

Sygn. akt: KIO 447/18

**WYROK**  
z dnia 22 marca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Jolanta Markowska**

**Protokolant: Piotr Cegłowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 marca 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 marca 2018 r. przez wykonawcę: **B. W. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych B. W., Strzyżew 50b, 21-400 Łuków** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Państwowe Gospodarstwo Leśne – Lasy Państwowe Nadleśnictwo Radzyń Podlaski, ul. Kocka 1, 21-300 Radzyń Podlaski,**

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie Pakietu nr 6 oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert w zakresie Pakietu nr 6, w tym wezwanie wykonawcy **M. W. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą FHU „Panda” M. W.** do uzupełnienia JEDZ w zakresie oświadczenia wymaganego w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 6.2.3.2 ppkt V lit. c SIWZ, dotyczącego zdolności technicznych lub zawodowych – dysponowania potencjałem technicznym wymaganym dla Pakietu nr 6,
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Państwowe Gospodarstwo Leśne – Lasy Państwowe Nadleśnictwo Radzyń Podlaski, ul. Kocka 1, 21-300 Radzyń Podlaski, i:**
  - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **B. W. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Zakład**

**Usług Leśnych B. W., Strzyżew 50b, 21-400 Łuków** tytułem wpisu od odwołania,

- 2) zasądza kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) od zamawiającego **Państwowe Gospodarstwo Leśne – Lasy Państwowe Nadleśnictwo Radzyń Podlaski, ul. Kocka 1, 21-300 Radzyń Podlaski** na rzecz wykonawcy **B. W. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych B. W., Strzyżew 50b, 21-400 Łuków** stanowiącą koszty poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Lublinie**.

.....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający: Państwowe Gospodarstwo Leśne - Lasy Państwowe Nadleśnictwo Radzyń Podlaski w Radzynie Podlaskim prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Radzyń Podlaski w roku 2018.” Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2017/S 247-519528 w dniu 23 grudnia 2017 r. Zamówienie zostało podzielone na 6 Pakietów.

W dniu 26 lutego 2018 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej w Pakiecie nr 6 – oferty złożonej przez wykonawcę M. W. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą FHU „Panda” M. W. z siedzibą w Radzynie Podlaskim (dalej: FHU „Panda” M. W.).

Odwołująca, B. W. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą „Zakład Usług Leśnych” B. W. z siedzibą w Strzyżewie, wniosła odwołanie wobec czynności Zamawiającego podjętych w zakresie Pakietu nr 6, polegających na:

- 1) wyborze oferty złożonej przez wykonawcę FHU „Panda” M. W., jako najkorzystniejszej, pomimo braku spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w SIWZ,

- 2) zaniechaniu wykluczenia wykonawcy FHU „Panda” M. W. z postępowania i uznania tej oferty za odrzuconą,

- 3) bezpodstawnym uznaniu za wystarczające wyjaśnień złożonych przez wykonawcę FHU „Panda” M. W. w sprawie złożonych w JEDZ oświadczeń dotyczących zdolności technicznej i zawodowej,

- 4) zaniechaniu ujawnienia Odwołującej kompletnych informacji przekazanych przez wykonawcę FHU „Panda” M. W. w toku postępowania w postaci pełnego „Zamówienia od klienta 5/A/2018” dotyczącego zdolności technicznej w zakresie dysponowania pługiem z aktywnym zapłuzkiem,

- 5) zaniechaniu wykluczenia wykonawcy FHU „Panda” M. W. z powodu złożenia nieprawdziwych informacji dotyczących dysponowania pługiem z aktywnym zapłuzkiem,

- 6) zaniechaniu wyboru, jako najkorzystniejszej oferty Odwołującej,

- 7) błędnym przyznaniu wykonawcy FHU „Panda” M. W. maksymalnej ilości punktów w kryterium „Samodzielna realizacja kluczowych elementów (części) zamówienia” w sytuacji, gdy ww. wykonawca nie dysponuje niezbędną minimalną ilością osób zatrudnionych na

umowę o pracę, co skutkuje zasadnością uznania, iż w celu realizacji umowy będzie musiał skorzystać z podwykonawców,

8) (ewentualnie) zaniechaniu prawidłowego wezwania wykonawcy FHU „Panda” M. W. do złożenia wyjaśnień w sprawie złożonych w JEDZ oświadczeń dotyczących zdolności technicznej i zawodowej.

