

WYROK
z dnia 22 września 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 września 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 września 2023 r. przez wykonawcę **K. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych K. D., Bukowiec 125 B/1, 66-300 Międzyrzecz** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Wolsztyn, ul. Bohaterów Bielnika 29, 64-200 Wolsztyn**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę **K. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych K. D., Bukowiec 125 B/1, 66-300 Międzyrzecz** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **K. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych K. D., Bukowiec 125 B/1, 66-300 Międzyrzecz** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **K. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych K. D., Bukowiec 125 B/1, 66-300 Międzyrzecz** na rzecz zamawiającego **Skarbu Państwa Państwowego Gospodarstwa Leśnego Lasy Państwowe Nadleśnictwo Wolsztyn, ul. Bohaterów Bielnika 29, 64-200 Wolsztyn** kwotę **5 493 zł 25 gr** (słownie: pięć tysięcy czterysta dziewięćdziesiąt trzy złote dwadzieścia pięć groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na posiedzenie i rozprawę przed Izbą.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 2653/23

Uzasadnienie

Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Wolsztyn, zwane dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Częściowa likwidacja i naprawa ogrodzenia zabezpieczającego obszar zagrożony afrykańskim pomorem świń na terenie Nadleśnictwa Wolsztyn”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 13 lipca 2023 r., 2023/BZP, poz. 00304882/01.

W dniu 9 września 2023 r. (pismem z dnia 8 września 2023 r.) wykonawca K. D. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Leśnych K. D. z siedzibą w miejscowości Bukowiec, zwany dalej „Odwołującym”, wniósł odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt. 2 c ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, iż oferta Odwołującego podlega odrzuceniu, ze względu na fakt, iż rzekomo została złożona przez wykonawcę nie spełniającego określonych w postępowaniu warunków udziału, mimo faktu iż Odwołujący wykazał zasoby techniczne i zawodowe posiadanego doświadczenia,
2. ewentualnie gdyby Izba nie zgodziła się z zarzutem nr 1 Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 128 ust. 4 oraz 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania do wyjaśnienia treści środków dowodowych dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu oraz zaniechania w sytuacji,

w której złożone przez wykonawcę oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowe środki dowodowe budziły wątpliwości Zamawiającego, zwrócenia się bezpośrednio do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w tym zakresie dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji lub braku podstaw wykluczenia, o przedstawienie takich informacji lub dokumentów.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. dokonania ponownego badania i oceny ofert w tym unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzenia oceny ofert wskutek, którego oferta zostanie uznana za ważną,
3. dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, zgodnie z zasadami określonymi w specyfikacji warunków zamówienia, zwanej dalej „SWZ”,
4. ewentualnie w sytuacji nie uznania zarzutu nr 1 nakazanie Zamawiającemu wezwania do wyjaśnienia na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp podmiotowych środków dowodowych, które są niejednoznaczne lub zwrócenia się bezpośrednio do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w tym zakresie dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu na podstawie art. 128 ust. 5 ustawy Pzp,
5. zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł, że nie zgadza się z decyzją Zamawiającego w zakresie oceny jego oferty. Zamawiający, podejmując decyzję o uznaniu, iż Odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu skutkującej odrzuceniem oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 2 litera c) ustawy Pzp, naruszył fundamentalne zasady określone w art. 16 ustawy Pzp, nie zapewniając jednocześnie obiektywizmu przy badaniu i ocenie ofert w zakresie postępowania.

Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty wskazując, iż „W toku postępowania ofertę złożył wykonawca K. D. prowadzący działalność gospodarczą pn. Zakład Usług Leśnych K. D. Zamawiający wezwał K. D. do przedłożenia podmiotowych środków dowodowych na podstawie przepisu art. 274 ustawy Pzp. Następnie w toku badania podmiotowych środków dowodowych, Zamawiający wezwał Wykonawcę na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia wykazu usług oraz przedłożenia dowodów potwierdzających prawidłową realizację usług, bowiem wykonawca w sposób nieprawidłowy wskazał odbiorcę usług w złożonym Wykazie Usług, a tym samym przedłożył również referencję od podmiotu, na rzecz którego nie wykonywał usług. Na skutek ww. wezwania Wykonawca dokonał uzupełnienia wykazu usług w sposób, który w dalszym ciągu nie pozwalał na uznanie, że Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, bowiem zakres wskazanych w wykazie usług, nie pozwalał na uznanie, że stanowią one usługi wymagane na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w zakresie doświadczenia. Wykonawca wskazał bowiem jako przedmiot (rodzaj) wykonanych usług: „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Trzciel w Leśnictwie Borowy Młyn w roku 2023 – postępowanie II” o wartości brutto 683.852,53 zł, zaś Zamawiający sformułował warunek udziału jako: (...) usługi z zakresu gospodarki leśnej o łącznej wartości nie mniejszej niż 50 000,00 zł brutto polegające na wykonywaniu prac obejmujących wznoszenie, naprawę lub likwidację grodzień upraw leśnych (...)”. Biorąc pod uwagę, iż Zakład Usług Leśnych K. D. Bukowiec 125 B/1 66-300 Międzyrzecz został już raz wezwany do uzupełnienia wykazu usług na podstawie na podstawie przepisu art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający nie miał możliwości ponownego wezwania wykonawcy do uzupełnienia wykazu usług, a co za tym idzie na podstawie przedłożonych przez Wykonawcę dokumentów (w tym również na podstawie dokumentów złożonych na wezwanie z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp) nie można było stwierdzić, że spełniał on warunek udziału w postępowaniu w zakresie oświadczenia jaki Zamawiający wymagał w dokumentach przedmiotowego postępowania. Kwota podana w wykazie usług ewidentnie uwzględnia wartość innych usług z zakresu gospodarki leśnej aniżeli prace obejmujące wznoszenie, naprawę lub likwidację grodzień upraw leśnych. Ponadto przedłożone referencje również tego nie potwierdzają, bowiem nie wskazano w nich prac obejmujących wznoszenie, naprawę lub likwidację grodzień upraw leśnych, a zestawiając referencje z treścią wykazu usług można stwierdzić, że wartość prac wskazana przez wykonawcę w wykazie usług obejmuje różnego rodzaju usługi, Zamawiający nie mógł zidentyfikować jaka była wartość usług, których dotyczy warunek udziału w postępowaniu i czy wskazana umowa w ogóle takie usługi obejmuje.”.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. c) ustawy Pzp Odwołujący podniósł, iż wraz z ofertą zostało złożone oświadczenie z art. 125 ust. 1 ustawy Pzp potwierdzające fakt spełniania warunku udziału w postępowaniu w szczególności fakt posiadania dysponowania wymaganym doświadczeniem.

