

Sygn. akt: KIO 99/17

KIO 100/17

WYROK
z dnia 2 lutego 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Paweł Trojan

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 stycznia 2017 r. w Warszawie odwołań wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

A. w dniu 16 stycznia 2017 r. przez wykonawcę **D.T.** prowadzącego jako osoba fizyczna działalność gospodarczą pod firmą **Usługi Leśne D.T., (...)**;

B. w dniu 16 stycznia 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **T.P.** prowadzącego jako osoba fizyczna działalność gospodarczą pod firmą **Usługi Leśne T.P., (...)** oraz **W.P.** prowadzącego jako osoba fizyczna działalność gospodarczą pod firmą **Handel Artykułami Wielobranżowymi, (...)**

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - **Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe, Nadleśnictwo Międzylesie, ul. 1000 – lecia PP nr 7, 57-530 Stara Bystrzyca** w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Wykonywanie usług w zakresie gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Międzylesie w roku 2017” (numer referencyjny S.270.8.2.2016)

orzeka:

1. oddala odwołanie o sygn. akt KIO 99/17;

2. oddala odwołanie o sygn. akt KIO 100/17;

3. kosztami postępowania obciąża Odwołujących się wykonawców i:

A. W zakresie odwołania o sygn. akt KIO 99/17:

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych i zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **D.T.** prowadzącego jako osoba fizyczna działalność gospodarczą pod firmą **Usługi Leśne D.T., (...)** tytułem wpisu od odwołania,
- 2) zasądza od wykonawcy **D.T.** prowadzącego jako osoba fizyczna działalność gospodarczą pod firmą **Usługi Leśne D.T., (...)** na rzecz zamawiającego - **Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe, Nadleśnictwo Międzylesie, ul. 1000 – lecia PP nr 7, 57-530 Stara Bystrzyca** kwotę w wysokości **4 262 zł 01 gr** (słownie: cztery tysiące dwieście sześćdziesiąt dwa złote i jeden grosz) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa przed Izłą, kosztów zakwaterowania oraz kosztów dojazdu na posiedzenie z udziałem Stron.

B. W zakresie odwołania o sygn. akt KIO 100/17:

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych i zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **T.P.** prowadzącego jako osoba fizyczna działalność gospodarczą pod firmą **Usługi Leśne T.P., (...)** oraz **W.P.** prowadzącego jako osoba fizyczna działalność gospodarczą pod firmą **Handel Artykułami Wielobranżowymi, (...)** tytułem wpisu od odwołania;
- 2) zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **T.P.** prowadzącego jako osoba fizyczna działalność gospodarczą pod firmą **Usługi Leśne T.P., (...)** oraz **W.P.** prowadzącego jako osoba fizyczna działalność gospodarczą pod firmą **Handel Artykułami Wielobranżowymi, (...)** na rzecz zamawiającego - **Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe, Nadleśnictwo Międzylesie, ul. 1000 – lecia PP nr 7, 57-530 Stara Bystrzyca** kwotę w wysokości **4 262 zł 01 gr** (słownie: cztery tysiące dwieście sześćdziesiąt dwa złote i jeden grosz) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa przed

Izbą, kosztów zakwaterowania oraz kosztów dojazdu na posiedzenie z udziałem Stron.

4. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 22 grudnia 2015 r., poz. 2164 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Świdnicy**.

Przewodniczący:

.....

U z a s a d n i e

do wyroku z dnia 2 lutego 2017 r. w sprawie o sygn. akt KIO 99/17 i KIO 100/17

Zamawiający – Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe, Nadleśnictwo Międzylesie, ul. 1000 – lecia PP nr 7, 57-530 Stara Bystrzyca prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Wykonywanie usług w zakresie gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Międzylesie w roku 2017” (numer referencyjny S.270.8.2.2016).

Izba ustaliła, iż postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 08.11.2016 r. Zamawiający przekazał do publikacji ogłoszenie Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej.

W dniu 10.11.2016 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. Unii Europejskiej pod numerem 2016/S 217 – 395064.

KIO 99/17

W dniu 05.01.2017 r. Zamawiający poinformował wykonawców o ofercie uznanej za najkorzystniejszą i ofertach, które nie zostały uznane za najkorzystniejsze) w zakresie **pakietu X** (leśnictwo Śnieżnik) przez ogłoszenia na tablicy ogłoszeń, na stronie BIP oraz przez wysłanie pocztą tradycyjną.

Na powyższą czynność Odwołujący D.T. prowadzący jako osoba fizyczna działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne D.T., (...) wniósł w dniu 16.01.2017 r. odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności Zamawiającego w postępowaniu w trybie przetargu nieograniczonego p.n. „Wykonanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Międzylesie w roku 2017” Wykonawca po uzyskaniu ogłoszenia wyników przedmiotowego postępowania zaskarża czynności Zamawiającego mające istotny wpływ na rozstrzygnięcie przetargu poprzez:

1. naruszenie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 p.z.p.;
2. naruszenia przepisu art. 24 a a p.z.p.;
3. naruszenia przepisu art. 25 a ust. 3 pkt 1 p.z.p.;

4. naruszenia przepisu art. 26 ust. 1 p.z.p.;
5. naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 i 3 p.z.p.

to jest zaniechania badania przesłanek wykluczenia Wykonawcy Konsorcjum Leśne Lider C.D. (...) , braku weryfikacji dokumentacji tegoż Wykonawcy (dokument JEDZ w części IV.C. - zdolność techniczna i zawodowa) stanowiącej integralny składnik oferty aktualny w dacie jej składania a tym samym:

6. naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 1 - 3 p.z.p. nakazującego odrzucenie oferty Wykonawcy Konsorcjum Usługi Leśne D.C. (...).

W oparciu o powyższe przesłanki i zarzuty Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania ;
2. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty dokonanej przez Zamawiającego;
3. nakazanie Zamawiającemu dokonania wyboru ofert spośród Wykonawców nie podlegających wykluczeniu i zgodnych z SIWZ;
4. zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania; a nadto:
5. z ostrożności proceduralnej w przypadku zawarcia przez Zamawiającego umowy przed zakończeniem postępowania jej unieważnienia

Uzasadnienie

Zamawiający na podstawie przepisów Pzp ogłosił postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Wykonanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Międzylesie w roku 2017”.

Specyfikacja zamówienia określała procedurę postępowania i zakreślała warunki jakimi powinny odpowiadać oferty.

Zamawiający podzielił zamówienie na pakiety. W ramach postępowania Zamawiający dopuścił zarówno wspólne ubieganie się o nie jak podwykonawstwo.

Jednocześnie specyfikacja zamówienia została tak sformułowana, by wykonawcy ubiegający się o zamówienie w pakietach przekraczających jeden dysponowali w kolejnych innym zasobem technicznym i zawodowym co wykluczało powoływanie się na już raz zgłoszone i ujawnione stany posiadania.

W odniesieniu do kwalifikacji zawodowych wymagane było wykazanie zatrudnienia osób na podstawie umów o pracę zgodnie z przepisami art. 22 § 1 k.p.

Odwołujący składając ofertę wykazał spełnienie wszystkich wymaganych specyfikacją wymogów (w tym w zakresie zasobów technicznych i zawodowych) na dzień składania oferty.

Po ogłoszeniu wyników postępowania (ogłoszenie na tablicy ogłoszeń Zamawiającego w dn. 05.01.2017r.) Odwołujący powziął wątpliwość co do rzetelności i wiarygodności innych ofert w tym Konsorcjum Usługi Leśne C.D. - lider w Międzylesiu.

Zamawiający najpierw utrudniał dostęp do dokumentacji przetargowej będącej jawną dla Odwołującego a po wglądzie w dokumentację źródłową i jej analizie zdaniem Odwołującego doszło do rażących naruszeń przepisów p.z.p., s.i.w.z. wymienionych w komparycji odwołania co skutkowało nieuzasadnionym nieuwzględnieniem oferty Odwołującego.

Wybrane przez Zamawiającego oferty w dacie ich składania nie odpowiadały warunkom specyfikacji szczególnie w załączniku JEDZ w części IV.C. stanowi to czyn nieuczciwej konkurencji a zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców jest fundamentalna o czym stanowi przepis art 7 ust 1 p.z.p. Za jej przestrzeganie odpowiada Zamawiający.

„Aby zamówienia udzielić „wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy” zamawiający musi prawidłowo przeprowadzić procedurę wyboru oferty najkorzystniejszej , aby taką rzeczywiście najkorzystniejszą ofertę wybrać. Nie może więc udzielić zamówienia wykonawcy który powinien być wykluczony (a nie został) wybrać oferty, która powinna być odrzucona (a nie była) lub która byłaby pierwsza w rankingu”. (tak m.in. wyrok KIO sygn. akt 1462/15 z 22.07.2015r.).

Naruszając zasadę art. 7 ust 1 p.z.p. nie może potraktować odmiennie wykonawców. Skoro Odwołujący (podobnie jak inni niewybrani wykonawcy) wykazał w dacie składania oferty warunek dysponowania zasobami zawodowymi a nie wykazał tego jego konkurent to trudno mówić o uczciwości konkurencji.

Oferta w dacie składania winna być kompletna, wiarygodna i odpowiadać wymogom zamówienia na te datę , a nie dopiero na etapie podpisywania umowy gdyż stanowi to rażące naruszenie elementarnych zasad procedury p.z.p. nie mogące zasługiwać na aprobatę.

O naruszeniu zasad p.z.p. przez Zamawiającego Odwołujący zawiadomił też Prezesa UZP. Zaskarżone czynności Zamawiającego narażają Odwołującego na szkodę (min. utrata

ciągłości funkcjonowania na specyficznym rynku pracy) co dodatkowo wzmacnia argumenty i podniesione zarzuty.

KIO 100/17

W dniu 05.01.2017 r. Zamawiający poinformował wykonawców o ofercie uznanej za najkorzystniejszą i ofertach, które nie zostały uznane za najkorzystniejsze w zakresie **pakietu I** (leśnictwo Nowa Wieś) przez ogłoszenia na tablicy ogłoszeń, na stronie BIP oraz przez wysłanie pocztą tradycyjną.

Na powyższą czynność w dniu 16.01.2017 r. odwołanie wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia T.P. prowadzący jako osoba fizyczna działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne T.P., (...) oraz W.P. prowadzący jako osoba fizyczna działalność gospodarczą pod firmą Handel Artykułami Wielobranżowymi, (...) od niezgodnej z przepisami ustawy czynności Zamawiającego w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego p.n. „Wykonanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Międzyzylesie w roku 2017” Wykonawca po uzyskaniu ogłoszenia wyników przedmiotowego postępowania zaskarżył czynności Zamawiającego mające istotny wpływ na rozstrzygnięcie przetargu poprzez :

1. naruszenie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 p.z.p.;
2. naruszenia przepisu art. 24 a a p.z.p.;
3. naruszenia przepisu art. 25 a ust. 3 pkt 1 p.z.p.;
4. naruszenia przepisu art. 26 ust. 1 p.z.p.;
5. naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 i 3 p.z.p.

to jest zaniechania badania przesłanek wykluczenia Wykonawcy Konsorcjum Usługi Leśne (...), (...), braku weryfikacji dokumentacji tegoż Wykonawcy (dokument JEDZ w części IV.C. - zdolność techniczna i zawodowa) stanowiącej integralny składnik oferty aktualny w dacie jej składania a tym samym:

6. naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 1 - 3 p.z.p. nakazującego odrzucenie oferty Wykonawcy Konsorcjum Usługi Leśne (...) i Konsorcjum Usługi Leśne D.C. w Międzyzylesiu

W oparciu o powyższe przesłanki i zarzuty Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania;
2. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty dokonanej przez Zamawiającego;

3. nakazanie Zamawiającemu dokonania wyboru ofert spośród Wykonawców nie podlegających wykluczeniu i zgodnych z SIWZ;
4. zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania; a nadto:
5. z ostrożności proceduralnej w przypadku zawarcia przez Zamawiającego umowy przed zakończeniem postępowania jej unieważnienia.

