzęt) wskazany w toku postępowania, będzie dostępny na potrzeby realizacji danego zadania i czy wykonawca może to wykazać (podobnie w wyroku z 1.02.2021 r.,KIO 3495/20). W niniejszej sprawie sam odwołujący wykazuje, że postępowania przetargowe wszczęte w celu wyłonienia wykonawców usług leśnych w roku 2025 wszczęte zostały niemal w tym samym czasie co powodowało, że wykonawca mógł składać oferty i wykazywać ten sam potencjał osobowy i techniczny w różnych postępowaniach, albowiem nie miał on pewności, w którym z postępowań przetargowych jego oferta okaże się najkorzystniejsza. Odwołujący sygnalizując zamawiającemu, że sprzęt, czy osoby wykazane w dokumentach zamówienia wykazane zostały też w innych postępowaniach przez wybranego wykonawcę stworzył możliwość dokonania weryfikacji rzeczywistego, realnego spełnienia warunków udziału przed zawarciem umowy.

Uznając w toku badania ofert, iż wskazany w ofertach złożonych na realizacje zadań w pakietach 5 i 6 potencjał (techniczny i kadrowy) spełnia wymagania minimalne dla jego udziału w realizacji zamówienia, dalsza ocena dostępności wykazanego potencjału odnoszona jest do badania, czy będzie on mógł być faktycznie zaangażowany w realizację zamówienia publicznego, co zadeklarował wykonawca w ofercie. Takie badanie wymaga zaangażowania nie tylko ze strony zamawiającego, ale również samego wykonawcy, który powinien mieć możliwość rozwiania wątpliwości, co do dostępności zasobu wskazanego na potrzebę oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Mechanizm ten stanowi dodatkowe zabezpieczenie zamawiającego przed jedynie formalnym wykazaniem spełniania warunku udziału w postępowaniu, wyłącznie na potrzebę oceny oferty, bez zapewnienia udziału niezbędnego zasobu w realizację umowy. Można zatem wskazać, iż sama deklaracja wykonawcy może być istotnie niewystarczająca, jeżeli ustalone okoliczności mogące wpływać negatywnie na ocenę dostępności zasobów wykonawcy. Postępowanie o udzielenie zamówienia dla pakietów 5 i 6 nie zostało zakończone, zatem uzasadnionym będzie w przypadku podejrzenia istnienia zagrożenia dla wykonania zamówienia z wykorzystaniem wskazanych zasobów wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień przekonujących zamawiającego, że uzyskanie zamówienia w innych jednostkach nie wpłynie na wykonanie zamówienia.

Zgodnie z art. 8 ust. 1 Prawa zamówień publicznych do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu stosuje się przepisy tej ustawy, a uzupełniająco Kodeks cywilny. To oznacza, że zamawiający chcąc uznać, że wykonawca nie posiada wymaganych zdolności, powinien przedstawić dowody w tym zakresie, zgodnie z art. 6 kodeksu cywilnego. Na obecnym etapie postępowania zamawiający nie dysponuje dowodami dającymi podstawy do

uznania, że wykonawca nie posiada wymaganych zdolności z uwagi na zaangażowanie w inne przedsięwzięcia.