Odwołująca zarzuciła naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.) zwanej dalej „Pzp”:

1) art. 22 ust. 1 Pzp, poprzez błędne uznanie, że wykonawca FHU „Panda” M. W. mógł skutecznie ubiegać się o udzielenie zamówienia, w sytuacji, gdy nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganych zdolności technicznych i zawodowych oraz podlegał wykluczeniu,

2) art. 24 ust. 1 pkt. 12 oraz art. 24 ust. 4 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy FHU „Panda” M. W., a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia tej oferty, pomimo nie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu,

3) art. 24 ust. 1 pkt. 16 i 17 oraz art. 24 ust. 4 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy FHU „Panda” M. W., a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia tej oferty, pomimo że wprowadził on Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu, co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu, a w konsekwencji - na wynik postępowania,

4) art. 22 w zw. z art. 22d ust. 2 w zw. z art. 26 ust. 3 Pzp poprzez błędne uznanie, że w odpowiedzi na złożenie wyjaśnień w zakresie zdolności technicznej i zawodowej wykonawca FHU „Panda” M. W. w należyty sposób wykazał i wyjaśnił sposób i podstawę dysponowania pługiem z aktywnym zapłuzkiem,

5) art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy FHU „Panda” M. W., która została złożona przez wykonawcę, który powinien być wykluczony z postępowania,

6) art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 8 ust. 1 i 3 Pzp, poprzez zaniechanie ujawnienia kompletnych informacji przekazanych przez wykonawcę FHU „Panda” M. W. w postaci pełnego „Zamówienia od klienta 5/A/2018” dotyczącego zdolności technicznej w zakresie dysponowania pługiem z aktywnym zapłuzkiem, w sytuacji, gdy wykonawca nie zastrzegł tajemnicy przedsiębiorstwa,

7) art. 91 ust. 1 Pzp, poprzez wybór oferty wykonawcy FHU „Panda” M. W. z naruszeniem ustalonych kryteriów oceny oferty, w sytuacji, gdy najkorzystniejszą ofertą była oferta Odwołującej,

8) (ewentualnie) art. 26 ust. 3 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy FHU „Panda” M. W. do uzupełnienia JEDZ lub złożenia wyjaśnień w zakresie zdolności technicznej i zawodowej.

Odwołująca wniosła o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

a) wykluczenia wykonawcy FHU „Panda” M. W., a w konsekwencji odrzucenie złożonej przez niego oferty,

b) wybór oferty Odwołującej jako oferty najkorzystniejszej,

ewentualnie w przypadku uznania, że nie istnieją podstawy do wykluczenia z postępowania wykonawcy FHU „Panda” M. W.:

a) wezwanie wykonawcy FHU „Panda” M. W. do uzupełnienia oświadczeń złożonych w formularzu JEDZ w zakresie zdolności technicznej i zawodowej ze szczegółowym wskazaniem zakresu, w jakim uzupełnienie to winno nastąpić,

b) po upływie określonego do dokonania tej czynności terminu nakazanie Zamawiającemu ponownego dokonania czynności badania i oceny złożonych ofert,

3) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującej kosztów postępowania odwoławczego.

I. Brak wykazania oraz spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę FHU „Panda” M. W.

Zamawiający, jako ofertę najkorzystniejszą w zakresie Pakietu 6, wybrał ofertę złożoną przez wykonawcę FHU „Panda” M. W., uznając, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Zgodnie z pkt. 6.2 SIWZ w postępowaniu dotyczącym Pakietu 6 mogli brać udział wykonawcy, którzy spełniają m.in. następujące warunki:

1) wykazali, że dysponują następującym potencjałem technicznym:

a) co najmniej 7 pilarkami mechanicznymi,

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

c) co najmniej 1 szt. pługów do przygotowania gleby typu LPZ oraz co najmniej 1 pługiem z aktywnym zapłuzkiem do specjalistycznego przygotowania gleby pod odnowienia (naorywania wałków),

2) wykazali, że dysponują następującym potencjałem osobowym:

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 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.

Zgodnie z pkt. 7 SIWZ, w celu potwierdzenia spełnienia ww. warunków udziału w postępowaniu każdy z wykonawców był obowiązany przedłożyć formularz JEDZ wraz z podaniem informacji:

- 1) na potwierdzenie spełnienia warunku dysponowania potencjałem technicznym - informacje nt. rodzaju urządzeń wraz ze wskazaniem dla każdego z nich marki, modelu, numeru seryjnego oraz podstawy dysponowania,
- 2) na potwierdzenie spełnienia warunku dysponowania potencjałem osobowym - informacje nt. danych personalnych osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, zakresu wykonywanych czynności oraz posiadanych uprawnień.