Uzasadnienie

Zamawiający na podstawie przepisów p.z.p. ogłosił postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Wykonanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Międzylesie w roku 2017”.

Specyfikacja zamówienia określała procedurę postępowania i zakreślała warunki jakimi powinny odpowiadać oferty.

Zamawiający podzielił zamówienie na pakiety. W ramach postępowania Zamawiający dopuścił zarówno wspólne ubieganie się o nie jak podwykonawstwo.

Jednocześnie specyfikacja zamówienia została tak sformułowana, by wykonawcy ubiegający się o zamówienie w pakietach przekraczających jeden dysponowali w kolejnych innym zasobem technicznym i zawodowym co wykluczało powoływanie się na już raz zgłoszone i ujawnione stany posiadania.

W odniesieniu do kwalifikacji zawodowych wymagane było wykazanie zatrudnienia osób na podstawie umów o pracę zgodnie z przepisami art. 22 § 1 k.p.

Odwołujący składając ofertę wykazał spełnienie wszystkich wymaganych specyfikacją wymogów (w tym w zakresie zasobów technicznych i zawodowych) na dzień składania oferty.

Po ogłoszeniu wyników postępowania (ogłoszenie na tablicy ogłoszeń Zamawiającego w dn. 05.01.2017r.) Odwołujący powziął wątpliwość co do rzetelności i wiarygodności innych ofert w tym Konsorcjum Usługi Leśne w (...) i Konsorcjum Usługi Leśne C.D. - lider w Międzylesiu.

Zamawiający najpierw utrudniał dostęp do dokumentacji przetargowej będącej jawną dla Odwołującego a po wglądzie w dokumentację źródłową i jej analizie zdaniem Odwołującego doszło do rażących naruszeń przepisów Pzp, SIWZ wymienionych w komparcji odwołania co skutkowało nieuzasadnionym nieuwzględnieniem oferty Odwołującego.

Wybrane przez Zamawiającego oferty w dacie ich składania nie odpowiadały warunkom specyfikacji szczególnie w załączniku JEDZ w części IV.C. stanowi to czyn nieuczciwej konkurencji a zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców jest fundamentalna o czym stanowi przepis art. 7 ust 1 p.z.p. Za jej przestrzeganie odpowiada Zamawiający.

„Aby zamówienia udzielić „wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy” zamawiający musi prawidłowo przeprowadzić procedurę wyboru oferty najkorzystniejszej , aby taką rzeczywiście najkorzystniejszą ofertę wybrać. Nie może więc udzielić zamówienia wykonawcy który powinien być wykluczony (a nie został) wybrać oferty, która powinna być odrzucona (a nie była) lub która byłaby pierwsza w rankingu”. (tak m.in. wyrok KIO sygn. akt 1462/15 z 22.07.2015r.).

Naruszając zasadę art. 7 ust 1 Pzp. nie może potraktować odmiennie wykonawców. Skoro Odwołujący (podobnie jak inni niewybrani wykonawcy) wykazał w dacie składania oferty warunek dysponowania zasobami zawodowymi a nie wykazał tego jego konkurent to trudno mówić o uczciwości konkurencji.

Oferta w dacie składania winna być kompletna , wiarygodna i odpowiadać wymogom zamówienia na te datę , a nie dopiero na etapie podpisywania umowy gdyż stanowi to rażące naruszenie elementarnych zasad procedury p.z.p. nie mogące zasługiwać na aprobatę.

O naruszeniu zasad p.z.p. przez Zamawiającego Odwołujący zawiadomił też Prezesa UZP. Zaskarżone czynności Zamawiającego narażają Odwołującego na szkodę (min. utrata ciągłości funkcjonowania na specyficznym rynku pracy) co dodatkowo wzmacnia argumenty i podniesione zarzuty.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, ofertami złożoną w postępowaniu w zakresie pakietu nr I i X

oraz korespondencją prowadzoną w toku postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba nie uwzględniła wniosku Zamawiającego o odrzucenie odwołania o sygn. akt KIO 100/17 ze względu na brak interesu we wniesieniu odwołania oraz brak możliwości poniesienia szkody. Jak wskazał Zamawiający Odwołujący, który wniósł odwołanie rozpoznawane pod sygn. akt KIO 100/17 zajął trzecie miejsce w rankingu ofert i w związku z tym nie ma interesu we wniesieniu odwołania – co w ocenie Zamawiającego powinno skutkować odrzuceniem odwołania. Odnosząc się do tak sformułowanego wniosku Izba wskazuje, iż po pierwsze ewentualny brak interesu we wniesieniu odwołania nie może stanowić podstawy do jego odrzucenia. Warunki sformułowane w treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp regulują kwestię legitymacji (prawa) do korzystania ze środków ochrony prawnej – a zatem brak ich spełnienia może być ewentualnie podstawą do oddalenia odwołania po jego merytorycznym rozpoznaniu i ustaleniu w toku rozprawy braku spełnienia ujętych w treści ww. przepisu przesłanek. Po drugie wskazać należy, iż Zamawiający w ramach prowadzonego postępowania zastosował tzw. „procedurę odwróconą” uregulowaną w treści art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp – a co za tym idzie nie dokonywał badania i oceny ofert, poza ofertą uznana za najkorzystniejszą, co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia. Ponadto Zamawiający w piśmie z dnia 05.01.2017 r. poinformował wykonawców dla pakietu nr I jedynie o ofercie uznanej za najkorzystniejszą i ofertach, które nie zostały uznane za najkorzystniejsze. Powoduje to, iż wykonawcy nie dysponowali informacjami, co do pełnego rankingu złożonych ofert i nie posiadali wiadomości o pełnym rankingu ofert. Tym samym sam Odwołujący nie posiadał informacji, że jego oferta została przez Zamawiającego sklasyfikowana na 3 pozycji. Biorąc pod uwagę powyższe, ze względu na wskazane wyżej okoliczności faktyczne oraz wybór przez Zamawiającego sposobu procedowania opartego o treść art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp, interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez podmiot korzystający ze środków ochrony prawnej należy oceniać szerzej, tj. z uwzględnieniem sposobu procedowania ujętego w powyższym przepisie.

Tym samym w takich okolicznościach sprawy Izba stwierdziła zatem, że Odwołującym przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez Odwołującego będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności (uznania oferty za najkorzystniejszą i braku takiego uznania co do oferty złożonych przez Odwołujących się wykonawców).. Wnoszący odwołanie złożyli w przedmiotowym postępowaniu oferty, które w piśmie z dnia 05.01.2017 r. nie zostały przez Zamawiającego uznane za najkorzystniejsze w kontekście regulacji art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp. W przypadku zaś uwzględnienia odwołania Odwołujący się wykonawcy mają szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ wraz z modyfikacjami, ofert złożonych w postępowaniu przez wykonawców w zakresie pakietu nr I i X, jak również korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie Zamówienia publicznego.

W zakresie kosztów Izba uwzględniła faktury, rachunki oraz rozliczenia i polecenia wyjazdu złożone przez Strony na etapie rozprawy. W zakresie kosztów zasądzonych na rzecz Zamawiającego Izba uwzględniła faktury VAT o numerze 02/01/2017 w zakresie zastępstwa przed Izbą w sprawie KIO 99/17, o numerze 03/01/2017 w zakresie zastępstwa przez Izbą w sprawie KIO 100/17, faktury nr 3314 odnoszącej się do usługi zakwaterowania w hotelu, jak również ewidencji przebiegu pojazdu oraz polecenia wyjazdu służbowego Nr 19/2017.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w obu odwołaniach Izba stwierdziła, że odwołania o sygn. akt KIO 99/17 oraz KIO 100/17 nie zasługują na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że w dniu 08.11.2016 r. Zamawiający przekazał ogłoszenie o zamówieniu do publikacji Urzędowi Oficjalnych Publikacji UE. W dniu 10.11.2016 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. Unii Europejskiej pod numerem 2016/S 217 – 395064.

Powyższe oznacza, iż do przedmiotowego postępowania mają zastosowanie przepisy znowelizowanej ustawy Prawo zamówień publicznych tj. ustawy zmienionej w związku z wejściem w życie z dniem 28.07.2016 r. nowelizacji zawartej w ustawie z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020).

W drugiej kolejności Izba ustaliła, iż postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w Rozdziale 2 SIWZ zatytułowanym „Tryb udzielania zamówienia” wskazał, że:

2.1. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie art. 10 ust. 1 oraz art. 39 – 46 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 z późn. zm. - dalej „PZP”) oraz aktów wykonawczych do PZP.

2.2. Postępowanie jest prowadzone zgodnie z zasadami przewidzianymi dla zamówień o wartości równej lub wyższej niż kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 PZP.

2.3. Postępowanie jest prowadzone zgodnie z zasadami przewidzianymi dla tzw. „procedury odwróconej”, o której mowa w art. 24aa ust. 1 i 2 PZP. Stosownie do przywołanych przepisów Zamawiający najpierw dokona oceny ofert, a następnie zbada, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Następnie Izba ustaliła, że Zamawiający w Rozdziale 3 zatytułowanym „Opis przedmiotu zamówienia” wskazał w pkt 5), że przedmiot zamówienia został podzielony na części (dalej: „Pakiet”)

Pakiet I – leśnictwo: Nowa Wieś

Pakiet II – leśnictwo: Goworów

Pakiet III – leśnictwo: Jodłów

Pakiet IV – leśnictwo: Różanka

Pakiet V – leśnictwo: Smreczyna

Pakiet VI – leśnictwo: Lesica

Pakiet VII – leśnictwo: Idzików

Pakiet VIII – leśnictwo: Biała Woda

Pakiet IX – leśnictwo: Szklary

Pakiet X – leśnictwo: Śnieżnik

Pakiet XI – leśnictwo: Jawornica

Pakiet XII – Gospodarstwo Szkółkarskie

Pakiet XIII – pakiet maszynowy

Wykonawca może złożyć ofertę na jeden lub większą ilość Pakietów. Oferta złożona na dany Pakiet musi obejmować cały zakres prac przewidzianych w SIWZ dla tego Pakietu.

W pkt 3.5. Rozdziału 3 SIWZ Zamawiający zawarł następujący wymóg:

3.5. Zamawiający wymaga zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności wchodzące w skład przedmiotu zamówienia polegające na pozyskaniu i zrywce surowca drzewnego, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy (tekst jedn.: Dz. U. z 2014 r. poz. 1502, z późn. zm.). Zamawiający wymaga zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności wchodzące w skład przedmiotu zamówienia polegające na wykonywaniu prac z zakresu prowadzenie oprysków środkami chemicznymi oraz prac gospodarczych przy produkcji materiału sadzeniowego, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy (tekst jedn.: Dz. U. z 2014 r. poz. 1502, z późn. zm.).