Biorąc pod uwagę powyższe, musi wystąpić związek pomiędzy wykorzystaniem potencjału wykonawcy do realizacji innych przedsięwzięć gospodarczych a zagrożeniem należytego wykonania umowy. Zamawiający ponownie podkreśla, że sam fakt zaangażowania zasobów wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze nie może automatycznie powodować utraty zdolności do realizacji danego zamówienia i nie świadczy od razu o możliwości wystąpienia negatywnego wpływu na realizację postępowania będącego przedmiotem oceny. Konieczne jest wykazanie, czy zaangażowanie zasobów w inne przedsięwzięcia gospodarcze może wywołać negatywny wpływ na realizację takiego zamówienia publicznego. Pomiędzy wykorzystaniem potencjału wykonawcy do realizacji innych przedsięwzięć gospodarczych, a drugą z przesłanek, dotyczącą możliwości wystąpienia zagrożenia należytego wykonania umowy, winien występować adekwatny związek przyczynowy, który należy wykazać. Teoria adekwatnego związku przyczynowego wynika z treści art. 361 § 1 kc, zgodnie z którym zobowiązany do odszkodowania ponosi odpowiedzialność tylko za normalne następstwa działania lub zaniechania, z którego szkoda wynikła (wyr. KIO z 1.2.2021 r., KIO 3495/20, niepubl.). W orzecznictwie akcentuje się, że w sytuacji, gdy wykonawcy biorą udział w licznych postępowaniach przetargowych lub realizują wiele kontraktów jednocześnie, to utrudnione będzie wymaganie od nich, aby przystępując do składania ofert musieli angażować każdorazowo personel i sprzęt dla danego postępowania, wyłączając go z udziału w wykonywaniu innych zadań czy z innych postępowań przetargowych, nie mając jednocześnie wiedzy, czy w rzeczywistości będą określone zamówienie realizować oraz pewności co do terminu rozpoczęcia robót (wyr. KIO z 1.2.2021 r., KIO 3495/20).W ocenie KIO zawartej w wyroku z 17 lutego 2021 roku z samego faktu zaangażowania zasobu przeznaczonego do realizacji zamówienia w inne przedsięwzięcia gospodarcze nie można wywodzić, że wywrze to negatywny skutek na jego wykonanie. Zamawiający decydując o tym, że wykonawca nie posiada wymaganych zdolności musi być w stanie wykazać, że jego zasoby techniczne lub zawodowe, na które powołano się na potrzeby postępowania, są zaangażowane w inne zadania (przedsięwzięcia gospodarcze), a ponadto, że okoliczność ta może negatywnie oddziaływać na realizację zamówienia będącego przedmiotem postępowania. Zamawiający dokonując wyboru najkorzystniejszej oferty nie miał wiedzy, czy wykazane zasoby osobowe będą wykorzystane do innych przedsięwzięć, czy też nie zwłaszcza, że ustawa daje zamawiającemu możliwość weryfikacji rzeczywistego dysponowania przez wykonawcę wskazywanym potencjałem kadrowym na każdym etapie, a więc również przed podpisaniem umowy.

Dopóki zatem dane postępowanie nie wejdzie w fazę realizacji, a sprzęt wskazany w danym postępowaniu i jednocześnie wykorzystywany do realizacji innego zamówienia zgodnie z deklaracją wykonawcy zostanie zmieniony, nie można uznać, że realizacja tego konkretnego postępowania jest zagrożona.

Co więcej, w przypadku usług leśnych, sposób dysponowania potencjałem osobowym i technicznym dla realizacji kilku umów w znacznym stopniu zależy od staranności i sprawności organizacyjnej wykonawcy. To od niego zależy w jaki sposób, biorąc pod uwagę posiadany potencjał i zdolności organizacyjne, dane zamówienia zostaną zrealizowane bez uszczerbku dla każdego z nich.

W zakresie pakietu 6 przystępujący SKIBDREW sp. z o.o. wniósł o oddalenie odwołania i przedstawił stanowisko pisemne.

Wniósł o przeprowadzenie dowodów z dokumentów: zestawienie pracowników SKIBDREW sp. z o.o., zestawienie pracowników F.H.U. „SKIB-DREW" M.S., wykaz podwykonawców, referencje, zgłoszenia - na okoliczność swojego potencjału osobowego.

Czynności Zamawiającego uznał za w pełni właściwe.

Przystępujący odniósł się szczegółowo do zarzutów.

Ad zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i pkt. 5 w zw. z art. 116 PZP

Zarzut jest chybiony. Zamawiający dla Pakietu nr 6 żądał dysponowania: /tu zapis swz dot. Wymogu dysponowania określonymi osobami/.

W złożonym w ramach podmiotowych środków dowodowych wykazie osób, SKIBDREW sp. z o.o. wskazała: /wymieniono osoby zgodnie z zestawieniem zał. 10 do SWZ - oferty/.

Jak wynika z zestawienia wykonawca wykazał dysponowanie większym potencjałem niż potencjał wymagany przez Zamawiającego, tj. ośmiu pilarzy zamiast pięciu, dwie osoby nadzoru zamiast jednej, trzy osoby z uprawnieniami do obsługi urządzeń zamiast dwóch. Ponadto, osoba wskazana jako posiadające ukończone szkolenie w zakresie pracy ze środkami chemicznymi, ma także uprawnienia pilarza, podobnie jak dwie z trzech osób wskazanych jako operatorzy

maszyn. A zatem wykonawca wykazał ponad wszelką wątpliwość, że dysponuje potencjałem pozwalającym na należyte wykonanie przedmiotowego zamówienia, a więc spełnia postawione w tym zakresie warunki udziału w postępowaniu.