#### a/ potencjał techniczny

Analiza formularza JEDZ złożonego przez FHU „Panda” M. W. wskazuje, że wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W części IV JEDZ lit. c pkt 9 wykonawca zawarł wykaz urządzeń, którymi dysponuje na potrzeby realizacji zamówienia: 1) Pilarka Husqvarna - nr. nieczytelne EW6, EW7, EW8, EW9, EW10, EW11, EW12 - własność, 2) BELARUS 952 LRA20C3 + PALMS 12 - własność, 3) PŁUG LPZ, 4) PŁUG z akt. zapłuzkiem - zamówiono.

Zgodnie zatem z postanowieniami SIWZ, jednym z warunków udziału w postępowaniu jest „dysponowanie” pługiem z aktywnym zapłuzkiem.

Biorąc pod uwagę oświadczenie złożone przez wykonawcę w JEDZ oraz jego pismo z 7 lutego 2018 r., w którym wskazano, że maszyna ta została zamówiona dopiero 30 stycznia 2018 r. oraz przedstawiono niezidentyfikowany dokument o nazwie „zamówienie dla klienta”, należy stwierdzić, że wykonawca nie dysponuje potencjałem technicznym w takim zakresie. Odwołująca wskazała na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, które podaje, że każdy wykonawca, który powołuje się na dysponowanie bezpośrednio konkretnymi przedmiotami musi posiadać prawo do władania daną rzeczą. Podstawą takiego władania nie musi być własność, ale może być również inne prawo do rzeczy np. umowa najmu, dzierżawy czy leasingu, które w sposób dostateczny zapewniają wystarczający tytuł do dysponowanie danym przedmiotem.

W okolicznościach niniejszej sprawy wykonawca nie wykazał, że dysponuje pługiem z aktywnym zapłuzkiem, ponieważ sam dokument zamówienia dla klienta nie daje podstaw do stwierdzenia jakiegokolwiek tytułu prawnego do korzystania z rzeczy w nim wskazanej. Z „zamówienia od klienta 5/A/2018” nie wynika co dokładnie zostało zamówione, jaka jest cena, jaki jest termin i warunki realizacji zamówienia, czy w celu realizacji zamówienia konieczne jest dokonanie przedpłaty. „Zamówienie od klienta 5/A/2018” nie zostało podpisane - ani po stronie zamawiającego, ani mającego realizować zamówienie. Z uwagi na

to, że zamówienie ma być realizowane od razu po zakończeniu postępowania (jego pierwotna realizacja była planowana od 01 stycznia 2018 r.) w celu wykazania dysponowania pługiem konieczne jest jego posiadanie w chwili złożenia oferty, a tym samym nie jest możliwe oczekiwanie na jego dostarczenie po wyborze najkorzystniejszej oferty i podpisaniu umowy z Zamawiającym.

W związku z powyższym wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, czego konsekwencją powinno być wykluczenie z postępowania na gruncie art. 24 Pzp oraz odrzucenie tej oferty. Nie sposób zgodzić się z decyzją Zamawiającego, że przedłożenie samego zamówienia uzasadnia przyjęcie, że wykonawca dysponuje danym urządzeniem. Tym samym zasadne jest uznanie, że wykonawca, składając oświadczenie dotyczące dysponowania pługiem z aktywnym zapłuzkiem wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu, co ma istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu, a w konsekwencji na wynik postępowania.

Ponadto, zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp, na Zamawiającym ciąży obowiązek wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, uzupełnień czy poprawek do JEDZ w sytuacji, gdy oświadczenia tam zawarte, zawierają błędy lub budzą wątpliwości.

Stosownie do SIWZ, w dokumencie JEDZ wykonawca w zakresie zdolności technicznej powinien zawrzeć określone informacje dla każdego urządzenia tzn. markę, model, numer seryjny oraz podstawy dysponowania, które to informacje zostały wskazane tylko i wyłącznie wybiórczo w odniesieniu do niektórych maszyn.

Zamawiający w odpowiedzi na wezwanie skierowane do wykonawcy w zakresie zdolności technicznej otrzymał od wykonawcy jedynie wyjaśnienie w zakresie pługu z aktywnym zapłuzkiem, nie odnosząc się w żaden sposób do pozostałych urządzeń, co do których również w JEDZ zostały złożone niekompletne oświadczenia.