W Rozdziale 6 SIWZ zatytułowanym „WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU ORAZ PODSTAWY WYKLUCZENIA Z POSTĘPOWANIA: w pkt 6.3.3.

3.3. Warunek ten, w zakresie osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, zostanie uznany za spełniony, jeśli Wykonawca wykaże, że dysponuje:

l) dla Pakietu I

a) co najmniej 5 osobami, które ukończyły z wynikiem pozytywnym szkolenie dopuszczające do pracy z pilarką zgodnie z § 21 rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 24 sierpnia 2006 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy przy wykonywaniu niektórych prac z zakresu gospodarki leśnej (Dz. U. Nr 161, poz. 1141) lub posiadające odpowiadające im uprawnienia wydane na podstawie poprzednio obowiązujących przepisów albo odpowiadające im uprawnienia wydane w innych Państwach Członkowskich Unii Europejskiej uznane zgodnie z przepisami ustawy z dnia 22 grudnia 2015 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (Dz. U. z 2016 r. poz. 65);

X) dla Pakietu X

a) co najmniej 5 osobami, które ukończyły z wynikiem pozytywnym szkolenie dopuszczające do pracy z pilarką zgodnie z § 21 rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 24 sierpnia 2006 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy przy wykonywaniu niektórych prac z zakresu gospodarki leśnej (Dz. U. Nr 161, poz. 1141) lub posiadające odpowiadające im uprawnienia wydane na podstawie poprzednio obowiązujących przepisów albo odpowiadające im uprawnienia wydane w innych Państwach Członkowskich Unii Europejskiej uznane zgodnie z przepisami ustawy z dnia 22 grudnia 2015 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (Dz. U. z 2016 r. poz. 65);

W dalszej części Rozdziału 6 SIWZ Zamawiający co do warunków udziału w postępowaniu wskazał, że:

6.3. Ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu dokonana zostanie zgodnie z formułą „spełnia”/„nie spełnia”, w oparciu o informacje zawarte w JEDZ, następnie potwierdzonych w dokumentach lub oświadczeniach złożonych przez Wykonawców, o których mowa w pkt 7.

6.4. W przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, każdy z warunków udziału w postępowaniu określonych w pkt 6.2. winien spełniać co najmniej jeden z tych wykonawców albo wszyscy ci Wykonawcy wspólnie. Żaden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia nie może podlegać wykluczeniu z postępowania.

6.5. Jeżeli Wykonawca ubiega się o udzielenie kilku Pakietów zamówienia to nie może, celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, wskazać tego samego doświadczenia, tego samego potencjału technicznego, tych samych osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, ani tych samych środków finansowych lub zdolności kredytowej w więcej niż jednym Pakiecie.

6.6. Na podstawie art. 22d ust. 2 PZP Zamawiający może, na każdym etapie postępowania, uznać, 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.

Następnie Izba ustaliła, że Zamawiający w Rozdziale 7. SIWZ zatytułowanym: „WYKAZ OŚWIADCZEŃ LUB DOKUMENTÓW, JAKIE MAJĄ DOSTARCZYĆ WYKONAWCY W CELU POTWIERDZENIA BRAKU PODSTAW DO WYKLUCZENIA Z POSTĘPOWANIA ORAZ W CELU POTWIERDZENIA SPEŁNIENIA WARUNKÓW UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU” zawarł m.in. następujące postanowienia:

7.1. W celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia z postępowania, o których mowa w pkt 6.1. oraz w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt 6.2. Wykonawca będzie obowiązany przedstawić Zamawiającemu następujące oświadczenia i dokumenty (w terminach wskazanych w niniejszej SIWZ):

a) oświadczenie Wykonawcy stanowiące wstępne potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w niniejszej SIWZ i braku podstaw do wykluczenia, złożone na formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (dalej: „JEDZ”), którego wzór określa Rozporządzenie Wykonawcze Komisji (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiające standardowy jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (Dz. Urz. UE seria L 2016 r. Nr 3, s. 16). Treść JEDZ określona została w Załączniku nr 2 do SIWZ, jednakże z uwagi na konieczność podania w treści JEDZ znaczącej ilości informacji Zamawiający zaleca skorzystanie z edytowalnej wersji tego dokumentu zamieszczonej na stronie Zamawiającego lub na stronie <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/jednolity-europejski-dokumentzamowienia>.

W JEDZ należy podać następujące informacje:

- na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia wskazanych w art. 24 ust. 1 pkt 13 – 14 PZP – informacje wymagane w Części III lit. A JEDZ;
- na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia wskazanych w art. 24 ust. 1 pkt 15 PZP – informacje wymagane w Części III lit. B JEDZ;
- na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia wskazanych w art. 24 ust. 1 pkt 16 PZP – informacje wymagane w Części III lit. C wiersz ósmy JEDZ;
- na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia wskazanych w art. 24 ust. 1 pkt 17 PZP – informacje wymagane w Części III lit. C wiersz ósmy JEDZ;
- na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia wskazanych w art. 24 ust. 1 pkt 18 PZP – informacje wymagane w Części III lit. C wiersz ósmy JEDZ;
- na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia wskazanych w art. 24 ust. 1 pkt 19 PZP – informacje wymagane w Części III lit. C wiersz szósty JEDZ;
- na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia wskazanych w art. 24 ust. 1 pkt 20 PZP – informacje wymagane w Części III lit. C wiersz czwarty JEDZ;
- na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia wskazanych w art. 24 ust. 1 pkt 21 PZP – informacje wymagane w Części III lit. D JEDZ;
- na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia wskazanych w art. 24 ust. 1 pkt 22 PZP – informacje wymagane w Części III lit. D JEDZ;

- na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia wskazanych w art. 24 ust. 5 pkt 1 PZP – informacje wymagane w Części III lit. C wiersz drugi JEDZ;
- na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia wskazanych w art. 24 ust. 5 pkt 2 PZP – informacje wymagane w Części III lit. C wiersz trzeci JEDZ;
- na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia wskazanych w art. 24 ust. 5 pkt 4 PZP – informacje wymagane w Części III lit. C wiersz siódmy JEDZ;
- na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia wskazanych w art. 24 ust. 5 pkt 5 PZP – informacje wymagane w Części III lit. C wiersz pierwszy JEDZ;
- na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia wskazanych w art. 24 ust. 5 pkt 6 PZP – informacje wymagane w Części III lit. C wiersz pierwszy JEDZ;
- na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia wskazanych w art. 24 ust. 5 pkt 7 PZP – informacje wymagane w Części III lit. C wiersz pierwszy JEDZ;

- na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dot. sytuacji finansowej – informacje nt. środków finansowych lub zdolności kredytowej, którymi dysponuje wykonawca, które podać należy w Części IV lit. B wiersz szósty JEDZ;

- na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dot. technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia – informacje nt. usług wykonanych lub wykonywanych (przy czym w tym przypadku będzie liczona wartość zrealizowanej części przedmiotu umowy) w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie) polegających na wykonywaniu prac z zakresu zagospodarowania lasu, zrywki i pozyskania drewna (na pakiety od I-XI), prac z zakresu szkółkarstwa i nasiennictwa (na pakiet nr XII), prac z zakresu maszynowego pozyskania drewna (na pakiet nr XIII), na kwotę nie mniejszą niż określona przez Zamawiającego zł. brutto na każdą część zamówienia, które podać należy w Części IV lit. C wiersz drugi (pkt 1b) JEDZ;

We wskazanej części JEDZ należy podać informacje nt. podmiotu, na rzecz którego były wykonywane usługi (ze wskazaniem nazwy i jego siedziby, terminu wykonywania usługi (dat dziennych rozpoczęcia i zakończenia realizacji), rodzaju wykonanych usług oraz wartości (brutto) wykonanych usług.

- na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dot. technicznej lub zawodowej w zakresie potencjału technicznego – informacje nt. ilości (1) ciągników zrywkowych typu skider lub ciągników przystosowanych do zrywki drewna, (2) ciągnika uniwersalnego 4x4 adoptowanego do prac leśnych z możliwością zrywki drewna metodą

półpodwieszoną, (3) ciągnikowej przyczepy samozaładowczej z żurawiem HDS do przewozu drewna , (4) pilarek spalinyowych, na pakiet nr II dodatkowo kolejki linowej. Na pakiet nr XII informacje nt. ilości (1) opryskiwacz plecakowy lub ciągnikowy do wykonania zabiegu chemicznego zwalczania szkodliwych organizmów, (2) ciągników o mocy nie mniejszej niż 100 KM , (3) ciągnika rolniczego o mocy do 100 KM, (4) przyczep rolniczych. Na pakiet nr XIII informacje nt. ilości (1) maszyn do pozyskania drewna typu harwester, (2) maszyn do wywozu pozyskanego drewna typu forwader;

- którymi dysponuje wykonawca, które podać należy w Części IV lit. C wiersz dziewiąty (pkt 9) JEDZ;

We wskazanej części JEDZ należy podać informacje nt. rodzaju urządzeń, ich opisu oraz podstawy dysponowania.

- na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dot. zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia – informacje nt. (1) osób które ukończyły z wynikiem pozytywnym szkolenie dopuszczające do pracy z pilarką zgodnie z § 21 rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 24 sierpnia 2006 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy przy wykonywaniu niektórych prac z zakresu gospodarki leśnej (Dz. U. Nr 161, poz. 1141) lub posiadających odpowiadające im uprawnienia wydane na podstawie poprzednio obowiązujących przepisów albo odpowiadające im uprawnienia wydane w innych Państwach Członkowskich Unii Europejskiej uznane zgodnie z przepisami ustawy z dnia 22 grudnia 2015 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (Dz. U. z 2016 r. poz. 65) a na pakiet nr XII dodatkowo osób, które ukończyły szkolenie w zakresie pracy ze środkami chemicznymi zgodnie z rozporządzeniem Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi z dnia 8 maja 2013 roku szkolenia w zakresie pracy ze środkami chemicznymi (Dz. U. z 2013 r. poz. 554) lub odpowiadające im szkolenia na podstawie poprzednio obowiązujących przepisów albo odpowiadające im szkolenia przeprowadzone na podstawie przepisów obowiązujących w innych Państwach Członkowskich Unii Europejskiej, które uprawniają do pracy w kontakcie ze środkami ochrony roślin.

Powyższe informacje należy podać w Części IV lit. C wiersz szósty (pkt 6) JEDZ.

We wskazanej części JEDZ należy podać informacje nt. danych personalnych (imię i nazwisko) osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, zakresu

wykonywanych przez nich czynności, posiadanych uprawnień bądź kwalifikacji (jeżeli są wymagane) oraz podstawy dysponowania.

JEDZ należy złożyć wraz z ofertą.