Odwołujący twierdzi także, iż oferta Przystępującego jest niezgodna z warunkami zamówienia, przy czym nie wskazał na czym konkretnie miałaby polegać rzekoma niezgodność oferty z warunkami zamówienia. W sytuacji, w której podmiotowe środki dowodowe złożone na potrzeby wykazania posiadania wymaganego potencjału osobowego wykazują potencjał większy niż wymagany przez Zamawiającego, zarzut naruszenia art. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i pkt. 5 PZP wydaje się całkowicie chybiony.

Zdaniem Przystępującego nie ma znaczenia dla oceny spełnienia warunków udziału w niniejszym postępowaniu fakt, iż Przystępujący złożył oferty i realizuje umowy także w innych nadleśnictwach. Nie stanowi to w żaden sposób naruszenia sformułowanych w dokumentach postępowania warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu. Nie jest to także, sama w sobie, okoliczność zagrażająca realizacji przedmiotowego zamówienia.

Wskazał na swój potencjał i doświadczenie.

Łączna analiza wszystkich powyższych danych prowadzi do jednoznacznego wniosku, iż Przystępujący posiada potencjał, który pozwala na realizację wszystkich tych zobowiązań .

Z danych o zatrudnieniu wynika, ze łącznie konsorcjum zatrudnia 21 osób z uprawnieniami pilarza i 9 osób z uprawnieniami operatorów maszyn. Do tego dochodzą zasoby ludzkie podwykonawców. Na potrzeby wszystkich wskazanych przez Odwołującego zamówień potencjał Przystępującego oraz jego konsorcjanta w odniesieniu do pilarzy, w ujęciu sumarycznym, powinien wynosić 27 oso b (w tym w ramach konsorcjum 6 oso b), natomiast w odniesieniu do wszystkich operatorów maszyn leśnych – 8 oso b. Uwzględniając udział wskazanych podwykonawco w nie budzi wątpliwości, iż potencjał ten Przystępujący spełnia nawet z „zapasem".

Odwołujący zdaje się stać na stanowisku, iż wykonawca, który składa ofertę i wykazuje dysponowanie określonym potencjałem musi dokładnie ten sam potencjał wykorzystać przy realizacji zadań stanowiących przedmiot zamówienia. Tak przecież nie jest. Celem warunków udziału w postępowaniu jest umożliwienie złożenia ofert takim wykonawcom, którzy dają rękojmię należytego wykonania zamówienia. Nie jest zatem tak, ze wykonawca na etapie wykazywania warunków udziału musi definitywnie i ostatecznie zadeklarować udział i zaangażowanie konkretnych co do tożsamości zasobów osobowych. Musi jednak udowodnić, ze dysponuje takimi zasobami, kto re spełniają sformułowane wymogi. To, czy finalnie umowę zrealizuje przy użyciu osoby wskazanej w wykazie, czy tez innej o tych samych kwalifikacjach, czy uprawnieniach, jest kwestią odrębną. Nadmienić należy, iz we wszystkich umowach na świadczenie usług leśnych w jednostkach organizacyjnych lasów państwowych przewidziana jest możliwość zmiany osób wskazanych w ofercie jako osoby skierowane do realizacji zamówienia.

W odniesieniu do wskazanych przez Odwołującego umów zawartych z innymi nadleśnictwami, z uwagi na zawarte umowy konsorcjum oraz współpracę z lokalnymi podwykonawcami, Przystępujący mógł i skierował do realizacji tychże umów inne osoby niż wskazane na etapie wykazywania warunków udziału w postępowaniu. Z wskazanego już wcześniej wykazu podwykonawców wynika, na teren których nadleśnictw zostali oni skierowani do realizacji prac. Ta czynność pozwoliła Przystępującemu zachować własne zasoby osobowe na potrzeby niniejszego postępowania.

I tak wskazani w wykazie /…/.