Zważywszy na obligatoryjny charakter ww. przepisu, za niedopuszczalne należy uznać ponowne wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, a tym samym należy uznać, że podmiot ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie potencjału technicznego,

#### b/ potencjał osobowy

W zakresie warunków udziału w postępowaniu - potencjału osobowego, wykonawca w części IV lit, C pkt 2 JEDZ, wskazał, że przy wykonywaniu zamówienia może skorzystać z usług 5 pracowników. Wykonawca zaznaczył, że z dwiema osobami łączy go umowa o pracę, a pozostałe osoby pozostają w jego „dyspozycji”. Pismem z dnia 12 lutego 2018 r. wykonawca doprecyzował, że sformułowanie „w dyspozycji” oznacza zawarcie z określonymi osobami przedwstępnych umów o pracę, które nie zostały przedłożone Zamawiającemu. Należy więc uznać, że okoliczność ta nie została wykazana przez wykonawcę.

Ponadto wykonawca nie spełnił wymogów SIWZ w zakresie oświadczeń dotyczących wykonywanych przez wskazanych pracowników czynności oraz posiadanych uprawnień. Zamawiający natomiast po raz kolejny nie wezwał go do złożenia wyjaśnień na gruncie art. 26 ust. 3 Pzp, co należy uznać za niedopuszczalne naruszenie obowiązujących przepisów skutkujące nieprawidłowym wyborem oferty, która powinna zostać odrzucona.

## II. Zaniechanie ujawnienia kompletnych informacji Odwołującej

W postępowaniu doszło do zaniechania ujawnienia kompletnych informacji przekazanych przez wykonawcę FHU „Panda” M. W. w zakresie złożonego zamówienia dla klienta 5/A/2018, pomimo że wykonawca nie zastrzegł, że nie mogą one być udostępnione.

Mając na uwadze art. 8 ust. 3 Pzp należy stwierdzić, że możliwość ograniczenia zasady jawności postępowania, który wynika z ust. 1 tego przepisu, istnieje w sytuacji, gdy dana informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, a więc jest ona informacją posiadającą wartość gospodarczą, co do której przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania jej poufności.

Wykonawca FHU „Panda” M. W. nie dokonał skutecznego zastrzeżenia informacji zawartych w zamówieniu dla klienta z dnia 30 stycznia 2018 r. Z treści pisma z dnia 7 lutego 2018 r. nie wynika, aby wykonawca przedstawił jakiegokolwiek uzasadnienie dla zastrzeżenia znacznej części ww. dokumentu. W konsekwencji Zamawiający dopuścił się naruszenia fundamentalnej zasady jawności postępowania o zamówienie publiczne.

Zamawiający wniósł na rozprawie o oddalenie odwołania.

**Krajowa Izba Odwoławcza**, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do art. 179 ust. 1 Pzp.

Nie potwierdziły się zarzuty naruszenia przepisów art. 22 ust. 1 oraz art. 24 ust. 1 pkt. 12 i art. 24 ust. 4 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy FHU „Panda” M. W., a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy z uwagi na brak wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. W konsekwencji



Izba nie stwierdziła podstaw do uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy FHU „Panda” M. W., który powinien być wykluczony z postępowania.

Izba stwierdziła natomiast, że zasadny jest zarzut naruszenia art. 22 w zw. z art. 22d ust. 2 w zw. z art. 26 ust. 3 Pzp, poprzez uznanie, że w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie zdolności technicznej i zawodowej wykonawcy FHU „Panda” M. W. wykazał i wyjaśnił sposób oraz podstawę dysponowania pługiem z aktywnym zapłuzkiem.

Zgodnie z pkt. 6.2.3.2 ppkt V SIWZ, w postępowaniu dotyczącym Pakietu 6 mogli brać udział wykonawcy, którzy wykazali, że dysponują następującym potencjałem technicznym:

- a) co najmniej 7 pilarkami mechanicznymi,
- b) co najmniej 1 szt. ciągników zrywkowych lub ciągników przystosowanych do zrywki drewna,
- c) co najmniej 1 szt. pługów do przygotowania gleby typu LPZ oraz co najmniej 1 pługiem z aktywnym zapłuzkiem do specjalistycznego przygotowania gleby pod odnowienia (naorywania wałków),

Zgodnie z pkt. 6.2.3.3. ppkt V lit.a SIWZ, w postępowaniu dotyczącym Pakietu 6 mogli brać udział wykonawcy, którzy wykazali, że dysponują potencjałem osobowym:

- 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 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.