Zgodnie z postanowieniami Załącznika I do Rozporządzenia Wykonawczego Komisji (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiającego standardowy jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (Dz. Urz. UE seria L 2016 r. Nr 3, s. 16) JEDZ w przypadku gdy zamówienia dzielą się na części oraz warunki udziału w postępowaniu (nazywane w JEDZ kryteriami kwalifikacji) dla poszczególnych części są różne, należy wypełnić JEDZ dla każdej części odrębnie.

b) dowody, że usługi wykazane w JEDZ 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 wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy. W przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

c) informację banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert, Jeżeli z uzasadnionej przyczyny wykonawca nie może złożyć dokumentów dotyczących sytuacji finansowej lub ekonomicznej wymaganych przez zamawiającego, może złożyć inny dokument, który w wystarczający sposób potwierdza spełnianie opisanego przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu.

d) odpis z właściwego rejestru lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji, w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 1 PZP;

e) zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzające, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert lub inny dokument potwierdzający, że wykonawca zawarł porozumienie z właściwym organem podatkowym w sprawie spłat tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami, w szczególności uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu;

f) zaświadczenie właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego albo inny dokument potwierdzający, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert lub inny dokument potwierdzający, że wykonawca zawarł porozumienie z właściwym organem w sprawie spłat tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami, w szczególności uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu;

g) informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 ustawy oraz, odnośnie skazania za wykroczenie na karę aresztu, w zakresie określonym przez zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6 ustawy, wystawioną nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert;

h) oświadczenie wykonawcy o braku wydania wobec niego prawomocnego wyroku sądu lub ostatecznej decyzji administracyjnej o zaleganiu z uiszczaniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne albo – w przypadku wydania takiego wyroku lub decyzji – dokumenty potwierdzające dokonanie płatności tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami lub zawarcie wiążącego porozumienia w sprawie spłat tych należności (w odniesieniu do przesłanki wykluczenia opisanej w art. 24 ust. 1 pkt 15 PZP) (wg wzoru stanowiącego załącznik nr 5 do SIWZ);

i) oświadczenie wykonawcy o braku orzeczenia wobec niego tytułem środka zapobiegawczego zakazu ubiegania się o zamówienia publiczne (w odniesieniu do przesłanki wykluczenia opisanej w art. 24 ust. 1 pkt 22 PZP) (wg wzoru stanowiącego załącznik nr 5 do SIWZ);

j) oświadczenie wykonawcy o braku wydania prawomocnego wyroku sądu skazującego za wykroczenie na karę ograniczenia wolności lub grzywny w zakresie określonym przez

zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6 PZP (wg wzoru stanowiącego załącznik nr 5 do SIWZ),

k) oświadczenie wykonawcy o braku wydania wobec niego ostatecznej decyzji administracyjnej o naruszeniu obowiązków wynikających z przepisów prawa pracy, prawa ochrony środowiska lub przepisów o zabezpieczeniu społecznym w zakresie określonym przez zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 7 PZP(wg wzoru stanowiącego załącznik nr 5 do SIWZ);

l) oświadczenie wykonawcy o niezaleganiu z opłacaniem podatków i opłat lokalnych, o których mowa w ustawie z dnia 12 stycznia 1991 r. o podatkach i opłatach lokalnych (Dz. U. z 2016 r. poz. 716) (wg wzoru stanowiącego załącznik nr 5 do SIWZ);

Dodatkowo w Rozdziale 7 SIWZ zostało wskazane, że:

Dokumenty wskazane w pkt 7.1. lit. b - I Wykonawca będzie obowiązany złożyć w terminie wskazanym przez Zamawiającego, nie krótszym niż 10 dni, określonym w wezwaniu wystosowanym przez Zamawiającego do Wykonawcy po otwarciu ofert. Dokumenty wskazane w pkt 7.1. lit. b – I powinny być aktualne na dzień złożenia wyznaczony przez Zamawiającego.

7.14. Jeżeli jest to niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia, zamawiający może na każdym etapie postępowania wezwać wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych oświadczeń lub dokumentów potwierdzających, że nie podlegają wykluczeniu i spełniają warunki udziału w postępowaniu, a jeżeli zachodzą uzasadnione podstawy do uznania, że złożone uprzednio oświadczenia lub dokumenty nie są już aktualne, do złożenia aktualnych oświadczeń lub dokumentów.

Następnie Izba ustaliła, że Zamawiający w Rozdziale 14 SIWZ zatytułowanym „OPISY KRYTERIÓW, KTÓRYMI ZAMAWIAJĄCY BĘDZIE SIĘ KIEROWAŁ PRZY WYBORZE OFERTY ORAZ SPOSÓB OCENY I PORÓWNIANIA OFERT” wskazał, że:

14.1. Przy wyborze ofert w każdym Pakiecie Zamawiający będzie się kierował następującymi kryteriami oceny ofert:

- 1) Cena – 60 %,
- 2) Aspekty społeczne realizacji przedmiotu zamówienia – 20 %,
- 3) Samodzielna realizacja kluczowych elementów (części) zamówienia – 20 %.

14.2. Sposób obliczania punktów dla poszczególnych kryteriów:

1) W ramach kryterium „Cena” ocena ofert zostanie dokonana przy zastosowaniu wzoru:

$$C = \frac{C_n}{C_o} \times 100 \text{ pkt} \times 60 \%$$

gdzie:

C – liczba punktów w ramach kryterium „Cena”,

C_n - najniższa cena spośród ofert ocenianych

C_o - cena oferty ocenianej

Ocenie w ramach kryterium „Cena” podlegać będzie cena łączna brutto podana w formularzu oferty dla danego Pakietu (załącznik nr 1 do SIWZ).

Z uwagi na postanowienia art. 91 ust. 3a PZP, jeżeli złożono ofertę, której wybór prowadziłby do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług, Zamawiający w celu oceny takiej oferty dolicza do przedstawionej w niej ceny podatek od towarów i usług, który miałby obowiązek rozliczyć zgodnie z tymi przepisami.

2) W ramach kryterium „Aspekty społeczne realizacji przedmiotu zamówienia” oceniane będzie przyjęcie przez Wykonawcę zobowiązania umownego do wykonywania czynności z zakresu hodowli lasu i ochrony lasu wchodzących w skład przedmiotu zamówienia wyłącznie przez osoby zatrudnione na podstawie umowy o pracę w rozumieniu przepisów Kodeksu pracy dotyczy to pakietów od I do XI oraz XIII.

W ramach kryterium „Aspekty społeczne realizacji przedmiotu zamówienia” na pakiet nr XII oceniane będzie przyjęcie przez Wykonawcę zobowiązania umownego do wykonywania czynności związanych ze szkółkowaniem materiału sadzeniowego, wyorywaniem sadzonek, pieleniem pól siewnych wchodzących w skład przedmiotu zamówienia wyłącznie przez osoby zatrudnione na podstawie umowy o pracę w rozumieniu przepisów Kodeksu pracy dotyczy to pakietów od I do XI oraz XIII.

Zasady realizacji tego zobowiązania oraz zasady odpowiedzialności za jego niewykonanie zostały opisane we wzorze umowy (stanowiącym załącznik nr 6 do SIWZ). We wzorze umowy (stanowiącym załącznik nr 6 do SIWZ) zobowiązanie do wykonywania czynności z zakresu hodowli lasu i ochrony lasu wchodzących w skład przedmiotu zamówienia wyłącznie

przez osoby zatrudnione na podstawie umowy o pracę w rozumieniu przepisów Kodeksu pracy jest określane jako „Obowiązek Zatrudnienia”.

Wykonawca zamieści informację o przyjęciu na siebie zobowiązania umownego do wykonywania czynności z zakresu hodowli lasu i ochrony lasu wchodzących w skład przedmiotu zamówienia wyłącznie przez osoby zatrudnione na podstawie umowy o pracę w rozumieniu przepisów Kodeksu pracy w formularzu oferty (załącznik nr 1 do SIWZ). Brak wskazania w formularzu oferty przyjęcia przez Wykonawcę zobowiązania, o którym mowa w zdaniu poprzednim będzie uznawane jako nieprzyjęcie takiego zobowiązania, a oferta uzyska 0 pkt w ramach niniejszego kryterium oceny ofert. Oferta Wykonawcy, który zaciągnie takie zobowiązanie otrzyma 20 pkt.

3) W ramach kryterium „Samodzielna realizacja kluczowych elementów (części) zamówienia” oceniane będzie przyjęcie przez Wykonawcę zobowiązania umownego do wykonywania kluczowych elementów (części) zamówienia, określonych przez Zamawiającego w SIWZ, samodzielnie przez Wykonawcę składającego ofertę, tj. bez udziału podwykonawców. Zasady realizacji tego zobowiązania oraz zasady odpowiedzialności za jego niewykonanie zostały opisane we wzorze umowy (stanowiącym załącznik nr 6 do SIWZ). We wzorze umowy (stanowiącym załącznik nr 6 do SIWZ) zobowiązanie do wykonywania kluczowych elementów (części) zamówienia, określonych przez Zamawiającego w SIWZ, samodzielnie przez Wykonawcę składającego ofertę, tj. bez udziału podwykonawców jest określane jako „Obowiązek Samodzielnej Realizacji”. Kluczowe elementy (części) zamówienia dla poszczególnych Pakietów obejmują następujące czynności:

Pakiet I - XI prace z zakresu pozyskania i zrywki drewna

Pakiet XII – prace z zakresu oprysków chemicznych,

Pakiet XIII – pozyskanie drewna

Wykonawca zamieści informację o przyjęciu na siebie zobowiązania umownego do samodzielnej realizacji kluczowych części zamówienia w formularzu oferty (załącznik nr 1 do SIWZ). Brak wskazania w formularzu oferty przyjęcia przez Wykonawcę zobowiązania, o którym mowa w zdaniu poprzednim będzie uznawane jako nieprzyjęcie takiego zobowiązania, a oferta uzyska 0 pkt w ramach niniejszego kryterium oceny ofert. Oferta Wykonawcy, który zaciągnie takie zobowiązanie otrzyma 20 pkt.

14.3. Za najkorzystniejszą ofertę w danym Pakiecie uznana zostanie oferta, która uzyska największą sumę punktów uzyskanych w ww. kryteriach oceny ofert. Kryteria wskazane w pkt 14.1. zostaną zastosowane we wszystkich Pakietach. Oferta może uzyskać maksymalnie 100 punktów.

14.4. Jeżeli nie można wybrać oferty najkorzystniejszej z uwagi na to, że dwie lub więcej ofert przedstawia taki sam bilans ceny i innych kryteriów oceny ofert, Zamawiający spośród tych ofert wybierze ofertę z niższą ceną.

14.5. Ocena ofert zostanie dokonana oddzielnie dla każdego Pakietu.

W kontekście podniesionych zarzutów Izba ustaliła również, iż Zamawiający w załączniku nr 6 do SIWZ (wzór umowy) zawarł m.in. następujące postanowienia:

§ 7 Obowiązki Wykonawcy w zakresie personelu

1. Wykonawca jest odpowiedzialny za bezpieczeństwo i przestrzeganie przepisów i uregulowań prawnych obowiązujących w Rzeczypospolitej Polskiej, w tym stosowanych do prac z zakresu gospodarki leśnej oraz zasad i przepisów BHP i ppoż. na terenie wykonywanych prac.

2. Wykonawca obowiązany jest zapewnić udział w wykonywaniu prac osób o odpowiednich kwalifikacjach i w odpowiedniej liczbie („Personel Wykonawcy”) do zakresu prac objętych danym Zleceniem.