W treści specyfikacji w Rozdziale 7 pn. „Warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia”, w ppkt. 7.4 litera a wskazano, iż „warunek, w zakresie wymaganego doświadczenia zostanie uznany za spełniony, jeśli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat liczonych wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie) zrealizował lub realizuje (przy czym w tym przypadku będzie uwzględniana wartość zrealizowanej części przedmiotu umowy), na podstawie jednej lub większej ilości umów, usług z

zakresu gospodarki leśnej o łącznej wartości nie mniejszej niż 50 000,00 zł brutto polegające na wykonywaniu prac obejmujących wznoszenie, naprawę lub likwidację grodzień upraw leśnych”.

Odwolujący na wezwanie Zamawiającego przedłożył Wykaz usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat (wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert), a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości brutto, przedmiotu (rodzaju wykonanych usług), dat wykonania (dat dziennych rozpoczęcia i zakończenia realizacji usług) i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie (na wzorze wykazu wykonanych usług stanowiącym Załącznik nr 6 do SWZ), jednocześnie przedstawiając wymagane referencje.

Odwolujący wskazał w Wykazie usługę dotyczącą Budowy i konserwacji grodzień, która odbierana oraz rozliczana była przez firmę M.H. FOREST M. H. M.H. FOREST M. H. był liderem konsorcjum realizującym zamówienie Nadleśnictwie Trzciel w 2022 roku. Natomiast całość rozliczania wykonanych prac, fakturowanie odbywało się na lidera konsorcjum czyli M.H.FOREST M. H.. Fakt ten stanowił podstawę wprowadzenia informacji w wykazie właśnie w taki sposób.

Mimo faktu, iż wskazana w wykazie usługa pozwoliłaby uznać warunek za spełniony Zamawiający w dniu 3 sierpnia 2023 roku wezwał na podstawie art.128 ust. 5 ustawy Pzp równocześnie i firmę M.H. FOREST M. H. oraz Nadleśnictwa Trzciel.

Wskutek uzyskanych odpowiedzi, Zamawiający w dniu 10 sierpnia 2023 roku wezwał Odwołującego na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia wykazu usług poprzez wskazanie usług wykonanych oraz przedłożenia dowodów określających, czy wskazane przez Wykonawcę w wykazie usługi na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dot. zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Jednocześnie w piśmie Nadleśnictwo szczegółowo omówiło przedstawioną usługę wskazując, iż cyt. „(...) Treść odpowiedzi M.H. FOREST M. H. oraz Nadleśnictwa Trzciel w sposób jednoznaczny wskazują, że przedłożony przez wykonawcę wykaz usług oraz referencję, nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunku udziału określonego w pkt. 7.1.4) SWZ. (...)”.

Istotnym jest fakt, iż wskazana usługa została wykonana, fakt ten potwierdził zarówno lider konsorcjum, potwierdziło je również Nadleśnictwo Trzciel wskazując, iż usługi z zakresu gospodarki leśnej polegające na wykonywaniu prac obejmujących wznoszenie, naprawę lub likwidację grodzień upraw leśnych konsorcja, w których uczestniczyła firma odwołującego wykonały.

Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie w swych orzeczeniach potwierdza, iż w ramach takiego uzupełnienia wykonawcy mogą np. uzupełnić informacje w złożonym dotychczas wykazie lub złożyć wykaz z nowymi usługami. Dopiero w przypadku niezłożenia, niepoprawienia lub nieuzupełnienia przez wykonawcę oświadczeń lub dokumentów w sposób potwierdzający, że spełnia on warunek udziału w postępowaniu, zamawiający jest uprawniony i zobowiązany do odrzucenia jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp. (por. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2022-07-06, KIO 1668/22, czy Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2022-08-25, KIO 2098/22).

Treść wezwania Zamawiającego nie pozostawia żadnych wątpliwości, Nadleśnictwo Wolsztyn wprowadziło w błąd Odwołującego, bowiem wskazana usługa była właściwa, zaś Wykonawca powinien był tylko poprawić kolumnę wskazującą podmiot. Nadleśnictwo Wolsztyn zaś stwierdziło, iż cyt. (...) Treść odpowiedzi M.H. FOREST M. H. oraz Nadleśnictwa Trzciel w sposób jednoznaczny wskazują, że przedłożony przez wykonawcę wykaz usług oraz referencje, nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunku udziału określonego w pkt. 7.1.4) SWZ. (...)

Wskutek powyższego Odwołujący przedstawił nowy Wykaz wykonanych usług, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat (wstecz od dnia w którym upływa termin składania ofert), a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości brutto, przedmiotu (rodzaju wykonanych usług), dat wykonania (dat dziennych rozpoczęcia i zakończenia realizacji usług) i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie (na wzorze wykazu wykonanych usług stanowiącym Załącznik nr 6 do SWZ). Jednocześnie przedstawiając wymagane referencje.

W wykazie wskazano usługę zrealizowaną na rzecz Nadleśnictwa Trzciel pn. „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Trzciel w Leśnictwie Borowy Młyn w roku 2023 – postępowanie II” o wartości brutto 683.852,53 zł. Jednocześnie przedstawiając szczegółową referencję wystawioną przez Nadleśnictwo Trzciel, w treści której znajdujemy informację o zakresie usługi z wyszczególnieniem poszczególnych rodzajów prac wykonywanych na rzecz Nadleśnictw Trzciel, w tym czynność oznaczoną kodem OCHRL o wartości 77.696,10 złote. Istotnym jest, iż oznaczenie czynności jest ustandaryzowane, i każde Nadleśnictwo stosuje te same kody czynności, tym samym nie ma wątpliwości co kryje się pod kodem OCHRL obejmującego przede wszystkim groduzenia.