Zgodnie z pkt. 7.1 SIWZ, w celu potwierdzenia spełnienia ww. warunków udziału w postępowaniu wykonawcy byli obowiązani przedłożyć w ofercie formularz JEDZ wraz z podaniem informacji:

- na potwierdzenie spełnienia warunku dysponowania potencjałem technicznym - informacji nt. rodzaju urządzeń wraz ze wskazaniem dla każdego z nich marki, modelu, numeru seryjnego oraz podstawy dysponowania;
- na potwierdzenie spełnienia warunku dysponowania potencjałem osobowym - informacji nt. danych personalnych osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, zakresu wykonywanych czynności oraz posiadanych uprawnień.

a/ potencjał techniczny

Wykonawca FHU „Panda” M. W. złożył w ofercie na Pakiet nr 6 formularz JEDZ, w którym w części IV JEDZ lit. C pkt 9 zawarł wykaz urządzeń, którymi dysponuje na potrzeby realizacji zamówienia. W pkt 4) wskazał „PŁUG z akt. zapłuzkiem – zamówiono”.

Zamawiający wezwał wykonawcę do wyjaśnienia JEDZ - dysponowania pługiem z aktywnym zapłuzkiem. Wykonawca w piśmie z 7 lutego 2018 r. wyjaśnił, że posiada jeden pług z aktywnym zapłuzkiem, a drugi został zamówiony w dniu 30 stycznia 2018 r. oraz przedstawił w załączeniu dokument „Zamówienie od klienta 5/A/2018”.

W ocenie Izby, nie budzi wątpliwości fakt, że wykonawca, który powołuje się na dysponowanie bezpośrednio konkretnymi urządzeniami musi posiadać prawo do władania nimi. Jednocześnie podstawą władania nie musi być własność, lecz także inne prawo do rzeczy np. umowa najmu, dzierżawy czy leasingu, które w sposób jednoznaczny zapewnia tytuł do dysponowania danym sprzętem, w tym prawo wykonawcy do używania i korzystania z rzeczy zgodnie z jej przeznaczeniem.

Biorąc pod uwagę powyższe należy stwierdzić, że sam fakt złożenia zamówienia, bez potwierdzenia jego realizacji w określonym terminie nie stanowi podstawy do uznania, że wykonawca dysponuje daną rzeczą. Tak też uznał Zamawiający w niniejszej sprawie. Zamawiający przyjął, że potwierdzeniem spełnienia warunku udziału jest oświadczenie wykonawcy o posiadaniu jednego pługu z aktywnym zapłuzkiem, a nie oświadczenie co do złożenia zamówienia.

Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego, że wyjaśnienia złożone przez wykonawcę potwierdzają spełnienie warunku dysponowania potencjałem technicznym dla Pakietu nr 6. W okolicznościach tej sprawy, biorąc pod uwagę treść wyjaśnień z dnia 7 lutego 2018 r. oraz fakt, że wykonawca złożył ofertę także na Pakiet nr 5, w którym Zamawiający postawił identyczny warunek odnośnie dysponowania pługiem z aktywnym zapłuzkiem, nie można przyjąć, że złożone oświadczenie o posiadaniu jednego pługu z zapłuzkiem z dnia 7 lutego 2018 r. dotyczy wyłącznie Pakietu nr 6. Nie wynika to ani z treści wezwania do złożenia wyjaśnień, ani też z treści złożonych wyjaśnień. W ocenie Izby, wręcz przeciwnie, biorąc pod uwagę treść dokumentu JEDZ złożonego na Pakiet nr 6 zachodzi duże prawdopodobieństwo, że wykonawca w wyjaśnieniu z dnia 7 lutego 2018 r. wskazał swój potencjał techniczny w zakresie pługu z zapłuzkiem, którym dysponuje, bez odniesienia się do konkretnego Pakietu. Jak wyjaśnił Zamawiający, wykonawca FHU „Panda” M. W. w ofercie na Pakiet nr 5 wykazał dysponowanie pługiem z zapłuzkiem w formie posiadania. Zatem oświadczenie z 7 lutego 2018 r. może dotyczyć sprzętu wykazanego przez wykonawcę w Pakiecie nr 5.