3. W zakresie, w jakim:

1) Zamawiający, na podstawie art. 29 ust. 3a PZP określił w SIWZ wymagania zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności wchodzące w skład przedmiotu zamówienia, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy (tekst jedn.: Dz. U. z 2014 r. poz. 1502, z późn. zm.),

2) Wykonawca, na podstawie kryteriów oceny ofert zawartych w SIWZ zobowiązał się do wykonywania czynności z zakresu hodowli lasu i ochrony lasu wchodzących w skład przedmiotu zamówienia wyłącznie przez osoby zatrudnione na podstawie umowy o pracę w rozumieniu przepisów Kodeksu pracy,

- Wykonawca gwarantuje Zamawiającemu, że osoby wykonujące te czynności będą zatrudnione na podstawie umowy o pracę w rozumieniu Kodeksu pracy, przy czym wykonanie tych zobowiązań (łącznie: „Obowiązek Zatrudnienia”) może nastąpić również poprzez zatrudnienie osób wskazanych w pkt 1 i 2 przez podwykonawców.

4. Przed rozpoczęciem realizacji czynności, do których odnosi się Obowiązek Zatrudnienia Wykonawca przedłoży Zamawiającemu umowy o pracę osób mających wykonywać te czynności, pod rygorem niedopuszczenia tych osób do realizacji tych czynności.

5. W przypadku zmiany składu osobowego Personelu Wykonawcy realizującego czynności, do których odnosi się Obowiązek Zatrudnienia, przed dopuszczeniem tych osób do wykonywania poszczególnych czynności Wykonawca obowiązany jest przedłożyć Zamawiającemu umowy o pracę dla tych osób, pod rygorem niedopuszczenia tych osób do realizacji tych czynności.

6. W trakcie realizacji zamówienia zamawiający uprawniony jest do wykonywania czynności kontrolnych wobec wykonawcy odnośnie spełniania przez wykonawcę lub podwykonawcę wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez Zamawiającego czynności. Zamawiający uprawniony jest w szczególności do:

- a) żądania oświadczeń i dokumentów w zakresie potwierdzenia spełniania ww. wymogów i dokonywania ich oceny,
- b) żądania wyjaśnień w przypadku wątpliwości w zakresie potwierdzenia spełniania ww. wymogów,
- c) przeprowadzania kontroli na miejscu wykonywania świadczenia.

7. W trakcie realizacji zamówienia na każde wezwanie zamawiającego w wyznaczonym w tym wezwaniu terminie wykonawca przedłoży zamawiającemu wskazane poniżej dowody w celu potwierdzenia spełnienia wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących wskazane w niniejszym § czynności w trakcie realizacji zamówienia:

- oświadczenie wykonawcy lub podwykonawcy o zatrudnieniu na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności, których dotyczy wezwanie zamawiającego. Oświadczenie to powinno zawierać w szczególności: dokładne określenie podmiotu składającego oświadczenie, datę złożenia oświadczenia, wskazanie, że objęte wezwaniem czynności wykonują osoby zatrudnione na podstawie umowy o pracę wraz ze wskazaniem liczby tych osób, rodzaju umowy o pracę i wymiaru etatu oraz podpis osoby uprawnionej do złożenia oświadczenia w imieniu wykonawcy lub podwykonawcy;
- poświadczoną za zgodność z oryginałem odpowiednio przez wykonawcę lub podwykonawcę kopię umowy/umów o pracę osób wykonujących w trakcie realizacji zamówienia czynności, których dotyczy ww. oświadczenie wykonawcy lub podwykonawcy (wraz z dokumentem regulującym zakres obowiązków, jeżeli został sporządzony). Kopia umowy/umów powinna zostać zanonimizowana w sposób zapewniający ochronę danych

osobowych pracowników, zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych (tj. w szczególności bez imion, nazwisk, adresów, nr PESEL pracowników). Informacje takie jak: data zawarcia umowy, rodzaj umowy o pracę i wymiar etatu powinny być możliwe do zidentyfikowania;

- zaświadczenie właściwego oddziału ZUS, potwierdzające opłacanie przez wykonawcę lub podwykonawcę składek na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne z tytułu zatrudnienia na podstawie umów o pracę za ostatni okres rozliczeniowy;

- poświadczoną za zgodność z oryginałem odpowiednio przez wykonawcę lub podwykonawcę kopię dowodu potwierdzającego zgłoszenie pracownika przez pracodawcę do ubezpieczeń, zanonimizowaną w sposób zapewniający ochronę danych osobowych pracowników, zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych.

8. Wykonawca zobowiązuje się do wykonywania Przedmiotu Umowy przez osoby wskazane w Ofercie. Zamawiający dopuszcza możliwość zmiany osób, o których mowa w zdaniu poprzednim, na inne posiadające co najmniej taką samą wiedzę i kwalifikacje oraz wymagane uprawnienia, jak wymagane w SIWZ. O planowanej zmianie osób lub dodatkowych osobach, przy pomocy których Wykonawca wykonuje Przedmiot Umowy, Wykonawca zobowiązany jest powiadomić Zamawiającego na piśmie przed dopuszczeniem tych osób do wykonywania prac. Postanowienia niniejszego ustępu nie uchybiają zobowiązaniom Wykonawcy wynikającym z Obowiązku Zatrudnienia, a jeżeli przyjął takie zobowiązanie także z Obowiązku Samodzielnej Realizacji.

9. Wykonawca zobowiązuje się dopuścić do wykonywania poszczególnych prac osoby, które zgodnie z obowiązującymi przepisami posiadają kwalifikacje do ich wykonania (np. odbyły odpowiednie szkolenia i ukończyły je z wynikiem pozytywnym, posiadają wymagane zaświadczenia kwalifikacyjne itp.). W przypadku stwierdzenia przez Przedstawiciela Zamawiającego wykonywania prac przez osoby, które nie powinny być dopuszczone do wykonywania tych prac z powodu braku odpowiednich kwalifikacji lub wymaganego prawem ich potwierdzenia, Przedstawiciel Zamawiającego jest uprawniony do wstrzymania wykonywania prac przez Wykonawcę lub żądania zaprzestania wykonywania tych prac przez taką osobę. Powyższe nie narusza uprawnień Zamawiającego, o których mowa w § 13 Umowy.

10. Wykonawca zobowiązany jest poinformować Personel Wykonawcy oraz podwykonawców o zagrożeniach dla zdrowia i życia istniejących na terenie, na którym prace będą wykonywane, w szczególności o zagrożeniach, przed którymi chronić ich będą środki

ochrony indywidualnej oraz przekazać informacje o tych środkach i zasadach ich stosowania, jak również o działaniach ochronnych i zapobiegawczych, jakie mogą zostać podjęte w celu wyeliminowania lub ograniczenia tych zagrożeń.

11. Przedstawiciel Zamawiającego uprawniony jest do sprawdzania tożsamości Personelu Wykonawcy uczestniczącego w realizacji prac

12. Wykonawca ma obowiązek wyznaczenia koordynatora zgodnie z przepisami prawa pracy (art. 208 § 1 pkt 2 Kodeksu pracy). W przypadku braku koordynatora na powierzchni Przedstawiciel Zamawiającego jest uprawniony do wstrzymania prac. Wstrzymanie prac w tym przypadku nie uchybia odpowiedzialności Wykonawcy z tytułu niedotrzymania terminu realizacji Zlecenia.

Izba ustaliła, iż wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum MD D.M., (...); Z.U.L. W.-H. H.S., (...); Usługi Leśne S.Z., (...); Usługi Leśne D.C., (...) oraz Usługi Leśne A.Ś., (...) z liderem D.C. Usługi Leśne (zwane dalej: „Konsorcjum D.C. Usługi Leśne”) złożyło ofertę m.in. na pakiet X zamówienia z ceną ofertową wynoszącą 824.088,69 złotych brutto. W pkt 9 formularza ofertowego (str. 50 oferty) ww. wykonawca złożył oświadczenie, że zobowiązuje się do wykonania czynności z zakresu hodowli i ochrony lasu wchodzących w skład przedmiotu zamówienia wyłącznie przez osoby zatrudnione na podstawie umowy o pracę w rozumieniu przepisów Kodeksu pracy („Obowiązek zatrudnienia” – zgodnie z wzorem umowy stanowiącym załącznik nr 6 do SIWZ). Izba ustaliła również, że Konsorcjum D.C. Usługi Leśne na str. 60 – 162 oferty złożyło standardowe formularze Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (dalej JEDZ) dla każdego członka konsorcjum, w którym wskazano, że Konsorcjum to ubiega się o zamówienie w pakietach nr I, IV, VII, VIII, IX oraz X. Jednocześnie w każdym z formularzy w części IV.C. w pkt 6 wskazano osoby posiadające stosowne kwalifikacje (np. uprawnienia do wykonywania zawodowej pracy pilarkami) lub dysponującymi doświadczeniem jako operatorzy sprzętu i doświadczeniem przy hodowli oraz ochronie lasu, na potwierdzenie spełniania warunków wraz ze wskazaniem podstaw dysponowania tymi osobami (umowa o pracę). Izba ustaliła również, iż każdy członek konsorcjum wskazał inne osoby na potwierdzenie warunku (Andrzej Śpiewka – 8 osób na str. 73 oferty, D.C. 7 osób na str. 90 i 91 oferty, D.M. 8 osób na str. 107 i 108 oferty, S.Z. 9 osób na str. 141 i 142 oferty, H.S. 8 osób na str. 159 oferty).

Izba ustaliła, iż wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum D.C. Usługi Leśne złożyło również ofertę na pakiet I zamówienia z ceną ofertową wynoszącą 670.005,61 złotych brutto. W pkt 9 formularza ofertowego (str. 50 oferty) ww. wykonawca

złożył oświadczenie, że zobowiązuje się do wykonania czynności z zakresu hodowli i ochrony lasu wchodzących w skład przedmiotu zamówienia wyłącznie przez osoby zatrudnione na podstawie umowy o pracę w rozumieniu przepisów Kodeksu pracy („Obowiązek zatrudnienia” – zgodnie z wzorem umowy stanowiącym załącznik nr 6 do SIWZ).

Izba ustaliła, że w ramach pakietu nr 1 ofertę złożył również wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie Konsorcjum Zakład Usług Leśnych K.L., (...), (...); Zakład Usług Leśnych K.G., (...); Usługi Leśne W.K., (...); Usługi Leśne A.G., (...); Zakład Usług Leśnych R.K., (...), (...); K. D.S., (...) oraz Firma Usługowa J.W., (...) (zwane dalej „Konsorcjum U.L.M.”) z ceną ofertową wynoszącą 667.533,45 złotych brutto. W pkt 9 formularza ofertowego (str. 2 formularza ofertowego dla pakietu nr I) ww. wykonawca złożył oświadczenie, że zobowiązuje się do wykonania czynności z zakresu hodowli i ochrony lasu wchodzących w skład przedmiotu zamówienia wyłącznie przez osoby zatrudnione na podstawie umowy o pracę w rozumieniu przepisów Kodeksu pracy („Obowiązek zatrudnienia” – zgodnie z wzorem umowy stanowiącym załącznik nr 6 do SIWZ).