Na etapie składania oferty w niniejszym postępowaniu, jak słusznie zauważył sam Odwołujący, Przystępującywiedział już jakie osoby finalnie skierował do prac w tych nadleśnictwach, w których miał już zawarte umowy. Zatem nic nie stało na przeszkodzie, aby w tym postępowaniu wskazać w wykazie pracowników, którzy ostatecznie nie zostali skierowani do realizacji umowy w innych jednostkach. To właśnie posiadanie znacznego potencjału osobowego, współpraca z lokalnymi podwykonawcami i skuteczne zarządzanie tym procesem pozwala Przystępującemu na realizację kilku umów w tym samym okresie czasu. Nie można czynić Przystępującemu zarzutu z tego, ze prowadzi rozbudowaną i dobrze zorganizowaną działalność gospodarczą, która przez lata doprowadziła do zbudowania znaczącego potencjału.

Nie jest zatem zgodne z rzeczywistością twierdzenie Odwołującego o fikcyjności i pozorności dysponowania zasobem ludzkim przez Przystępującego. Wręcz przeciwnie, wszystkie przedstawione powyżej argumenty wskazują, ze Przystępujący posiada olbrzymi potencjał, który w połączeniu z dobrym zarządzaniem zasobami, pozwala mu na należytą realizację szeregu umów w tym samym czasie. Nie można pominąć faktu, iż osoby wskazane w niniejszym postępowaniu w ramach podmiotowych środków dowodowych będą realizować czynności na terenie tego nadleśnictwa, właśnie z uwagi na to, iż ich zasoby nie zostały finalnie wykorzystane w innych postepowaniach. Przystępujący nie złożył zatem w toku tego postępowania żadnych wprowadzających w błąd oświadczeń , co zdaje się sugerować Odwołujący.

Odwołujący wskazuje, że „wypełniając formularz kryteriów pozacenowych wykonawca składa oświadczenie, że poszczególne osoby posiadają doświadczenie zgodne z opisem w danym kryterium". Twierdzenie to jest niezrozumiałe i nie ma żadnego odniesienia do niniejszego postępowania, w którym: po pierwsze nie ma pozacenowych kryteriów oceny ofert, a po drugie – kwestia dysponowania osobami w określonej ilości i o określonych kompetencjach nie jest kwestią kryteriów oceny ofert, lecz kwestią warunków udziału w postępowaniu. Po trzecie wreszcie: osoby wskazane przez Przystępującego posiadają kwalifikacje wymagane w SWZ.Odwołujący zdaje się nie rozróżniać tych kwestii, co prowadzi go do niewłaściwych wniosków.

Odwołujący wskazał, że Zamawiającynaruszył art. 223 ust. 1 PZP przez zaniechanie wezwania SKIBDREW sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w zakresie zgodności treści złożonej oferty z SWZ oraz składanymi dokumentami w zakresie podmiotowych środków dowodowych.

Zarzut ten jest niezasadny. Przede wszystkim nie zachodzi w niniejszej sprawie niezgodność oferty z SWZ.Ponadto przywołany przepis nie ma zastosowania w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu.

Niemniej jednak z ostrożności wskazuje, iż Zamawiający mógłby skorzystać z wezwania do uzupełnienia lub wyjaśnień w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu (w oparciu o inną podstawę prawną) wyłącznie wtedy, jeśli w konkretnym przypadku miałby uzasadnione podejrzenie, że wykonawca, który realizuje inne przedsięwzięcia, nie będzie mógł należycie wykonać tego zamówienia. Przytoczone przez Odwołującego orzeczenie KIO z3 .02.2020 potwierdza, wbrew intencji Odwołującego, ze celem normy określonej w art. 22d ust. 2 poprzednio obowiązującej ustawy, jest zapewnienie realnej dostępności potencjału wykonawcy przy realizacji zamówienia. Aby wskazany cel został osiągnięty, stosowanie tej normy nie może prowadzić do wykluczania wykonawcy w każdym przypadku ustalenia, ze posłużył się on takim samym potencjałem w innym postępowaniu, bez względu na rzeczywisty wpływ takiej sytuacji na dostępność tego potencjału przy realizacji umowy." W orzecznictwie nie budzi wątpliwości, iż istotą oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu jest potwierdzenie, że zamówienie będzie realizowane przez personel o kwalifikacjach wymaganych w SWZ, a nie przez konkretne wskazane w ofercie osoby.