Pomimo zatem złożonych wyjaśnień pismem z dnia 7 lutego 2018 r. wątpliwości co do wykazania przez FHU „Panda” M. W. dysponowania wymaganym potencjałem technicznym w Pakiecie nr 6 nadal pozostały. W tych okolicznościach Zamawiający powinien

doprecyzować wezwanie do złożenia wyjaśnień, tak aby uzyskać jednoznaczne wyjaśnienie w zakresie dysponowania przez ww. wykonawcę pługiem z zapłuzkiem w zakresie Pakietu nr 6 oraz dodatkowo wezwać FHU „Panda” M. W. do uzupełnienia dokumentu JEDZ w powyższym zakresie, z obowiązkiem podania przez wykonawcę wymaganych informacji odnośnie sprzętu tj. wskazania marki, modelu, numeru seryjnego posiadanego pługu z zapłuzkiem, w celu wykazania potencjału technicznego na Pakiet nr 6. Tym samym Izba stwierdziła, że wykonawca FHU „Panda” M. W. w wyniku złożonych wyjaśnień nie wykazał w sposób jednoznaczny spełnienia warunku udziału w postępowaniu w Pakiecie nr 6 w zakresie dysponowania pługiem z aktywnym zapłuzkiem. Okoliczności te wymagają dalszego wyjaśnienia oraz uzupełnienia dokumentu JEDZ.

Podkreślić należy, że na etapie oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu Zamawiający nie był uprawniony do odstąpienia od żądania podania przez wykonawcę informacji odnośnie marki, modelu, numeru seryjnego posiadanego sprzętu, w tym także pługu z zapłuzkiem, zgodnie z wymaganiem SIWZ, gdyż narusza to zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Izba nie podzieliła w tym zakresie stanowiska Zamawiającego przedstawionego na rozprawie. Zamawiający jest związany treścią SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu, podobnie jak wykonawcy, i nie może na etapie oceny ofert zmieniać określonych wymagań wobec niektórych wykonawców.

Izba nie podzieliła także stanowiska Odwołującego, że za niedopuszczalne należy uznać ponowne wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień. Dodatkowe wyjaśnienia są dopuszczalne i konieczne, w szczególności biorąc pod uwagę fakt, że Zamawiający w tej sprawie nieprecyzyjnie sformułował wezwanie do wyjaśnień, wobec czego w konsekwencji treść złożonych wyjaśnień budzi dalsze wątpliwości. Wątpliwości te są w znacznej mierze skutkiem wadliwej czynności Zamawiającego, zatem ponowne precyzyjne wezwanie do wyjaśnień jest konieczne.

Zarzuty Odwołującego w zakresie „pozostałych urządzeń” wykazanych w JEDZ przez wykonawcę FHU „Panda” M. W. nie zostały skonkretyzowane ani rzeczowo uzasadnione, wobec czego Izba nie miała podstaw do ich uwzględnienia.

#### b/ potencjał osobowy

W pkt 6.2.3.3. V lit. a SIWZ Zamawiający określił dla Pakietu nr 6 wymaganie wykazania przez wykonawcę dysponowania „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 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”.

Zgodnie z pkt 7.1. SIWZ, „W celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia – informacje nt. ilości (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) oraz ilości (2) 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 posiadające odpowiadające im uprawnienia wydane na podstawie poprzednio obowiązujących przepisów które uprawniają do pracy w kontakcie ze środkami ochrony roślin, które podać należy w Części IV lit. C (pkt 2) JEDZ.” Dodatkowo we wskazanej części JEDZ należało podać informacje nt. danych personalnych (imię i nazwisko) osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, zakresu wykonywanych przez nich czynności, posiadanych uprawnień (jeżeli są wymagane) oraz podstawy dysponowania.

W zakresie warunków udziału w postępowaniu co do potencjału osobowego, wykonawca FHU „Panda” M. W. w części IV lit. C pkt 2 JEDZ złożył oświadczenie, że przy wykonywaniu zamówienia może skorzystać z usług 5 pracowników, przy czym z dwiema osobami łączy go umowa o pracę, a pozostałe 3 osoby pozostają w jego „dyspozycji”. Na wezwanie Zamawiającego, pismem z dnia 12 lutego 2018 r. wykonawca wyjaśnił, że sformułowanie „w dyspozycji” oznacza, że wykonawca zawarł z określonymi osobami przedwstępne umowy o pracę.