Izba ustaliła, że Zamawiający dwoma pismami datowanymi na dzień 28.12.2016 r. wezwał wykonawcę Konsorcjum U.L.M. z pełnomocnikiem K.L. na podstawie art. 24aa ust. 1 i 2 oraz pkt 7 SIWZ o dostarczenie wymaganych dokumentów w formie kserokopii za zgodność z oryginałem oraz wezwał do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 pkt 1 i 1a ustawy Pzp, wniósł o uzupełnienie formularza JEDZ o wykaz narzędzi dla pakietu I i IV, jak również poinformował o poprawieniu omyłki rachunkowej ofercie w zakresie pakietu nr V przy wyliczeniu stawki podatku VAT. W zakresie wezwania o uzupełnienie dokumentów Zamawiający wyznaczył wykonawcy 7-mio dniowy termin na dostarczenie ww. dokumentów i wskazał, że jego niedotrzymanie będzie skutkowało odrzuceniem oferty.

Izba ustalił ponadto, iż Zamawiający dwoma pismami z dnia 28.12.2016 r. (Znak sprawy Z.270.6.2016.ZGO i Z.270.4.2016.ZGO - każde o tożsamej treści) wezwał wykonawcę Konsorcjum Leśne D.C., (...) na podstawie art. 24aa ust. 1 i 2 oraz pkt 7 SIWZ o dostarczenie wymaganych dokumentów w formie kserokopii za zgodność z oryginałem. Zamawiający wyznaczył wykonawcy 7-mio dniowy termin na dostarczenie ww. dokumentów i wskazał, że jego niedotrzymanie będzie skutkowało odrzuceniem oferty. Odbiór ww. pism został potwierdzony w dniu 28 i 29 grudnia 2016 r. podpisem pełnomocnika Konsorcjum.

Jak Izba ustaliła Zamawiający pismem z dnia 05.01.2017 r. poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej. Jako najkorzystniejsza w zakresie pakietu nr I została wybrana oferta Konsorcjum Usługi Leśne, (...), (...), zaś w zakresie pakietu nr X za najkorzystniejszą ofertę została uznana oferta Konsorcjum Leśne lider D.C., (...). Ponadto Zamawiający wskazał, iż nie wybrano następujących ofert: dla pakietu nr I Konsorcjum P., (...) oraz Konsorcjum Leśne, Lider D.C., (...), zaś w zakresie pakietu nr X nie wybrano oferty Usługi Leśne D.T., (...).

Następnie Izba ustaliła, że w obu wniesionych odwołania zawarte zostały analogiczne zarzuty, żądania oraz argumentacja prawna i faktyczna z tą różnicą, iż odwołanie rozpoznawane pod sygn. akt 99/17 KIO odnosi się do pakietu nr X postępowania, zaś odwołanie rozpoznawane pod sygn. akt KIO 100/17 odnosi się do pakietu nr I.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż sformułowane przez Odwołujących się wykonawców w zakresie obu odwołań zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

1. W pierwszej kolejności Izba wskazuje, iż w zakresie obu odwołań, ze względu na sposób sformułowania zarzutów, zachodzi znaczna trudność w ich identyfikacji, a w szczególności ich podstaw faktycznych.

Jak bowiem wskazuje się w orzecznictwie *„niezbędne jest wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających sformułowanie zarzutu, a nie posługiwanie się hasłami, które nie wyznaczają sfery możliwości działania danego podmiotu. (...) Poprawne sformułowanie zarzutu nie sprowadza się bowiem do podania nazwy aktu prawnego, który zdaniem Odwołującego się, został naruszony, a wymaga konkretyzacji w zakresie normy prawnej i wskazania stanu faktycznego, który pod tę normę podpada.”* (za wyrokiem z dnia 26.10.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1461/09). Reasumując, zgodnie z art. 180 ust. 3 Pzp uzasadnienie zarzutu oprócz przywołania podstawy prawnej powinno zawierać także szczegółowe uzasadnienie faktyczne.

Dokonując analizy wniesionych odwołań Izba ustaliła, iż mam w tym przypadku w zasadzie do czynienia z jednym poprawnie sformułowanym zarzutem, w związku z którym Odwołujący się wykonawcy wskazali szereg sankcji prawnych w postaci konieczności wykluczenia oraz odrzucenia ofert wykonawców, które zostały uznane za najkorzystniejsze w ramach pakietów nr I i X. W treści uzasadnienia obu rozpoznawanych odwołań wskazane zostało bowiem, że: *Jednocześnie specyfikacja zamówienia została tak sformułowana, by wykonawcy ubiegający się o zamówienie w pakietach przekraczających jeden dysponowali w kolejnych innym zasobem technicznym i zawodowym co wykluczało powoływanie się na już raz zgłoszone i ujawnione stany posiadania.* W związku z powyższym Odwołujący wskazali, że: *W odniesieniu do kwalifikacji zawodowych wymagane było wykazanie zatrudnienia osób na podstawie umów o pracę zgodnie z przepisami art. 22 § 1 k.p. oraz, że: Wybrane przez Zamawiającego oferty w dacie ich składania nie odpowiadały warunkom specyfikacji szczególnie w załączniku JEDZ w części IV.C. stanowi to czyn nieuczciwej konkurencji.*

Odwołujący rozwijając tak sformułowany zarzut wskazali, iż wybrani w postępowaniu wykonawcy ubiegając się o zamówienie złożyli oferty dla kilku pakietów jednocześnie wskazując, celem uzyskania punktacji w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert „Aspekty społeczne realizacji przedmiotu zamówienia – 20%” te same osoby dla różnych pakietów wskazując jednocześnie, że dopiero po uznaniu ich ofert za najkorzystniejsze, wykonawcy ci rozpoczęli poszukiwania pracowników, co w ocenie Odwołujących się wykonawców stanowi czyn nieuczciwej konkurencji oraz jednocześnie podstawę do ich wykluczenia z postępowania ze względu na złożenie nieprawdziwych informacji (wprowadzenie w błąd Zamawiającego).

Co do pozostałych „zarzutów” sformułowanych i podniesionych przez Odwołujących się wykonawców na etapie rozprawy (niespełnienie warunków udziału w postępowaniu, w tym brak wymaganych urządzeń oraz personelu na potwierdzenie warunków) Izba wskazuje, że nie zostały one podniesione w ramach wniesionych odwołań.

Izba wskazuje, iż na mocy art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Tym samym będąc związaną wzorcami kontroli dla czynności Zamawiającego, wskazanymi w treści obu odwołań (o sygn. akt KIO 99/17 i KIO 100/17), winna uwzględnić ich treść i ustalić, czy doszło do wyczerpania hipotezy wskazanych przez Odwołującego norm prawnych.

Izba wskazuje, iż obowiązkiem wykonawcy wnoszącego odwołanie jest precyzyjne sformułowanie zarzutu. Jest to wynikiem faktu, że dokonywana przez Izbę ocena naruszenia przez Zamawiającego określonych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp jest każdorazowo rozpatrywana w zakresie dokonanej przez Zamawiającego czynności. Tym samym to

wskazane przez Odwołującego podstawy faktyczne decydują o potwierdzeniu, bądź nie potwierdzeniu zarzutu podniesionego w ramach wniesionego środka ochrony prawnej. Wszakże zgodnie z art. 180 ust. 3 ustawy Pzp odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięźle przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania.

Ponadto należy wskazać, iż rozszerzenie na etapie rozprawy zarzutów zawartych w odwołaniu o nowe podstawy faktyczne powoduje *de facto* podniesienie nowych zarzutów, gdyż o ich istnieniu decydują dwa czynniki – przepis, który w ocenie odwołującego został naruszony przez zamawiającego oraz sposób jego naruszenia, tj. czynność lub zaniechanie, które stanowi podstawę faktyczną zarzutu. Wskazanie jedynie przepisu, który został przez zamawiającego naruszony nie przesądza o istnieniu zarzutu, gdyż ten winien być wynikiem działania lub zaniechania zamawiającego. Jak wyżej wskazano powyższe wynika z normy prawnej wyrażonej w art. 180 ust. 3 ustawy Pzp, który wskazuje, iż odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy (...). Powyższe wskazuje, iż zarzut zawarty w odwołaniu formułowany jest wobec określonej czynności lub zaniechania czynności, które to działanie lub zaniechanie należy odnieść do konkretnego przepisu ustawy Pzp. W szczególności powyższy przepis należy odnosić do przypadków, gdzie odwołujący wskazuje naruszenie przepisów regulujących zasady udzielania zamówień publicznych, z których to przepisów nie da się dookreślić ściśle sprecyzowanych obowiązków zamawiającego. Dopiero dopełnienie tychże przepisów (art. 7 ust. 1 - 3 ustawy Pzp) normami o charakterze dyspozytywnym umożliwi ocenę, czy doszło do bezprawnego zróżnicowania pozycji wykonawców. W przypadku przepisów ustawy Pzp nakładających na zamawiającego określone obowiązki (np. art. 90 ust. 1 wezwanie w zakresie rażąco niskiej ceny) samo wskazanie przepisu może umożliwić odniesienie go do określonych działań zamawiającego w konkretnym postępowaniu. Wobec powyższego Izba wskazuje, iż jest związana normą prawną zawartą w treści przepisu art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, który stanowi, że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Tym samym, poza ujętym w treści odwołania zarzutem związanym z danymi ujętymi w części IV.C formularza JEDZ, przy uwzględnieniu wskazanych przez Odwołujących się wykonawców postanowień SIWZ odnoszącymi się do okoliczności, (...) *by wykonawcy ubiegający się o zamówienie w pakietach przekraczających jeden dysponowali w kolejnych innym zasobem technicznym i zawodowym co wykluczało powoływanie się na już raz zgłoszone i ujawnione stany posiadania.* oraz wymogiem, iż *W odniesieniu do kwalifikacji zawodowych wymagane było wykazanie zatrudnienia osób na podstawie umów o pracę*

zgodnie z przepisami art. 22 § 1 k.p. Izba nie rozpoznała innych zarzutów – mając na względzie treść przepisu art. 192 ust. 7 ustawy Pzp. W ocenie Izby powyższe twierdzenia wpisują się w zarzut wprowadzenia Zamawiającego w błąd, który został wskazany w odwołaniach (art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp) i po części korespondował z argumentacją podniesioną na etapie rozprawy. Powyższe Odwołujący się wykonawcy wywodzili z faktu, że wykonawcy, których oferty zostały uznane za najkorzystniejsze, wskazali dla poszczególnych części te same osoby do realizacji czynności składających się na przedmiot zamówienia i zadeklarowali, że będą one zatrudnione na umowę o pracę i dopiero po wyborze tych ofert w ramach pakietów nr I i X starają się pozyskać personel – co stanowi wprowadzenie w błąd Zamawiającego, gdyż osoby te powinny być zatrudnione na umowę o pracę w dniu składania ofert – analogicznie jak uczynili to Odwołujący się wykonawcy.

W takim też zakresie zarzuty te zostaną rozpoznane przez Izbę.