Zgodnie z art. 16 ustawy Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, w sposób przejrzysty

oraz proporcjonalny. Szczególnie istotny jest tu etap zarówno opisu kryteriów kwalifikacji podmiotowej (warunki udziału), jak i też jednoznacznego wskazania w treści wezwania czego Zamawiający oczekuje od wykonawcy. Są to w praktyce najistotniejsze elementy postępowania, od których zależy możliwość ubiegania się o zamówienie oraz możliwość złożenia oferty. Ukształtowana w postępowaniu treść SWZ jest wiążąca nie tylko dla wykonawców, ale także dla Zamawiającego. Zamawiającemu na etapie badania i oceny ofert nie wolno swobodnie interpretować postanowień specyfikacji i odstępować od ustanowionych wymogów (w tym ich zawężać czy rozszerzać), prowadziłoby to bowiem do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców. Na etapie badania i oceny ofert niedopuszczalne jest dokonywanie jakichkolwiek zmian w zakresie interpretacji wymogów SWZ, czy też dokonywania badania i oceny ofert poprzez stawianie nowych wymagań z pominięciem wymagań narzuconych treścią SWZ.

Zgodnie z ustawową definicją przez podmiotowe środki dowodowe należy rozumieć środki służące potwierdzeniu braku podstaw wykluczenia, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, z wyjątkiem oświadczenia własnego wykonawcy o niepodleganiu wykluczeniu, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp (art. 7 pkt 17 Pzp). Katalog środków dowodowych potwierdzających brak podstaw wykluczenia określony w rozporządzeniu w sprawie podmiotowych środków dowodowych wydany na podstawie art. 128 ust. 6 Pzp jest katalogiem zamkniętym.

Zamawiający wymienił w pkt. 8.1 oraz 8.2 SWZ wymogi odnoszące się do oświadczeń oraz podmiotowych środków dowodowych, jakich wymaga od wykonawców w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału oraz braku podstaw wykluczenia z postępowania. W zakresie podmiotowych środków dowodowych wykaz usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat (wstecz od dnia w którym upływa termin składania ofert), a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości brutto, przedmiotu (rodzaju wykonanych usług), dat wykonania (dat dziennych rozpoczęcia i zakończenia realizacji usług) i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie (wzór wykazu wykonanych usług stanowi Załącznik nr 6 do SWZ).

Jeżeli Wykonawca powołuje się na doświadczenie w realizacji usług, wykonywanych wspólnie z innymi Wykonawcami wykaz, o których mowa wyżej dotyczy usług, w których wykonaniu Wykonawca ten bezpośrednio uczestniczył, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych, w których wykonywaniu bezpośrednio uczestniczył lub uczestniczy. b) dowodów określających, czy wskazane przez Wykonawcę w wykazie usługi na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dot. zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia zostały wykonane lub są wykonywane należycie, Dowodami, o których mowa powyżej są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli Wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie Wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy (wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert).

Tym samym nie wymagano przedstawienia żadnych innych dokumentów czy dowodów potwierdzających fakt dysponowania zasobami technicznymi i zawodowymi. Pozostawałoby to w sprzeczności z zasadą proporcjonalności. Zastanawiającym jest, dlaczego w przypadku pierwszego Wykazu – który bardzo jednoznacznie potwierdzał warunek udziału – Zamawiający wezwał dwa podmioty (zarówno firmę M.H. FOREST M. H. oraz Nadleśnictwa Trzciel) do przedstawienia dodatkowych informacji mających rozwiać wątpliwości Zamawiającego. I mimo uzyskania wyczerpujących informacji potwierdzających fakt, iż Odwołujący wykonał prace z zakresu budowy, konserwacji i rozbiórki grodzień leśnych, Zamawiający poinformował, iż wykazana usługa nie spełnia warunku udziału. Natomiast w przypadku drugiego wykazu – który również pozwalał na uznanie spełnienia warunku udziału, Zamawiający nie zastosował żadnych mechanizmów przewidzianych przepisami ustawy Pzp aby z należytą starannością dokonać oceny oferty i rozwiać ewentualne wątpliwości. Niewątpliwie odrzucenie oferty Odwołującego oparte na bezzasadnej ocenie Zamawiającego, iż zasób wiedzy i doświadczenia nie jest są dostępne Odwołującemu jest zdecydowanie niesłuszne i nadmierne.

Odwołujący posiada odpowiednią wiedzę i doświadczenie w zakresie budowy, konserwacji i rozbiórki grodzień leśnych pozwalające na sprawną realizację umów z zakresu gospodarki leśnej. Wymagany zasób wiedzy i doświadczenia został dwukrotnie wskazany, faktem jest, iż w pierwszym wykazie Odwołujący powinien był wskazać również Nadleśnictwo na rzecz, którego umowa była wykonywana. Jednakże wskazanie lidera powodowane było faktem, iż wszelkie zlecenia, rozliczenia oraz fakturowanie było dokonywane dwustopniowo. Nadleśnictwo wystawiało zlecenia, odbierało wykonane prace oraz przyjmował faktury tylko i wyłącznie od lidera. Natomiast lider wystawiał zlecenia, odbierał wykonane prace oraz przyjmował faktury od Odwołującego. Zamawiający, stwierdzając tego rodzaju brak, miał obowiązek zwrócenia się do wykonawcy najpierw o wyjaśnienie powstałych wątpliwości, a następnie o uzupełnienie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, a więc wykazu zawierającego wszystkie wymagane przez SWZ informacje (dwie usługi spełniające postawiony warunek), jak również dokumentu

potwierdzającego należyte wykonanie wyspecyfikowanej usługi.

Z ostrożności procesowej Odwołujący podniósł, iż art. 128 ust. 1 oraz ust. 4 ustawy Pzp przewiduje obowiązek dodatkowego wezwania wykonawcy do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia niezłożonych, niekompletnych lub zawierających błędy dokumentów lub oświadczeń. Celem przepisu jest ograniczenie sytuacji, w których prawidłowa merytorycznie oferta musi być odrzucona z powodu braków lub błędów w złożonych dokumentach. Art. 128 ust. 1 Pzp przenosi art. 56 ust. 3 dyrektywy klasycznej. Zgodnie z art. 56 ust. 3 dyrektywy klasycznej, jeżeli informacje lub dokumentacja, które mają zostać złożone przez wykonawców, są lub wydają się niekompletne lub błędne, lub gdy brakuje konkretnych dokumentów, instytucje zamawiające mogą – chyba że przepisy krajowe wdrażające dyrektywę klasyczną stanowią inaczej – zażądać, aby dani wykonawcy złożyli, uzupełnili, doprecyzowali lub skompletowali stosowne informacje lub dokumentację w odpowiednim terminie, pod warunkiem że takie żądania zostaną złożone przy pełnym poszanowaniu zasad równego traktowania i przejrzystości. UZP podkreśla w Komentarzu do PZP, iż dotyczy on zarówno sytuacji w której dokument nie został złożony, jak i sytuacji w której jest on błędny czy niekompletny. Tym samym w pełni prawidłowym byłoby działanie Zamawiającego, który wezwałby Odwołującego do złożenia wyjaśnień. W pełni prawidłowym było również udzielenie odpowiedzi na wezwanie wraz ze złożeniem wyjaśnień.