Podnoszona przez Odwołującego okoliczność, że w ramach wyjaśnień wykonawca nie przedłożył Zamawiającemu ww. umów nie dowodzi, że warunek dotyczący potencjału osobowego nie został spełniony. Wykonawca nie miał obowiązku takich umów przedkładać, gdyż nie wynika to z treści wezwania ani z postanowień SIWZ, ani z obowiązujących przepisów. Odwołująca, zarzucając brak zawarcia ww. umów na piśmie, nie przedstawiła dowodów i nie wykazała, że takie umowy nie zostały zawarte. Biorąc pod uwagę przepis art. 6 k.c. oraz art. 190 ust. 1 Pzp, w powyższym zakresie na Odwołującej spoczywał ciężar udowodnienia okoliczności, z których wywodziła skutki prawne.

W odniesieniu do zarzutu niespełnienia wymogów SIWZ w zakresie podania informacji dotyczących wykonywanych przez wskazanych pracowników czynności oraz posiadanych uprawnień, Izba ustaliła, że w świetle postanowień SIWZ, Zamawiający wymagał wskazania w JEDZ określonej ilości osób dedykowanych do wykonywania określonych czynności i posiadających odpowiednie uprawnienia. W tym zakresie oświadczenie złożone w JEDZ przez wykonawcę wraz z wyjaśnieniami z dnia 12 lutego 2018 r. spełnia wymogi SIWZ - wskazanie konkretnych osób z określeniem „drwal” potwierdza spełnienie wymagań SIWZ, co do wykazania potencjału osobowego wykonawcy. W świetle przytoczonych powyżej postanowień SIWZ, wystarczające było wskazanie wymaganej ilości osób posiadających uprawnienia, zatem wykonawca mógł uznać, że podanie zakresu czynności „drwal” dla wskazanych osób należy rozumieć w ten sposób, że są to osoby uprawnione do wykonywania pracy z pilarką. W ocenie Izby, w kontekście postanowień SIWZ, w tym zakresie nie jest konieczne uzupełnienie JEDZ przez wykonawcę FHU „Panda” M. W..

Nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt. 16 i 17 oraz art. 24 ust. 4 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy FHU „Panda” M. W. z postępowania, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia jego oferty, pomimo że wykonawca wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu, co ma istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu, a w konsekwencji na wynik postępowania.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp, zamawiający ma obowiązek wykluczyć wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów.

Zgodnie natomiast z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, zamawiający ma obowiązek wykluczyć wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W ustalonym stanie faktycznym nie został wykazany przez Odwołującą fakt, że wykonawca FHU „Panda” M. W. złożył w ofercie na Pakiet nr 6 oświadczenie dotyczące dysponowania pługiem z aktywnym zapłonem, w sytuacji gdy rzeczywiście takim pługiem nie dysponuje, a tym samym, że wprowadził Zamawiającego w błąd w powyższym zakresie. Nie zostały wykazane przez Odwołującą również pozostałe przesłanki określone w przepisach art. 24 ust. 1 pkt. 16 i 17 Pzp. Wydruk korespondencji Odwołującej z dnia 15

marca 2018 r. z p. R. D., pracownikiem Kompani Leśnej C., M., P. sp. j. z siedzibą w Nowym Dworze w sprawie zapytania o możliwość zakupu pługa z zapłuzkiem typu LPZ oraz odpowiedzi uzyskanej od ww. pracownika, nie stanowi dowodu na fakt, że wykonawca FHU „Panda” M. W. złożył oświadczenie wprowadzające w błąd Zamawiającego co do spełniania warunków udziału w postępowaniu. Jak wynika z oświadczenia Zamawiającego złożonego na rozprawie, Zamawiający, dokonując oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę FHU „Panda” M. W., nie brał pod uwagę oświadczenia wykonawcy co do „zamówienia” pługu z aktywnym zapłuzkiem w Kompanii Leśnej. Zamawiający uznał, że wykonawca w ramach wyjaśnień z dnia 7 lutego 2018 r. potwierdził spełnianie warunku posiadania potencjału technicznego na potrzeby realizacji Pakietu nr 6, poprzez złożenia oświadczenia, że posiada wymagany pług z zapłuzkiem, a dodatkowo jedynie drugie takie urządzenie zostało przez wykonawcę zamówione.

Wobec powyższego należało uznać, że informacja odnośnie zamówienia pługu z zapłuzkiem nie miała żadnego wpływu na podejmowane przez Zamawiającego czynności i decyzje - w tym ocenę spełniania warunków i wybór tej oferty jako najkorzystniejszej.