Zamawiający nie miał zatem uzasadnionych podstaw do wzywania Przystępującego o złożenie w tym zakresie wyjaśnień. Posiadana wiedza pozwoliła Zamawiającemu prawidłowo ocenić potencjał Przystępującego bez wzywania o wyjaśnienia w tym zakresie.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający naruszył art. 17 ust. 2 PZP przez udzielanie zamówienia wykonawcy, który nie został wybrany zgodnie z przepisami ustawy. Nie wskazał przy tym, który przepis ustawy został naruszony. Zamawiający dokonał wyboru wykonawcy, którego oferta okazał się najkorzystniejsza, który spełnił warunki udziału w postępowaniu dając rękojmię należytego wykonania zamówienia.

Reasumując, podniesione przez Odwołującego zarzuty nie zasługują na uwzględnienie, gdyż – jak wynika z przytoczonych w niniejszym piśmie faktów i dokumentów, potencjał Przystępującego przekracza wymagania Zamawiającego w postępowaniu.

Posługując się uproszczeniami, Odwołujący próbuje wykreować stan faktyczny, który nie odpowiada rzeczywistemu stanowi rzeczy, przemilcza fakt, iż umowy zawarte w 2 innych nadleśnictwach nie są umowami samego Przystępującego, lecz konsorcjum, w którego jest składzie, pomija kwestie zasobów podwykonawców i zakłada nieuczciwe zachowanie Przystępującego, pomimo braku w tym zakresie jakichkolwiek dowodów. Z całokształtu okoliczności sprawy wynika niezbicie, iż Przystępujący daje rękojmię należytego wykonania przedmiotowej umowy. Z tego też względu odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W załączeniu: Zestawienie pracowników SKIB-DREWsp. z o.o., Zestawienie pracowników F.H.U. „SKIB-DREW" M.S. Wykaz podwykonawców, Zgłoszenia podwykonawców, Referencje.

Przystępujący: Konsorcjum firm pod nazwą „Solarnia" jako wybrany wykonawca wniósł oddalenie odwołania w zakresie, w jakim go dotyczy tj. pakietu nr 5.

Wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów/…/.

Odnosząc się do podniesionych zarzutów, wyjaśnił m.in.

Spełnienie warunków stawianych w postępowaniu

Stwierdził, że zgodnie z ofertą przedłożoną spełnił w całości warunki udziału w postępowaniu i w tym zakresie jego oferta nie podlegała odrzuceniu. Wykazał dysponowanie odpowiednim zasobem zarówno osobowym, jak także maszynowym.

Zamawiający w sposób prawidłowy przeprowadził czynności w postępowaniu

Argumentacja Odwołującego o nakazie badania realności dostępności zasobu technicznego niezbędnego do wykonania zamówienia nie znajduje uzasadnienia w treści zapisów SWZ, ani przepisów prawa. Przystępujący zwraca uwagę, że sam fakt zaangażowania zasobów technicznych lub zawodowych wykonawcy w inne przedsięwzięcie gospodarcze wykonawcy nie może stanowić podstawy do uznania, że wykonawca nie spełnia warunku udziału w postępowaniu. Skoro więc Zamawiający po otrzymaniu zawiadomienia od Odwołującego nie wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień oraz dokumentów, to bez wątpienia doszedł do przekonania, że Wykonawca jest w stanie w sposób prawidłowy wykonać umowę.

Odwołujący winien wykazać wpływ wykorzystania zasobów na możliwość realizacji umowy

Biorąc pod uwagę zarzut odwołania, Odwołujący winien udowodnić, że Przystępujący nie może wykonać w sposób prawidłowy umowy z uwagi na zaangażowanie zasobów w ramach innych przedsięwzięć gospodarczych (art. 6 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 p.z.p). Odwołujący takich okoliczności nie tylko nie udowodnił, ale nawet nie uprawdopodobnił.