Złożenie podmiotowych środków dowodowych aktualnych na dzień ich złożenia, potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu na ten dzień, tworzy domniemanie, że warunek ten wykonawca spełnia przez cały czas trwania postępowania, od dnia składania ofert. Nie dotyczy to jednak sytuacji, gdy ze złożonych przez wykonawcę podmiotowych środków dowodowych wprost wynika okoliczność braku spełniania przez wykonawcę warunku udziału przez cały wymagany okres lub na podstawie tych środków dowodowych zamawiający poweźmie co do tego uzasadnione wątpliwości. W takim przypadku Zamawiający jest uprawniony, a wręcz zobowiązany, do wystosowania do wykonawcy wezwania do wyjaśnień w zakresie środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu. W orzecznictwie Izby przeważa pogląd, iż niedopuszczalne jest wielokrotne wzywanie do uzupełnienia tych samych dokumentów. Przyjęcie odmiennego stanowiska mogłoby bowiem prowadzić do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, pozwalając na dowolność zamawiających w decydowaniu o tym, ile razy dać poszczególnym wykonawcom szansę na poprawienie braków. Jednakże możliwym jest wyjaśnienie treści składanych podmiotowych środków dowodowych. (por. wyroki KIO z dnia 2021-06-01, KIO 1206/21)

W przedmiotowej sytuacji Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnień wykazu usług jednocześnie, wprowadzając go w błąd w zakresie oceny złożonego dokumentu, który wymagał tylko poprawienia poprzez wskazanie Nazwy podmiotu. Wskutek powyższych, nieprawidłowych działań Zamawiającego, mimo faktu wskazania dwukrotnie prawidłowych, potwierdzających warunek udziału usług z zakresu budowy, konserwacji i rozbiórki grodzień leśnych oferta odwołującego została uznana za nieważną.

Zamawiający kopię odwołania wraz z informacją o wniesieniu odwołania przekazał wykonawcy (poza Odwołującym w postępowaniu uczestniczył jeden wykonawca) w dniu 11 września 2023 r. drogą mailową.

Do udziału w postępowaniu odwoławczym nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

W dniu 19 września 2023 r. (pismem z tej samej daty) Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości, przeprowadzenie dowodów z dokumentów wskazanych w treści odpowiedzi na odwołanie na okoliczności tam wskazane oraz zasądzenie na rzecz Zamawiającego od Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego - według spisu kosztów, który zostanie przedłożony na posiedzeniu lub rozprawie.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu oraz treść SWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Izba również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła także stanowiska oraz oświadczenia Stron wyrażone w pismach oraz złożone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy.

Izba dopuściła zawnioskowane i złożone przez Odwołującego w załączeniu do odwołania dowody, tj.:

- 1) Pismo z dnia 5 września 2023 roku dla postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Częściowa likwidacja i naprawa ogrodzenia zabezpieczającego obszar zagrożony afrykańskim pomorem świń na terenie Nadleśnictwa Wolsztyn”.
- 2) Oświadczenie dla firmy Zakład Usług Leśnych K. D.a.
- 3) SWZ ().
- 4) Wykaz usług wraz z referencjami złożony przez Zakład Usług Leśnych K. D.a.
- 5) Wezwanie z dnia 10 sierpnia 2023 roku do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych.
- 6) Odpowiedź M.H. FOREST M. H..
- 7) Uzupełniony Wykaz usług wraz z referencjami złożony przez Zakład Usług Leśnych K. D.a.

Izba dopuściła zawnioskowane i złożone przez Zamawiającego w załączeniu do odpowiedzi na odwołanie dowody, tj.:

- 1) Wykaz usług z dnia 28 lipca 2023 r.
- 2) Referencje z dnia 31 lipca 2023 r.
- 3) Pismo Nadleśnictwa Trzciel z dnia 08 sierpnia 2023 r. (w aktach postępowania i w załączeniu do odpowiedzi na odwołanie).
- 4) Pismo Zakładu Usług Leśnych M. H. z dnia 03 sierpnia 2023 r. (w aktach Postępowania i w załączeniu do odpowiedzi na odwołanie).
- 5) Wezwanie Zamawiającego z dnia 10 sierpnia 2023 r. (w aktach postępowania i w załączeniu do odpowiedzi na odwołanie).
- 6) Wykaz usług z dnia 03 sierpnia 2023 r. (w aktach postępowania i w załączeniu do odpowiedzi na odwołanie).
- 7) Referencje z dnia 02 sierpnia 2032 r. wystawione przez Nadleśnictwo Trzciel (w aktach postępowania i w załączeniu do odpowiedzi na odwołanie).

Izba dopuściła zawnioskowane i złożone przez Odwołującego w załączeniu do pisma z dnia 19 września 2023 r. dowody, tj.:

- 1) Pismo Nadleśnictwa Trzciel z dnia 08 sierpnia 2023 r. (w załączeniu do odpowiedzi Zamawiającego).
- 2) Faktury o nr FA/10/2022, FA/4/2022, FA/3/2022, FA/5/2023.
- 3) Wezwanie z dnia 10 sierpnia 2023 roku do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych (w aktach sprawy).
- 4) Protokoły odbioru.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Nie potwierdziły się bowiem zarzuty podniesione w odwołaniu.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny (tożsamy dla obydwu zarzutów):

Zamawiający w Rozdziale 7 SWZ „WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU O UDZIELENIE ZAMÓWIENI 1 podał, że „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) 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 50 000,00 zł brutto polegające na wykonywaniu prac obejmujących wznoszenie, naprawę lub likwidację grodzień upraw leśnych”.