Odwołująca cofnęła na rozprawie zarzut naruszenia art. 11 ust. 4 u.z.n.k. w zw. z art. 8 ust. 1 i 3 Pzp, poprzez zaniechanie ujawnienia kompletnych informacji przekazanych przez wykonawcę FHU „Panda” M. W. w postaci „Zamówienia od klienta 5/A/2018” dotyczącego jego zdolności technicznej w zakresie dysponowania pługiem z aktywnym zapłuzkiem, w sytuacji, gdy podmiot ten nie dokonał zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, a w związku z tym zarzut ten nie podlegał rozpoznaniu.

Izba uznała za niezasadny zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp, poprzez wybór oferty wykonawcy FHU „Panda” M. W. z naruszeniem ustalonych w SIWZ kryteriów oceny ofert, gdyż nie został on przez Odwołującą wykazany.

Zamawiający w pkt 14.1 SIWZ określił kryteria oceny ofert jako: Cena z wagą 60% oraz - Samodzielna realizacja kluczowych elementów (części) zamówienia z wagą 40%.

W pkt 14.2 ppkt 2 SIWZ Zamawiający postanowił, że 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 10 do SIWZ). We wzorze umowy (stanowiącym załącznik nr 10 do SIWZ) zobowiązanie do wykonywania kluczowych elementów (części) zamówienia, określonych przez Zamawiającego w SIWZ, samodzielnie przez Wykonawcę

składającego ofertę, tj. bez udziału podwykonawców jest określone jako „Obowiązek Samodzielnej Realizacji”.

Kluczowe elementy (części) zamówienia ustalone dla Pakietu nr 6 obejmują: „Wykonanie zrywki drewna kłodowanego sprzętem nasiębiernym – (ilość przewidziana dla pakietu nr 6 – 1816 m<sup>3</sup>)”.

W pkt 14.2 SIWZ Zamawiający wskazał, że „Wykonawca zamieści informację o przyjęciu na siebie zobowiązania umownego do samodzielnej realizacji kluczowych części zamówienia w Ofercie (załącznik nr 1 do SIWZ). Brak wskazania w Ofercie przyjęcia przez Wykonawcę zobowiązania, o którym mowa w zdaniu poprzednim będzie uznawane jako nieprzyjęcie takiego zobowiązania, a Oferta Wykonawcy uzyska 0 pkt w ramach niniejszego kryterium oceny ofert. Oferta Wykonawcy, który zaciągnie takie zobowiązanie otrzyma 40 pkt.”

W ofercie FHU „Panda” M. W. na Pakiet nr 6, stosownie do wymagań Zamawiającego, określonych jak wyżej w SIWZ, zamieszczone zostało w pkt 9 formularza ofertowego stosowne oświadczenie wykonawcy FHU „Panda” M. W. odnośnie samodzielnej realizacji kluczowych elementów zamówienia. Jednocześnie, jakiegokolwiek dowody przeciwne do tego oświadczenia, podważające jego prawdziwość nie zostały przez Odwołującą przedstawione. Odwołująca wskazała jedynie na rozprawie, że zarzut ten został podniesiony w związku z pozostałymi zarzutami i zakwestionowaniem czynności wyboru oferty najkorzystniejszej wobec niewykazania przez wykonawcę FHU „Panda” M. W. spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W tych okolicznościach zarzut nie podlegał uwzględnieniu. Jednakże na marginesie Izba wskazuje, że oświadczenie wykonawcy zawarte w pkt 9 formularza ofertowego nie jest spójne z oświadczeniem wykonawcy zawartym w pkt 6 tego formularza, odnośnie zakresu rzeczowego przedmiotu zamówienia, który wykonawca zamierza zlecić podwykonawcom, gdzie został wskazany „pełen zakres” dla trzech podwykonawców. Biorąc pod uwagę, że zgodnie z wzorem umowy (§ 8 ust. 1 i ust. 3), Zamawiający będzie musiał udzielić każdorazowo zgody na powierzenie prac podwykonawcy oraz że wykonawca jest zobowiązany do samodzielnej realizacji kluczowych części przedmiotu zamówienia, zgodnie z zobowiązaniem zawartym w ofercie, sposób realizacji przedmiotu umowy, zgodnie z SIWZ, będzie weryfikowany przez Zamawiającego na etapie realizacji umowy. Zamawiający może także podjąć także decyzję co do ewentualnego wyjaśnienia treści oferty. Izba nie nakazała tej czynności wobec braku zawarcia w odwołaniu zarzutu – zaniechania wyjaśnienia treści oferty.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

.....