2. Odnosząc się na wstępie do zarzutu naruszenia **art. 24aa ustawy Pzp**, który determinuje w specyficzny sposób czynności Zamawiającego w niniejszym postępowaniu, Izba wskazuje, że regulacja ta dotychczas nie była przedmiotem rozstrzygnięcia w orzecznictwie i nie posiada utrwalonego stanowiska w doktrynie. Regulacja związana z tzw. procedurą odwróconą jest wynikiem implementacji do krajowego porządku prawnego tzw. dyrektywy klasycznej (2014/24/UE) i ujętego tam postulatu zmierzającego do odformalizowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Jak wskazano w Sekcji 3 dyrektywy 2014/24/UE zatytułowanej „Wybór uczestników oraz udzielenie zamówienia” w art. 56 zatytułowanym „Zasady ogólne” w ust. 2, gdzie wskazano, że: *W procedurach otwartych instytucje zamawiające mogą podjąć decyzję o rozpatrzeniu ofert przed sprawdzeniem, że nie ma podstaw wykluczenia, i przed weryfikacją spełnienia kryteriów kwalifikacji, zgodnie z przepisami art. 57–64. Jeżeli instytucje zamawiające korzystają z tej możliwości, zapewniają, by sprawdzenie niewystępowania podstaw wykluczenia i weryfikacja spełnienia kryteriów kwalifikacji przebiegały w sposób bezstronny i przejrzysty, tak aby żadnego zamówienia nie udzielono oferentowi, który powinien być zostać wykluczony na podstawie art. 57 lub który nie spełnia kryteriów kwalifikacji określonych przez instytucję zamawiającą.*

Następnie Izba wskazuje, iż Zamawiający przewidział w treści SIWZ, iż w ramach postępowania zastosowanie będzie miała tzw. „procedura odwrócona” uregulowana w treści art. 24aa ust. 1 i 2 ustawy Pzp – czym jednocześnie wypełnił konieczny warunek dla

wprowadzenia możliwości zastosowania tego rodzaju sposobu procedowania. Oznacza to, iż Zamawiający w ramach czynności badania i oceny złożonych w postępowaniu ofert dokonuje ustalenia, która ze złożonych ofert jest ofertą najkorzystniejszą w oparciu o kryteria oceny przewidziane w treści SIWZ, a następnie bada czy jej treść jest zgodna z treścią SIWZ (zgodność zaoferowanego przedmiotu zamówienia z treścią SIWZ) i ocenia, czy wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, spełnia warunki podmiotowe oraz nie podlega wykluczeniu z postępowania badając oświadczenia własne wykonawcy złożone w ramach Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (dalej JEDZ), a następnie wzywa tego wykonawcę do złożenia dokumentów podmiotowych przed udzieleniem zamówienia. W taki też zakresie informuje pozostałych wykonawców o wyniku postępowania.

Jak wskazuje art. 56 ust. 1 i 3 dyrektywy klasycznej (2014/24/UE):

1. Zamówień udziela się na podstawie kryteriów określonych zgodnie z art. 67–69, pod warunkiem że instytucja zamawiająca sprawdziła, zgodnie z art. 59–61, że spełnione są wszystkie następujące warunki:

a) oferta jest zgodna z wymaganiami, warunkami i kryteriami określonymi w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania oraz w dokumentach zamówienia, z uwzględnieniem, w stosownych przypadkach, art. 45;

b) oferta pochodzi od oferenta, który nie został wykluczony zgodnie z art. 57, oraz spełnia kryteria kwalifikacji określone przez instytucję zamawiającą zgodnie z art. 58, a także, w stosownych przypadkach, niedyskryminacyjne zasady i kryteria, o których mowa w art. 65.

3. 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 niniejszą dyrektywę 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.

Prawodawca krajowy implementując powyższy wymóg dyrektywy znowelizował m.in. przepis art. 26 ustawy Pzp nadając mu następujące brzmienie:

Ust. 1. Zamawiający przed udzieleniem zamówienia, którego wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie

krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1. Przepisu zdania pierwszego nie stosuje się do udzielania zamówień w przypadkach, o których mowa w art. 101a ust. 1 pkt 1 lub pkt 2 lit. a.

Ust. 2f. Jeżeli jest to niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia, zamawiający może na każdym etapie postępowania wezwać wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych oświadczeń lub dokumentów potwierdzających, że nie podlegają wykluczeniu, spełniają warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, a jeżeli zachodzą uzasadnione podstawy do uznania, że złożone uprzednio oświadczenia lub dokumenty nie są już aktualne, do złożenia aktualnych oświadczeń lub dokumentów.

Ust. 3. Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielenia wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Jedynie pobieżna analiza powyższych przepisów pozwala przyjąć, iż:

- ust. 1 art. 26 ustawy Pzp nakłada na podmiot zamawiający obowiązek wezwania o dokumenty wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą – pozostawiając podmiotowi zamawiającemu swobodę w wyborze terminu pod warunkiem, że nastąpi to przed udzieleniem zamówienia (za który w ocenie Izby należy uznać termin podpisania umowy);
- ust. 2f powyższego przepisu kreuje normę o charakterze *ius dispositivum* i uzależnia jej zastosowanie od oceny dokonanej na etapie postępowania, przy czym za podstawę uznania, że mamy do czynienia z sytuacją zmierną do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania (podkreślenie Izby), należałoby uznać okoliczności o charakterze obiektywnym – nie zaś subiektywnym (zależnym jedynie od oceny podmiotu zamawiającego). Jednocześnie uznać należy, że pod pojęciem *zapewnienie odpowiedniego przebiegu postępowania* kryje się postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego – nie zaś postępowanie odwoławcze;
- ust. 3 powyższego przepisu zawiera normę o charakterze *ius cogens* – zbliżoną swoim znaczeniem do rozumienia uprzednio obowiązującego art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Zamawiający oświadczył, iż zbadał oferty uznane za najkorzystniejsze i dokonał wezwania tych wykonawców o dokumenty, co znajduje potwierdzenie w dokumentacji postępowania. Zamawiający ustalił ranking złożonych ofert, poinformował wykonawców (pismo z dnia 05.01.2017 r.), która oferta dla każdego z pakietów jest oferta najkorzystniejszą oraz które oferty nie zostały uznane za najkorzystniejsze i wezwał wybranych wykonawców do przedłożenia dokumentów podmiotowych.

W ocenie Izby takie postępowanie wpisuje się w regulację ujętą w treści art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp oraz przesłanki jakimi kierował się prawodawca unijny modyfikując proces ubiegania się o zamówienie publiczne, przy jednoczesnym wprowadzeniu formularza Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (JEDZ). W ocenie Izby, kierując się treścią art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający nie miał obowiązku wezwania wykonawców do złożenia dokumentów przed upływem terminu na wnoszenie środków ochrony prawnej. Odwołujący zarzucali Zamawiającemu prowadzenie postępowania wbrew regułom wskazanym dla tzw. „procedury odwróconej” – nie precyzując jednak na czym te nieprawidłowości miałyby polegać i niejako dokonując „nadmiarowej” interpretacji postanowień SIWZ (co do obowiązku zatrudnienia osób na umowę o pracę w kontekście pozacenowego kryterium społecznego już na etapie ubiegania się o zamówienia) i myląc te ostatnie wymagania z warunkami udziału w postępowaniu. Jako wzorzec kontroli dla czynności Zamawiającego Odwołujący się wykonawcy wskazali wszakże również art. 24aa ust. 2 ustawy Pzp nie wskazując ujętych w tym przepisie okoliczności, tzn. że wykonawcy, których oferty zostały w zakresie pakietu nr I i X uznane za najkorzystniejsze, uchylili się od zawarcia umowy lub nie wnieśli wymaganego zabezpieczenia należytego jej wykonania.

W tym miejscu Izba nadto wskazuje, iż samo wprowadzenie formularza JEDZ zostało uzasadnione w motywie 84 preambuły dyrektywy klasycznej (dyrektywa 2014/24/UE), jak również szczegółowymi regulacjami ujętymi w części normatywnej tej dyrektywy (art. 59), gdzie zwrócono szczególną uwagę na projekt rozporządzenia wykonawczego Komisji Europejskiej wprowadzającego standardowy formularz jednolitego europejskiego dokument zamówienia oraz załącznika do tego rozporządzenia, gdzie zawarty jest szereg praktycznych informacji mogących przybliżyć sposób procedowania w oparciu o ten formularz oraz wskazówek, które mogą okazać się przydatne dla rozwiązywania ewentualnych problemów praktycznych.

Jak wskazano w motywie 84 dyrektywy klasycznej wykonawcy, a w szczególności małe i średnie przedsiębiorstwa, za jedną z głównych barier dla udziału w postępowaniach uznają konieczność przedstawienia znacznej liczby zaświadczeń i innych dokumentów dotyczących kryteriów wykluczenia i kwalifikacji. Tym samym ustawodawca unijny, jako

remedium na powyższe trudności, postanowił wprowadzić standardowe zaktualizowane oświadczenie własne w postaci jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, którego wdrożenie może uprościć procedurę, zarówno dla wykonawców, jak również instytucji zamawiających.

W art. 59 dyrektywy 2014/24/UE zostało podniesione, iż JEDZ jest dokumentem przedstawianym wyłącznie elektronicznie, obejmującym zaktualizowane ustandaryzowane i formalne oświadczenie własne wykonawcy, które stanowi dowód wstępny zastępujący zaświadczenia wydawane przez organy publiczne lub podmioty trzecie wobec wykonawcy na potwierdzenie, że dany wykonawca nie podlega wykluczeniu na podstawie którejkolwiek z przesłanek określonych w art. 57 dyrektywy, spełnia warunki udziału w postępowaniu określone w art. 58 dyrektywy w zakresie kompetencji do prowadzenia działalności zawodowej, sytuacji ekonomicznej i finansowej oraz zdolności technicznej i zawodowej, jak również potwierdzającym w postępowaniach dwuetapowych, że wykonawca spełnia obiektywne zasady i warunki, na których opiera się prekwalfikacja. Dodatkowo dokument ten określa również organ publiczny lub podmiot trzeci odpowiedzialny za wystawienie dokumentów potwierdzających informacje w nim zawarte, które mogą być uzyskane przez zamawiającego bezpośrednio z bezpłatnych krajowych baz danych w poszczególnych Państwach Członkowskich lub zamawiający może na dowolnym etapie postępowania zwrócić się do wykonawców o przedłożenie wszystkich lub niektórych dokumentów potwierdzających informacje ujęte w formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia.

Mając na uwadze ustalone w oparciu o dokumentację postępowania okoliczności faktyczne, przy uwzględnieniu treści znowelizowanych przepisów i ich pronunijnej wykładni, Izba uznała, iż prowadzone przez Zamawiającego postępowanie wpisywało się w założenia prawodawcy unijnego i realizowało cel dyrektywy klasycznej (2014/24/UE) – co do jego przejrzystości, zniesienia nadmiernego formalizmu oraz zapewnienia wykonawcom minimalnych standardów umożliwiających kontrolę podjętych w postępowaniu czynności w ramach środków ochrony prawnej.

Tym samym w zakresie zarzutu z art. 24aa ust. 1 i 2 ustawy Pzp Izba wskazuje, iż tak sformułowany w obu odwołaniach zarzut nie potwierdził się.

3. Odnosząc się do postawionych przez Odwołującego zarzutów związanych z zaniechaniem Zamawiającego wykluczenia wykonawcy Konsorcjum z liderem Usługi Leśne D.C. oraz wykonawcy Konsorcjum Usługi Leśne (...) (**art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp**) wskazać należy, iż Odwołujący podstawą faktyczną powyższych zarzutów uczynił fakt, iż wykonawcy ci

składając w złożonych wraz z ofertą oświadczeniach na formularzu JEDZ o fakcie wykorzystania na etapie realizacji osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę. Odwołujący wskazali, iż obaj wykonawcy, tj. Konsorcjum z liderem Usługi Leśne D.C. oraz Konsorcjum Usługi Leśne (...) wskazali dla równych pakietów postępowania te same osoby jednocześnie potwierdzając nieprawdę w złożonych oświadczeniach, gdyż dopiero poszukują oni na rynku pracowników, w tym starają się „przejąć” pracowników Odwołujących się wykonawców.