Zgodnie z Rozdziałem 8 SWZ „WYKAZ OŚWIADCZEŃ ORAZ PODMIOTOWYCH ŚRODKÓW DOWODOWY CELU WYKAZANIA BRAKU PODSTAW DO WYKLUCZENIA Z POSTĘPOWANIA ORAZ SPEŁNIANIA WARUNKU UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU” „w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt 7.1. Zamawiający przed udzieleniem zamówienia, działając na podstawie art. 274 ust. 1 PZP wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni od dnia wezwania, aktualnych na dzień złożenia następujących podmiotowych środków dowodowych:

a) wykazu usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat (wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert), a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości brutto, przedmiotu (rodzaju wykonanych usług), dat wykonania (dat dziennych rozpoczęcia i zakończenia realizacji usług) i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie (wzór wykazu wykonanych usług stanowi Załącznik nr 6 do SWZ). Jeżeli Wykonawca powołuje się na doświadczenie w realizacji usług, wykonywanych wspólnie z innymi Wykonawcami wykaz, o których mowa wyżej

dotyczy usług, w których wykonaniu Wykonawca ten bezpośrednio uczestniczył, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych, w których wykonywaniu bezpośrednio uczestniczył lub uczestniczy.

b) dowodów określających, czy wskazane przez Wykonawcę w wykazie usługi na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dot. zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia zostały wykonane lub są wykonywane należycie,

Dowodami, o których mowa powyżej są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli Wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie Wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy (wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert).”.

Odwolujący w odpowiedzi na wezwanie z dnia 24 lipca 2023 r. do złożenia aktualnych na dzień ich złożenia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających okoliczności, o których mowa w pkt. 8.2. i 8.3 SWZ na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu złożył Wykaz usług, w treści którego wskazał „Podmiot, na rzecz którego usługa została wykonana (nazwa, siedziba)”, tj. „M.H. FOREST M. H., Dąbrowa Nowa 9, 64-316 Kuślin”, „Termin wykonania usługi (dzień/miesiąc/rok)” podał „01.01.2022r 31.12.2022r.”, „Przedmiot (rodzaj) wykonanych usług” podał „Budowa i konserwacja grodzień”, „Wartość brutto wykonanych usług” podał „177 088,51zł” oraz „Nazwa Wykonawcy” podał „Zakład Usług Leśnych K. D., Bukowiec 125 B/1, 66-300 Międzyrzecz” oraz Referencje z dnia 31 lipca 2023 r. wystawione przez „M.H. FOREST M. H. Dąbrowa Nowa 9 64-316 Kuślin”, w treści których „Firma M.H FOREST M. H. (...) poświadczają, że firma Zakład Usług Leśnych K. D. Bukowiec 125B/1, 66-313 Bukowiec NIP: 5961739192 wykonał na rzecz naszej firmy usługi z zakresu budowy, konserwacji i rozbiórki grodzień leśnych na kwotę 143974,40 zł netto, 177088,57 brutto. Od dnia 01.01.2022 do 31.12.2022. Usługi zostały wykonane z należytą starannością.”.

Zamawiający, działając na podstawie art.128 ust. 5 ustawy Pzp, pismem z dnia 3 sierpnia 2023 r., zwrócił się do wykonawcy M.H. FOREST M. H., Dąbrowa Nowa 9, 64-316 Kuślin „z zapytaniem na podstawie jakiej umowy Zakład Usług Leśnych K. D., Bukowiec 125 B/1, 66-300 Międzyrzecz wykonywał na rzecz Pana firmy usługi z zakresu budowy, konserwacji i rozbiórki grodzień leśnych na kwotę 143.974,40 zł netto, 177.088,57 brutto w okresie od dnia 01.01.2022 r. do 31.12.2022 r.? Czy była to umowa o podwykonawstwo czy też pan K. D. był Pana konsorcjantem przy świadczeniu usług na rzecz podmiotu trzeciego?”.

W odpowiedzi na powyższe firma M.H. FOREST M. H., pismem z dnia 3 sierpnia 2023 r., podała, że „firma Zakład Usług Leśnych K. D. Bukowiec 125 B/1, 66-300 Międzyrzecz była członkiem konsorcjum realizującym zamówienie w Nadleśnictwie Trzciel w 2022 roku. Natomiast fakturowanie odbywało się na lidera konsorcjum czyli M.H.FOREST M. H. Firma Pana K. brała czynny udział w realizacji zamówienia, fakturowała swoje usługi na rzecz naszej firmy.”

Zamawiający, pismem z dnia 3 sierpnia 2023 r., zwrócił się do Nadleśnictwa Nadleśnictwo Trzciel „z zapytaniem czy Zakład Usług Leśnych K. D., Bukowiec 125 B/1, 66-300 Międzyrzecz był stroną umowy z Państwa Nadleśnictwem w ramach zadania związanego z budową i konserwacją grodzień w okresie od 01.01.2022 r. do 31.12.2022 r. na kwotę 177 088,51 zł brutto bądź wykonywał usługi w powyższym zakresie jako podwykonawca innego wykonawcy.”.

W odpowiedzi na powyższe Nadleśnictwo Trzciel, pismem z dnia 8 sierpnia 2023 r., podało, że „Zakład Usług Leśnych K. D., Bukowiec 125B/1, 66-300 Międzyrzecz w okresie od 01.01.2022 r. do 31.12.2022 r. nie prowadził budowy i konserwacji ogrodzeń na obszarach zagrożonych ASF, był natomiast stroną umowy jako członek konsorcjum ECO-LAS dla umów:

- o ZG.271.14.2021 z dnia 29.12.2021 r. na Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Trzciel w roku 2022, Pakiet I, Leśnictwa: Pszczew, Policko, Czarny Bocian, Chociszewo. W ramach umowy konsorcjum ECO-LAS wykonało w okresie od 01.01.2022 r. do 31.12.2022 r. budowę i remont grodzień upraw leśnych (czynności: O-GRODZN, O-GRODZS, O-GRODZR) na kwotę 121 939,74 zł brutto.
- o ZG.271.15.2021 z dnia 29.12.2021 r. na Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Trzciel w roku 2022, Pakiet II, Leśnictwa: Borowy Młyn, Bolków, Łęczno, Czarny Dwór. W ramach umowy konsorcjum ECO-LAS wykonało w okresie od 01.01.2022 r. do 31.12.2022 r. budowę i remont grodzień upraw leśnych (czynności: O-GRODZN, O-GRODZS, O-GRODZR) na kwotę 117 444,09 zł brutto.
- o ZG.271.16.2021 z dnia 29.12.2021 r. na Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Trzciel w roku 2022, Pakiet III, Leśnictwa: Wyszanowo, Nowy Świat, Jasieniec, Szkołka Leśna Jasieniec, Ośrodek Hodowli Zwierzyny Nadleśnictwa Trzciel. W ramach umowy konsorcjum ECO-LAS wykonało w okresie od 01.01.2022 r. do 31.12.2022 r. budowę i remont grodzień upraw leśnych (czynności: O-GRODZN, O-GRODZS, O-GRODZR) na kwotę 122 234,94 zł brutto.

Podstawą określenia wartości zrealizowanych czynności były protokoły odbioru robót oraz faktury wystawione i zaksięgowane na pana M. H. lidera konsorcjum ECO-LAS.

W okresie 01.01.2022 r. do 31.12.2022 r. Zakład Usług Leśnych K. D., Bukowiec 125B/1, 66-300 Międzyrzecz nie wykonywał usług jako podwykonawca dla Wykonawców świadczących usługi dla Nadleśnictwa Trzciel.”.

Zamawiający, działając na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, pismem z dnia 10 sierpnia 2023 r., wezwał Odwołującego do:

- a) „Uzupełnienia wykazu usług poprzez wskazanie usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat (wstecz od dnia w którym upływa termin składania ofert), a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości brutto, przedmiotu (rodzaju wykonanych usług), dat wykonania (dat dziennych rozpoczęcia i zakończenia realizacji usług) i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie (wzór wykazu wykonanych usług stanowi Załącznik nr 6 do SWZ) – na wykazanie spełnienia warunku udziału określonego w pkt.7.1.4) SWZ.

Jeżeli Wykonawca powołuje się na doświadczenie w realizacji usług, wykonywanych wspólnie z innymi Wykonawcami wykaz, o których mowa wyżej dotyczy usług, w których wykonaniu Wykonawca ten bezpośrednio uczestniczył, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych, w których wykonywaniu bezpośrednio uczestniczył lub uczestniczy.

- b) Przedłożenia dowodów określających, czy wskazane przez Wykonawcę w wykazie usługi na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dot. zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Dowodami, o których mowa powyżej są referencje bądź inne dokumenty sporządzone

przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli Wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie Wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy (wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert).”.

W uzasadnieniu wezwania wskazał m.in., że „powziął wątpliwości co do prawidłowości przedłożonego przez Wykonawcę wykazu usług oraz referencji, dlatego też Zamawiający w dniu 3.08.2023r. zwrócił się na podstawie przepisu art. 128 PZP z zapytaniem do M.H. FOREST M. H. Dąbrowa Nowa 9 64-316 Kuślin (...) oraz (...) Nadleśnictwa Trzcie (...) Treść odpowiedzi M.H. FOREST M. H. oraz Nadleśnictwa Trzciel w sposób jednoznaczny wskazują, że przedłożony przez wykonawcę wykaz usług oraz referencję, nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunku udziału określonego w pkt. 7.1.4) SWZ. (...) Wykonawca świadczył usługi nie na rzecz firmy M.H. FOREST M. H., lecz na rzecz Nadleśnictwa Trzciel. W konsekwencji to ww. Nadleśnictwo powinno zostać wskazane w treści wykazu usług jako podmiot, na rzecz którego wykonywane były usługi, jak również ww. Nadleśnictwo powinno wystawić wykonawcy referencję bądź inny dokument potwierdzający należyte wykonanie usług. Tym samym przedłożony dotychczas wykaz usług jak również referencje, nie potwierdzają spełnienia przez Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt.7.1.4) SWZ. (...) Uzupełnienie oraz przedłożenie dokumentów w opisany powyżej sposób powinno nastąpić za pomocą środków komunikacji wskazanych w pkt. 9 SWZ powyższego postępowania (...)”.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Odwołujący w dniu 10 sierpnia 2023 r. złożył „Wykaz usług”, w treści którego wskazał „Podmiot, na rzecz którego usługa została wykonana (nazwa, siedziba)” - „Nadleśnictwo Trzciel”, „Termin wykonania usługi (dzień/miesiąc/rok)” podał „27.03.2023r. 31.07.2023r.”, „Przedmiot (rodzaj) wykonanych usług” podał „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Trzciel w Leśnictwie Borowy Młyn w roku 2023 – postępowanie II”, „Wartość brutto wykonanych usług” podał „683 852,53 zł” oraz „Nazwa Wykonawcy” podał „ZUL K. D.a” oraz Referencje z dnia 2 sierpnia 2023 r. wystawione przez Nadleśnictwo Trzciel, w treści których podano „wykonawca Zakład Usług Leśnych K. D. , Bukowiec 125/1 66-300 Międzyrzecz realizujący zamówienie publiczne: pn. „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Trzciel w Leśnictwie Borowy Młyn w roku 2023 – postępowanie II” wykonał usługi na rzecz Nadleśnictwa Trzciel z zakresu zagospodarowania lasu, pozyskania oraz zrywki drewna z wykorzystaniem maszyn wielooperacyjnych. W/w wykonawca na podstawie umowy ZG.271.7.2023 z dnia 27.03.2023 r. zawartej na okres od 27.03.2023 r. do 31.12.2023 r. wykonał pracę w okresie od 27.03.2023 r. do 31.07.2023 r. na kwotę: 683 852,53 zł brutto, w tym (...) OCHRL77 696,10 zł (...) Podstawą określenia zrealizowanej wartości są protokoły odbioru robót oraz wystawione i zaksięgowane faktury. Powyższe prace zostały wykonane w sposób należyty.”.

Zamawiający, pismem z dnia 5 września 2023 r., poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty, wskazując m.in., że „W toku postępowania ofertę złożył wykonawca K. D. prowadzący działalność gospodarczą pn.