Odwołujący nie dokonał realnego ustalenia czy Przystępujący rzeczywiście w toku realizacji umów na rzecz innych Nadleśnictw wykorzystuje zgłoszone zasoby ani także czy dokonał zgłoszenia podwykonawców. Odwołujący miał świadomość, że Przystępujący w chwili składania odwołania wykonywał już co najmniej trzy umowy na rzecz Nadleśnictwa Lubliniec, Namysłów oraz Turawa. Także skoro Odwołujący wskazał, że planowany termin zawarcia umowy z Nadleśnictwem Opole miał przypadać na dzień 4 lutego 2025 r., to w dniu wnoszenia odwołania, tj. 7 marca 2025 r. miał świadomość, że także na rzecz tego podmiotu Przystępujący już świadczy usługi.

We wszystkich postępowaniach, w których uczestniczył Przystępujący zobowiązany on był do wykazania spełniania warunków udziału w postępowania. W żadnym z postępowań nie przewidziano natomiast obowiązku wykorzystania wskazanych w ofercie osób.

W ocenie Przystępującego Odwołujący nie sprostał obowiązkowi wynikającemu z art. 534 ust. 2 p.z.p. „odwołujący powinien wskazać fakty, które miałyby uzasadniać uznanie, że zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych przystępującego w inne przedsięwzięcia gospodarcze może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia, skutkiem czego oceniając zdolność techniczną lub zawodową przystępującego, zamawiający powinien był uznać, że przystępujący nie posiada ww. zdolności, ani nie wskazał dowodów w celu stwierdzenia takich faktów, pomimo ciążącego na odwołującym obowiązku zgodnie z art. 534 ust. 1 p.z.p. wskazania dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzi skutki prawne".

Należy podkreślić, że nadleśnictwa, w których Przystępujący wykonuje umowy są nadleśnictwami sąsiadującymi. Jak wynika z informacji umieszczonej na stronie internetowej Nadleśnictwa Opole: „Sąsiadującymi nadleśnictwami są:
od północy Nadleśnictwo Kup i Turawa, od północnego – wschodu Nadleśnictwo Olesno, od wschodu Nadleśnictwa Lubliniec i Zawadzkie, od południa Nadleśnictwo Strzelce Opolskie i Prószków, od południowego – zachodu Nadleśnictwo Tułowice, od północnego zachodu Nadleśnictwo Brzeg" [w: https://opole.katowice.lasy.gov.pl/polozenie dostęp 16.03.2024, godz. 18:12].

Przystępujący jako podmiot z wieloletnim doświadczeniem podkreśla, że składając oferty w postępowaniach w sposób kompleksowy oszacował możliwość wykonania przez siebie umów przy uwzględnieniu przedmiotów zawieranych umów, posiadanego zasobu, odległości pomiędzy miejscem wykonywania prac, a także – możliwościami zlecenia prac podwykonawcom. W ocenie Przystępującego bez najmniejszych wątpliwości możliwe jest wykorzystanie zarówno zasobu osobowego, jak także maszyn zgłoszonych w różnych nadleśnictwach jednocześnie.

Wyjaśnienia w tym miejscu wymaga, że Przystępujący dysponuje na co dzień dwudziestoma (20) pracownikami,/…/ (vide: oferty Przystępującego dołączone do odwołania, zgłoszenie pracowników z dnia 2 stycznia 2025 r. oraz zgłoszenie pracownika z dnia 25 lutego 2025 r.). Przystępujący składając oferty miał obowiązek wykazania, że spełnia nałożone na niego wymagania udziału w postępowania, co w każdym z nich bezsprzecznie uczynił. Obowiązek zabezpieczenia wykonania umowy poprzez skierowanie konkretnych pracowników do pracy pojawia się dopiero po zawarciu umowy. Zgodnie z danymi udostępnionymi w SWZ w każdym z Nadleśnictw, w którym Przystępujący zawarł umowę konieczne było zabezpieczenie zasobów. Odwołujący w swoim stanowisku nie wskazuje, że realizacja umów na rzecz innych Zamawiających już trwa, a Przystępujący w chwili składania odwołania zlecił wykonywanie prac podwykonawcom i zgłosił ten fakt do Zamawiających.

Ponadto, poza dokonanymi zgłoszeniami, Przystępujący sam – jako prowadzący działalność gospodarczą – nie musi wskazywać siebie w zestawieniu przekazywanym wraz z ofertą, a posiada zarówno uprawnienia pilarskie oraz

uprawnienia do obsługi maszyn wyposażonych w żurawie.

Przystępujący dysponuje odpowiednimi zasobami, które mogłyby zostać przez niego wykorzystane w toku realizacji umowy na terenie Nadleśnictwa Kup.