Izba poddając analizie formularze JEDZ złożone przez Konsorcjum z liderem Usługi Leśne D.C. oraz wykonawcy Konsorcjum Usługi Leśne (...) uznała, iż każdy z wykonawców wchodzących w skład każdego z konsorcjów złożył własne oświadczenie na formularzu JEDZ jednocześnie wskazując dla każdego odrębnego pakietu różne osoby przewidziane do realizacji przedmiotu zamówienia. Mając na uwadze powyższe, w ocenie Izby, nie sposób przychylić się do stanowiska wyrażonego przez Odwołujących w treści wniesionych odwołań oraz na rozprawie.

Zgodzić się w tym miejscu należy z Zamawiającym, że obaj Odwołujący mylą kwestie spełnienia warunków udziału w postępowaniu z deklaracjami wykonawców mającymi na celu wykorzystanie na etapie realizacji umowy osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę, co pozwoliło uzyskać tym wykonawcom dodatkowe punktu w ramach kryterium społecznego.

Jednocześnie Izba wskazuje, w kontekście podniesionych w obu odwołaniach zarzutów naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp, że aby mogło dojść do ich potwierdzenia w ramach środków ochrony prawnej konieczne jest podważenie prawdziwości złożonych w postępowaniu oświadczeń wiedzy (zazwyczaj złożonych przy wykorzystaniu formularza JEDZ) z uwzględnieniem odmienności procedury przewidzianej w art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp.

Przy zastosowaniu formularza JEDZ proces dowodzenia mający na celu podważenie prawdziwości złożonego oświadczenia obejmuje obiektywnie istniejącą sytuację podmiotową wykonawcy (rzeczywisty stan rzeczy), gdyż co do zasady każdy z wykonawców będzie w stanie wykazać w toku postępowania spełnienie warunków udziału w oparciu o własne oświadczenie. Pomimo wprowadzenia w toku procedury ubiegania się o zamówienie publiczne standardowego formularza stanowiącego oświadczenie własne wykonawcy i tym samym narzędzie służące wykazaniu spełnienia przez niego kryteriów kwalifikacji i braku podstaw do wykluczenia w toku procedury odwoławczej doszło w ramach środków ochrony prawnej w procesie dowodzenia do odejścia od zasady prawdy formalnej na rzecz prawdy materialnej. Taki proces dowodzenia nie będzie się bowiem odnosił do przebiegu

postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (wykonawcy co do zasady nie będą doszukiwali się nieprawidłowości w dokumentach złożonych wraz z wnioskiem lub ofertą), lecz obejmie badanie sytuacji podmiotowej wykonawcy w oparciu o źródła zewnętrzne (publiczne i prywatne rejestry, jego relacje kontraktowe z innymi podmiotami, jego stan majątkowy, płynność finansową, stan kadrowy i posiadane narzędzia, tabor oraz urządzenia). Oznacza to, iż stosunkowo łatwo jest wykazać wykonawcom w toku postępowania brak podstaw do wykluczenia i spełnienie kryteriów kwalifikacji, przy jednoczesnym utrudnieniu w zakwestionowaniu w drodze środków ochrony prawnej czynności podmiotu zamawiającego obejmującej ocenę wniosków lub ofert. Proces dowodzenia będzie bowiem wymagał wyjścia poza dokumentację postępowania przetargowego i poszukiwanie dowodów na potwierdzenie podnoszonych okoliczności w różnego rodzaju źródłach zewnętrznych.

W takich też warunkach funkcjonują Odwołujący w ramach rozpoznawanych odwołań. Co do zasady, poza kwestią wskazania, że wykonawcy Konsorcjum z liderem Usługi Leśne D.C. oraz wykonawcy Konsorcjum Usługi Leśne (...) (dla pakietów X i I) wskazali dla poszczególnych części te same osoby do wykonania zamówienia (co Izba nie potwierdziła w oparciu o dokumentację postępowania) zmuszeni byli poszukiwać dowodów zewnętrznych na potwierdzenie potwierdzonych zarzutów. Jednakże obaj Odwołujący, w ocenie Izby, nie sprostali ciężącym na nich obowiązkom dowodowym. Odwołujący w ramach odwołania o sygn. akt KIO 100/17 wskazywał jedynie na nie poparte dowodami okoliczności, że wykonawcy wybrani w postępowaniu poszukują pracowników w Urzędzie Pracy i starają się „podkupić” jego własny personel.

Po pierwsze, jak wyżej wskazano, tezy te nie zostały poparte żadnymi dowodami, po drugie zaś, jak słusznie wskazał Zamawiający, obaj Odwołujący mylą warunki udziału w postępowaniu w sformułowanym przez Zamawiającego (na potrzeby oceny ofert) pozacenowym kryterium o charakterze społecznym, które nie może stanowić podstawy do ich wykluczenia na podstawie (art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp) – przy formalnym braku takiego zarzutu i nie może być badane na tym etapie postępowania pod względem jego prawdziwości.

Mechanizm wprowadzenia tego kryterium jest taki, że wykonawcy przy zadeklarowaniu dla każdej części (pakietu) zamówienia, że na etapie realizacji będą wykonywać czynności za pomocą osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę (minimum 5 osób dla każdego pakietu) otrzymają maksymalną ilość punktów w zakresie kryterium społecznego (o wadze 20%). Jak słusznie wskazał Zamawiający jest to wstępna deklaracja, nie stanowiąca o konieczności zatrudnienia tych osób już na etapie ubiegania się o zamówienie (co zostało przez Odwołujący błędnie odczytane jako obowiązek takiego zatrudnienia) stanowiąc jednocześnie całkowicie odrębny element postępowania od konieczności wykazania

posiadania odpowiedniego personelu zdolnego do realizacji zamówienia (który stanowił dopiero podmiotowy warunek udziału w postępowaniu).

Analizując przywołane w uzasadnieniu faktycznym postanowienia SIWZ wskazać należy, iż brak deklaracji (podkreślenie Izby) o zatrudnieniu minimum 5 osób z personelu na podstawie umowy o pracę dla każdego z pakietów mogło jedynie skutkować brakiem przyznania punktów w ramach kryterium społecznego, zaś weryfikacja spełnienia tego wymogu, jak słusznie wskazał Zamawiający w toku rozprawy, następowała dopiero na etapie realizacji umowy w oparciu o treść § 7 ust. 3 pkt 2 oraz § 7 ust. 4, 5 i 7 projektu umowy.

Powyższe potwierdza treść Rozdziału 14 SIWZ wskazującego, że: *Zasady realizacji tego zobowiązania oraz zasady odpowiedzialności za jego niewykonanie zostały opisane we wzorze umowy (stanowiącym załącznik nr 6 do SIWZ)* – zatem, w ocenie Izby, przyjęte na siebie przez wykonawców zobowiązanie umowne nie może być utożsamiane z warunkami udziału w postępowaniu i nie może być badane co do jego prawdziwości. Jest to oświadczenie woli (pisemna deklaracja złożona na przyszłość), dla którego nie stosuje się rozróżnienia prawda/fałsz.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp.

4. Co do wskazanych w *petitum* oby odwołań przepisami **art. 89 ust. 1 pkt 1 – 3 ustawy Pzp** Izba wskazuje, że nie zostały one wypełnione żadną merytoryczną treścią. Odwołujący się wykonawcy jedynie wskazali, iż brak weryfikacji przez Zamawiającego prawdziwości informacji ujętych w części IV.C JEDZ, co ich prawdziwości stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w kontekście zasad ujętych w treści art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Jak zostało to już wskazane Izba ustaliła, że informacje prezentowane przez wykonawcę w części IV.C JEDZ stanowiły deklarację związaną z pozacenowym kryterium społecznym (odnoszącym się do etapu realizacji i weryfikowanym – stosownie do postanowień umowy na etapie jej wykonania) i nie mogły być weryfikowane pod kątem ich prawdziwości. Jak wyżej wskazano obaj Odwołujący bowiem mylą warunki udziału w postępowaniu z kryteriami oceny ofert – co jest szczególnie dostrzegalne w kontekście treści odwołania (w kontekście zarzutów z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17, art. 24aa, art. 26 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp) i argumentacji prezentowanej w toku rozprawy.

Mając na uwadze powyższe Izba nie stwierdziła naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 – 3 ustawy Pzp, w szczególności ze względu na czyn nieuczciwej konkurencji.

5. W zakresie podniesionego w *petitum* odwołania przepisu **art. 25a ust. 3 pkt 1** ustawy Pzp wskazać należy, iż instytucja tam uregulowana obliguje wykonawców, którzy celem wykazania spełniania warunków udziału lub kryteriów selekcji, powołują się na zasoby innych podmiotów.

Przenosząc powyższe na okoliczności faktyczne ustalone przez Izbę w oparciu o dokumentację postępowania wskazać należy, iż wykonawcy, których oferty zostały uznane przez Zamawiającego za najkorzystniejsze w zakresie pakietu nr I i X nie posługują się potencjałem podmiotów trzecich, lecz złożyli oferty wspólne w ramach konsorcjum – przedkładając dla każdego z członków konsorcjum oświadczenia sporządzone na formularzu JEDZ.

Tym samym uznać należy, iż brak jest jakichkolwiek podstaw do uznania, że doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 25a ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp.

6. Odnosząc się do zarzutu związanego z utrudnianiem Odwołującym **dostęp do dokumentacji** Izba uznała, że nie zasługuje on na uwzględnienie.

Zamawiający wskazał w odpowiedzi na odwołanie, że umożliwił obu Odwołującym się wykonawcom wgląd w dokumentację postępowania – co potwierdza również dokumentacja przez Zamawiającego. Twierdzeniom tym Odwołujący nie zaprzeczyli w toku rozprawy wskazując w treści odwołań, że uzyskali dostęp do dokumentacji źródłowej.

Ponadto Izba wskazuje, iż w zakresie dostępu do dokumentacji postępowania brak jest we wniesionych odwołania żądań i sprecyzowanych zarzutów – a jedynie okoliczność ta stała się jednym z elementów argumentacji faktycznej. Tym samym w tym zakresie brak jest podstaw do prowadzenia przez Izbę w tym przedmiocie postępowania rozpoznawczego w szerszym zakresie.

7. Biorąc pod uwagę okoliczność, iż nie potwierdził się żaden ze wskazanych przez Odwołujących w odwołaniach o sygn. akt KIO 99/17 i KIO 100/17 zarzutów opartych o przepisy szczególne, nie doszło również do naruszenia przez Zamawiającego zasad udzielenia zamówienia wskazanych w treści **art. 7 ust. 1 ustawy Pzp**.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Brak potwierdzenia zarzutów wskazanych w rozpoznanych odwołaniach powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

W zakresie kosztów dojazdu Zamawiającego na posiedzenie z udziałem Stron kosztów zakwaterowania Izba dokonała ich proporcjonalnego podziału pomiędzy obu Odwołujących się wykonawców.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) w tym w szczególności § 5 ust. 4.

Przewodniczący:

.....