Zakład Usług Leśnych K. D.. Zamawiający wezwał K. D. do przedłożenia podmiotowych środków dowodowych na podstawie przepisu art. 274 PZP. Następnie w toku badania podmiotowych środków dowodowych, Zamawiający wezwał Wykonawcę na podstawie art. 128 ust. 1 PZP do uzupełnienia wykazu usług oraz przedłożenia dowodów potwierdzających prawidłową realizację usług, bowiem wykonawca w sposób nieprawidłowy wskazał odbiorcę usług w złożonym Wykazie Usług, a tym samym przedłożył również referencję od podmiotu, na rzecz którego nie wykonywał usług. Na skutek ww. wezwania Wykonawca dokonał uzupełnienia wykazu usług w sposób, który w dalszym ciągu nie pozwalał na uznanie, że Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, bowiem zakres wskazanych w wykazie usług, nie pozwalał na uznanie, że stanowią one usługi wymagane na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w zakresie doświadczenia. Wykonawca wskazał bowiem jako przedmiot (rodzaj) wykonanych usług: „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Trzciel w Leśnictwie Borowy Młyn w roku 2023 – postępowanie II” o wartości brutto 683.852,53 zł, zaś Zamawiający sformułował warunek udziału jako: (...) usługi z zakresu gospodarki leśnej o łącznej wartości nie mniejszej niż 50 000,00 zł brutto polegające na wykonywaniu prac obejmujących wznoszenie, naprawę lub likwidację grodzień upraw leśnych (...). Biorąc pod uwagę, iż Zakład Usług Leśnych K. D. Bukowiec 125 B/1 66-300 Międzyrzecz został już raz wezwany do uzupełnienia wykazu usług na podstawie na podstawie przepisu art. 128 ust. 1 PZP, Zamawiający nie miał możliwości ponownego wezwania wykonawcy do uzupełnienia wykazu usług, a co za tym idzie na podstawie przedłożonych przez Wykonawcę dokumentów (w tym również na podstawie dokumentów złożonych na wezwanie z art. 128 ust. 1 PZP) nie można było stwierdzić, że spełniał on warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia jaki Zamawiający wymagał w dokumentach przedmiotowego postępowania. Kwota podana w wykazie usług ewidentnie uwzględnia wartość innych usług z zakresu gospodarki leśnej aniżeli prace obejmujące wznoszenie, naprawę lub likwidację grodzień upraw leśnych. Ponadto przedłożone referencje również tego nie potwierdzają, bowiem nie wskazano w nich prac obejmujących wznoszenie, naprawę lub likwidację grodzień upraw leśnych, a zestawiając referencje z treścią wykazu usług można stwierdzić, że wartość prac wskazana przez wykonawcę w wykazie usług obejmuje różnego rodzaju usługi, Zamawiający nie mógł zidentyfikować jaka była wartość usług, których dotyczy warunek udziału w postępowaniu i czy wskazana umowa w ogóle takie usługi obejmuje. (...) W wykazie wykonawca powinien podać i wycenić prace referencyjne tylko w zakresie wymaganym przez Zamawiającego. (...) oferta Wykonawcy podlegała odrzuceniu, bowiem została złożona przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowego środka dowodowego (tutaj wykazu usług), potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu.”.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 226 ust. 1 pkt 2) (...) lit. c ustawy Pzp stanowi, iż „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli (...): została złożona przez wykonawcę: (...) który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń”. Podstawą do odrzucenia oferty na wskazanej wyżej podstawie jest niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polega na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z tymi warunkami, tj. w sposób nieodpowiadający wymaganiom Zamawiającego w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, sposobu jego realizacji i innych warunków zamówienia. Aby jednak możliwe było dokonanie czynności odrzucenia z uwagi na niezgodność oferty z warunkami zamówienia powinno być precyzyjne i jednoznaczne określenie tych wymagań przez Zamawiającego w dokumentach zamówienia.

Warunek postawiony przez Zamawiającego w SWZ jest jednoznaczny. Zamawiający wymagał bowiem aby wykonawca wykazał się doświadczeniem w wykonaniu określonej kategorii usług. Odwołujący wezwany do złożenia podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu złożył Wykaz usług, w treści którego wskazał usługę wykonaną na rzecz „M.H. FOREST M. H., Dąbrowa Nowa 9, 64-316 Kuślin”, w terminie „01.01.2022r 31.12.2022r.”, której przedmiotem była „Budowa i konserwacja grodzień” o wartości „177 088,51 zł” oraz Referencje z dnia 31 lipca 2023 r. wystawione przez „M.H. FOREST M. H., Dąbrowa Nowa 9 64-316 Kuślin”, w treść których wskazano, że „firma Zakład Usług Leśnych K. D. (...) wykonał na rzecz naszej firmy usługi z zakresu budowy, konserwacji i rozbiórki grodzień leśnych na kwotę 143.974,40 zł netto, 177.088,57 brutto. Od dnia 01.01.2022 do 31.12.2022. Usługi zostały wykonane z należytą starannością.”.

Treść tych dokumentów wzbudziła wątpliwości Zamawiającego co do tego na podstawie jakiej umowy usługę tę Odwołujący wykonywał. Zamawiający zwrócił się więc do wystawcy referencji - M.H. FOREST M. H. oraz Nadleśnictwa Trzciel celem ich wyjaśnienia. Jeśli bowiem dokumenty złożone przez wykonawcę budzą wątpliwości Zamawiającego może on zwrócić się bezpośrednio do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych, np. w zakresie spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, o przedstawienie takich informacji lub dokumentów. Z informacji otrzymanych od ww. podmiotów (M.H. FOREST M. H. oraz Nadleśnictwa Trzciel) wynikało, że