Na dzień wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu (pakiet 5) w ramach wykonywania innych umów na rzecz pozostałych Zamawiających dysponował łącznie 81 osobami zdolnymi do wykonywania zawartych już umów oraz maszynami zarówno własnymi, jak także należącymi do podwykonawców. Nie ulega wątpliwościom, że Przystępujący zabezpieczył wykonywanie umowy na rzecz Nadleśnictwa Kup już w chwili złożenia odwołania przez Odwołującego.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i uczestników przedstawione na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane, a podjęte przez Zamawiającego czynności.

Ponadto izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna przesłanka skutkująca odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Rozstrzygając w sprawie skład orzekający podzielił stanowiska zamawiającego i przystępujących po jego stronie.

Istotnie zarzuty w zakresie dotyczącym wyboru ofert w pakiecie nr 5 oraz pakiecie nr 6 ogniskują się wokół zarzutów dotyczących wykazania tego samego sprzętu oraz potencjału osobowego wybranych wykonawców również w innych toczących się równolegle postępowaniach w innych nadleśnictwach oraz pominięcia wezwania wykonawców do złożenia wyjaśnień w tym zakresie.

Zamawiający zasadnie wskazał, że w procesie oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu opierał się na dokumentach złożonych przez wykonawców w postępowaniu, w tym m.in. na wykazach personelu oraz wykazach sprzętu dla pakietu 5 i 6, które nie budzą wątpliwości co do ich prawdziwości i rzetelności. Na podstawie informacji zawartych w tych właśnie dokumentach zamawiający dokonał pozytywnej weryfikacji wykonawców w odniesieniu do wymagań SWZ, co doprowadziło do wyboru ich ofert jako najkorzystniejszych.

Zgodnie z przepisem art. 116 ust. 2 ustawy Pzp oceniając zdolność techniczną lub zawodową, zamawiający może, na każdym etapie postępowania, uznać, że wykonawca nie posiada wymaganych zdolności, jeżeli posiadanie przez wykonawcę sprzecznych interesów, w szczególności zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze wykonawcy może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia. Sam fakt realizacji innych przedsięwzięć nie stanowi z automatu konieczności kwestionowania wykazanych przez wykonawcę zdolności w ramach danego postępowania. Istotne jest ustalenie, czy potencjał wykonawcy będzie rzeczywiście dostępny w wymaganym zakresie w momencie realizacji zamówienia. Tym samym stosownie do treści art. 116 ust. 2 ustawy Pzp ustawodawca przyznał zamawiającemu możliwość weryfikacji wykazanego potencjału technicznego oraz osobowego na każdym etapie trwającego postępowania.

Nie stwierdzono, by na obecnym etapie postępowania zaistniały przesłanki przemawiające za odrzuceniem ofert złożonych w pakiecie 5 oraz 6.

Powołane wyżej stanowiska obydwu przystępujących wskazują wiarygodnie, że w sprawie nie zaistniała sytuacja zadeklarowania w postępowaniu potencjału osobowego i technicznego w postępowaniach prowadzonych lub zakończonych w sąsiadujących nadleśnictwach. Wobec brak dowodów przeciwnych wskazanie osób i sprzętu własnego zarówno dla pakietu 5, jak i 6 jako potencjału własnego, których nie jest zdublowany w innych postępowaniach, zasługuje na uwzględnienie niezależnie od znanych na owym właściwym rynku okoliczności wskazujących na posługiwanie się potencjałem podwykonawców, jak częste uczestniczenie we wspólnych realizacjach umów na analogiczny przedmiot zamówienia.

Wobec powyższego, zbędne jest, w ocenie izby przypominanie dorobku orzecznictwa i piśmiennictwa przedstawionego w dokumentacji postępowania, w szczególności pismach stron i uczestników, potwierdzających zasadność zapadłe

W tak ustalonym stanie rzeczy, wobec stwierdzenia, że zamawiający prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia, nie naruszył przepisów ustawy pzp wskazanych przez odwołującego orzeczono, jak w sentencji, odwołanie oddalając.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 574 oraz art. 575 i 576

ustawy Pzp, a także w oparciu o rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437 ze zmianami).

Przewodniczący ....……..