„firma Zakład Usług Leśnych K. D. Bukowiec 125 B/1, 66-300 Międzyrzecz była członkiem konsorcjum realizującym zamówienie w Nadleśnictwie Trzciel w 2022 roku”, jak i że „Zakład Usług Leśnych K. D.a, Bukowiec 125B/1, 66-300 Międzyrzecz w okresie od 01.01.2022 r. do 31.12.2022 r. nie prowadził budowy i konserwacji ogrodzeń na obszarach zagrożonych ASF, był natomiast stroną umowy jako członek konsorcjum ECO-LAS (...)”. Zamawiający prawidłowo więc uczynił wzywając wykonawcę do uzupełnienia przedłożonego wykazu, wskazując że „wykonawca świadczył usługi nie na rzecz firmy M.H. FOREST M. H., lecz na rzecz Nadleśnictwa Trzciel. W konsekwencji to ww. Nadleśnictwo powinno zostać wskazane w treści wykazu usług jako podmiot, na rzecz którego wykonywane były usługi, jak również ww. Nadleśnictwo powinno wystawić wykonawcy referencję bądź inny dokument potwierdzający należyte wykonanie usług. Tym samym przedłożony dotychczas wykaz usług jak również referencje, nie potwierdzają spełnienia przez Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu”. Z treści uzyskanych informacji wynikało bowiem, że w referencyjnym okresie Odwołujący „był członkiem konsorcjum realizującym zamówienie” oraz „stroną umowy jak członek konsorcjum”. Nie wynikało z nich więc aby Odwołujący usługę tę realizował na podstawie odrębnej umowy, tj. na rzecz innego podmiotu niż Nadleśnictwo Trzciel. Bez znaczenia jest bowiem – jak słusznie podniósł Zamawiający -sposób w jaki konsorcjanci rozliczali się z rzeczywistym odbiorcą usługi (Nadleśnictwem Trzciel), polegający na wystawianiu faktur jedynie na lidera konsorcjum, gdyż znaczenie ma jedynie stosunek zobowiązaniowy, który powstał pomiędzy Nadleśnictwem Trzciel a Odwołującym oraz M. H., nie zaś wyłącznie między Odwołującym a M. H.. Wobec powyższego wezwanie do uzupełnienia wykazu usług było prawidłowe. Uzupełnienie to bowiem nie tylko dopełnienie czegoś, ale i uczynienie kompletnym przez dodanie tego czegoś brakuje. Takie też informacje wezwanie skierowane do Odwołującego niewątpliwie zawierało. Jednoznacznie wskazywało bowiem na czym polegała wadliwość złożonego wykazu usług (wyspecyfikowanej w nim usługi), która miała potwierdzać doświadczenie wykonawcy.

Odwołujący się wykonawca złożył nowy Wykaz usług. Wykaz ten wykonawca zobowiązany był wypełnić poprzez wskazanie „Podmiotu, na rzecz którego usługa została wykonana (nazwa, siedziba)”, „Terminu wykonania usługi (dzień/miesiąc/rok)”, „Przedmiotu (rodzaju) wykonanych usług”, „Wartości brutto wykonanych usług” oraz „Nazwy Wykonawcy”. W treści wykazu podano także „*Należy podać informacje umożliwiające ocenę spełniania przez Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej w odniesieniu do doświadczenia, wskazujące na zakres zrealizowanych usług zgodnie z treścią warunku określonego w pkt 7.1 ppkt 4) lit. a) SWZ”, odnosząc tę treść do kolumny „Przedmiot (rodzaj) wykonanych usług”. Tym samym akcentując konieczność prawidłowego wypełnienia tej kolumny przez podanie informacji umożliwiających ocenę spełniania przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący się wykonawca celem potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu podał usługę realizowaną na rzecz Nadleśnictwa Trzciel, wpisując w kolumnie „Przedmiot (rodzaj) wykonanych usług” – „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Trzciel w Leśnictwie Borowy Młyn w roku 2023 – postępowanie II”. Wpisał więc, co zgodnie przyznały Strony na rozprawie, usługę kompleksową, której elementem jest także grodzenie. Niemniej jednak mimo odnoszącej się do tej właśnie kolumny uwagi aby podać informacje, które umożliwią ocenę spełniania postawionego przez Zamawiającego warunku to takich właśnie informacji – informacji wymaganych przez Zamawiającego wykonawca nie zamieścił. A ponieważ usługi z zakresu gospodarki leśnej są usługami różnymi rodzajowo koniecznym było (zgodnie z zamieszczoną w tabeli uwagą) wyodrębnienie usług, które w ramach usługi kompleksowej były czy też są wykonywane i potwierdzają spełnianie warunku udziału w postępowaniu, tj. realizację usługi polegającej na wykonywaniu prac obejmujących wznoszenie, naprawę lub likwidację grodzień upraw leśnych. Oznacza to, że w tym konkretnym stanie faktycznym wykaz nie potwierdza spełniania przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu. Tymczasem to wykaz usług ma stanowić potwierdzenie posiadanego przez wykonawcę doświadczenia a tym samym stanowić potwierdzenie spełniania warunku udziału w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Referencje stanowią jedynie poświadczenie tego, że wskazana w wykazie usługa została wykonana należyście.

Istotnie referencje przedstawione w tym stanie faktycznym poza poświadczeniem należytego wykonania usługi zawierają i inne informacje, w tym m.in. wskazują określone za pomocą kodów prace wykonywane w ramach tej usługi, które obejmowały także usługi oznaczone kodem OCHRL. Niemniej jednak kod OCHRL – jak wyjaśnił Zamawiający – nie oznacza wyłącznie budowy, rozbiórki i remontu grodzień. Kod ten oznacza jeden z typów ochrony lasu, który obejmuje ochronę przed owadami, ochronę przed grzybami, ochronę przed zwierzyną i inne prace z zakresu ochrony lasu i prac tych nie można porównać. Nie można było więc z tych informacji wywieść, że usługi oznaczone tym kodem w złożonych przez wykonawcę referencjach obejmowały wyłącznie prace polegające na wykonaniu budowy, rozbiórki i remontu grodzień a tym samym potwierdzają doświadczenie tego wykonawcy w wykonaniu usług, których wymagał Zamawiający. W kontekście powyższego nie było więc możliwości ponownego wezwania Odwołującego do uzupełnienia Wykazu usług na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt.7.1.4) SWZ, gdyż wykonawca ten był już raz wzywany do jego uzupełnienia. Wykonawca był bowiem już raz wzywany do ich uzupełnienia.

Protokoły odbioru prac złożone przez wykonawcę dopiero w toku postępowania odwoławczego stanowiłyby w

istocie uzupełnienie dokumentów składanych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu a w tym stanie faktycznym jest to niedopuszczalne.

Dlatego też Izba uznała, że zarzuty Odwołującego nie potwierdziły się.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp wskazanych przez Odwołującego w treści wniesionego odwołania.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710) oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1) w zw. z § 5 pkt 2 lit. a) i b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodniczący: