

Sygn. akt: KIO 98/17

WYROK

z dnia 26 stycznia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Członkowie: Klaudia Szczytowska – Maziarz
Justyna Tomkowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **26 stycznia 2017 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **16 stycznia 2017 r.** przez wykonawcę **J. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: F.H.U. „VICTOR” J. B., ul. Kościuszki 19, 26-120 Bliżyn** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne - Lasy Państwowe reprezentowane przez Nadleśnictwo Skarżysko - Kamienna, ul. Wiejska 1, 26-110 Skarżysko – Kamienna**

orzeka:

1. **umarza postępowanie w sprawie o sygn. akt: KIO 98/17 w części dotyczącej zarzutów naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust.1 pkt 12, art. 24 ust. 4 oraz art. 7 ust.1 i 3 Prawa zamówień publicznych,**
2. **w pozostałym zakresie oddala odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 98/17,**
3. **kosztami postępowania obciąża J. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: F.H.U. „VICTOR” J. B., ul. Kościuszki 19, 26-120 Bliżyn i:**

- 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **J. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: F.H.U. „VICTOR” J. B., ul. Kościuszki 19, 26-120 Bliżyn** tytułem wpisu od odwołania,
- 3.2. zasądza od wykonawcy **J. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: F.H.U. „VICTOR” J. B., ul. Kościuszki 19, 26-120 Bliżyn** na rzecz **Skarbu Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne - Lasy Państwowe reprezentowane przez Nadleśnictwo Skarżysko - Kamienna, ul. Wiejska 1, 26-110 Skarżysko – Kamienna** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 Kielcach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego z możliwością składania ofert częściowych na: „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Skarżysko w roku 2017-pakiet IV”, nr sprawy SA.270.1.7.2016, zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2016/S 237 - 432005 z 08.12.2016 r., przez Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne - Lasy Państwowe reprezentowane przez Nadleśnictwo Skarżysko - Kamienna, ul. Wiejska 1, 26-110 Skarżysko – Kamienna zwany dalej: „Zamawiającym”.

W dniu 05.01.2017 r. (e-mailem) Zamawiający poinformował o wynikach postępowania dla pakietu I, IV, V, VII i VII. W zakresie pakietu IV wybrano - Konsorcjum Firm: 1) B. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą B. S. Zakład Usług Leśnych, ul. Kilińskiego 16, 26-110 Skarżysko Kamienna; 2) B. S. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą PPHU "FOREST" inż. B. S., Mostki 71, 26-130 Suchedniów; 3) R. S. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą R. S. Zakład Usług Leśnych, ul. Krakowska 19, 26-110 Skarżysko Kamienna; z adresem dla lidera konsorcjum: ul. Kilińskiego 16, 26-110 Skarżysko Kamienna zwane dalej: „Konsorcjum S.”; drugą pozycję zajęła oferta J. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: F.H.U. „VICTOR” J. B., ul. Kościuszki 19, 26-120 Bliżyn zwana dalej: „F.H.U. „VICTOR” J. B.” albo „Odwołującym”.

W dniu 16.01.2017 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) F.H.U. „VICTOR” J. B. wniosło odwołanie na w/w czynność z 05.01.2017 r.- na pakiet IV. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 16.01.2017 r. (wpływ bezpośredni do Kancelarii Zamawiającego). Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 22 grudnia 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp” poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Konsorcjum z postępowania pomimo niepotwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie posiadanego doświadczenia;
2. art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Konsorcjum, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu;
3. art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy, 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;

4.art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Konsorcjum, która została zabezpieczona wadium wniesionym w sposób nieprawidłowy;

5. art. 24 ust. 4 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Konsorcjum, który podlegał wykluczeniu z postępowania;

6. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez ich błędną wykładnię oraz niewłaściwe zastosowanie, prowadzące do rażącego naruszenia zasady równego traktowania oraz zasady uczciwej konkurencji prowadzącymi do zaniechania wykluczenia wykonawcy Konsorcjum oraz odrzucenia jego oferty,

7. oraz innych przepisów wymienionych lub wynikających z uzasadnienia niniejszego odwołania.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienie wyboru oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej,
- powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
- wykluczenia wykonawcy Konsorcjum z przedmiotowego postępowania
- odrzucenia oferty wykonawcy Konsorcjum z przedmiotowego postępowania.

Odnośnie zarzutu zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy Konsorcjum na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp należy podnieść co następuje. Zamawiający w ramach przedmiotowego postępowania dla części (Pakietu) IV określił w pkt 3.1 SIWZ warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie posiadanego przez wykonawców doświadczenia w następujący sposób: *„3-1 Warunek ten, w zakresie doświadczenia, zostanie uznany za spełniony, jeśli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) wykonał lub wykonuje (przy czym w tym przypadku będzie liczona wartość zrealizowanej części przedmiotu umowy) w okresie następujących po sobie 12 miesięcy :*

• co najmniej 1 usługę (przez usługę rozumie się wykonywanie prac na podstawie 1 umowy) polegającą na wykonywaniu prac z zakresu zagospodarowania lasu, zrywki i pozyskania drewna, na kwotę nie mniejszą niż 675 000,00 zł brutto.”

Jednocześnie w części 7.1.a) SIWZ dotyczącej wytycznych odnośnie sposobu wypełniania Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (dalej: „JEDZ”) Zamawiający wymagał, aby Wykonawca podał: *„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) w okresie następujących po sobie 12 miesięcy,*

• *polegających na wykonywaniu prac z zakresu zagospodarowania lasu, zrywki i pozyskania drewna, na kwotę nie mniejszą niż: pakiet IV 675 000,00 zł brutto."*

Ponadto Zamawiający w Informacji dla wykonawców nr 2 opublikowanej w dniu 16.11.2016 r. na pytanie jednego z wykonawców: Pytanie 6: *„Czy referencje mają być z jednej umowy czy mogą być sumowane umowy z 12 miesięcy. Jakie dowody należy przedstawić w celu spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia - użyczonego.”* Udzielił odpowiedzi następującej: *„Należy wykazać się co najmniej 1 usługą (przez usługę rozumie się wykonywanie prac na podstawie 1 umowy) w zakresie i kwocie wskazanej dla określonego pakietu w SIWZ. Dowodami, potwierdzającymi należyte wykonanie 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.”*. Wykonawca w ramach wykazywania potwierdzenie spełnienia powyższego warunku złożył wraz z ofertą JEDZ podmiotu Zakład Usług Leśnych B., S., gdzie wskazano, że podmiot ten w okresie od 01.01.2015 - 31.01.2015 r. wykonał na rzecz Nadleśnictwa Suchedniów, ul. Bodzentyńska 16, 26-130 Suchedniów: Usługi polegające na wykonywaniu prac z zakresu zagospodarowania lasu, zrywki i pozyskania drewna, hodowli i ochrony lasu oraz pozostałych prac leśnych na terenie Nadleśnictwa Suchedniów o wartości 4 583 591, 23 zł brutto. Inni członkowie Konsorcjum sekcję tę pozostawili bez wypełnienia wskazując jedynie że *„warunek w tym zakresie został spełniony przez pozostałych uczestników konsorcjum”*.

Działając w trybie art. 26 ust. 1 Pzp Zamawiający wezwał Konsorcjum m.in. do złożenia dowodów określających, czy usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie. W odpowiedzi na to wezwanie Konsorcjum przedłożyło referencję wystawioną w dniu 02.12.2016 r. dotyczącą wykonywania usług z zakresu gospodarki leśnej wskazującą, że: *„(...) Zakład Usług Leśnych B. S. świadczył w latach 2013, 2014, 2015 usługi - prace leśne na rzecz Nadleśnictwa. W latach 2013 i 2014 usługi te świadczył samodzielnie, w roku 2015 w ramach konsorcjum firm. Prace wykonane zostały prawidłowo i terminowo. Wynagrodzenie wyniosło: w roku 2013 - 724 323,10 zł brutto, 669 989,90 zł netto w roku 2014 - 465 481,60 zł brutto, 426 111,10 zł netto w roku 2015 łączne wynagrodzenie konsorcjum firm - 4 583 591,23 zł brutto, 4 224 338,42 zł netto”*.

Na wstępie Odwołujący oświadczył, że członek Konsorcjum (jak też pozostali członkowie) nie wykonywał usługi o parametrach wskazanych w JEDZ na rzecz Nadleśnictwa Suchedniów. Wymaga wskazania, że usługi leśne na rok 2015 r. przez tego

Zamawiającego zostały zlecone w ramach postępowania pn. „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Suchedniów w 2015 r.” (znak sprawy: ZP-2710-3/2014), gdzie ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 18.11.2014 r. oraz opublikowane w dniu 21.11.2014 r. pod numerem 2014/S 225-397875. Należy podkreślić, iż zamówienie było podzielone przez zamawiającego na części a okres jego realizacji zgodnie z sekcją II.3) ogłoszenia o zamówienia określono: „Rozpoczęcie: 1.1.2015; Zakończenie 31.12.2015”.

W wyniku przeprowadzonego postępowania wybrano oferty najkorzystniejsze w poszczególnych częściach i udzielono zamówienia wybranym wykonawcom w tym w części 1 oferty konsorcjum wykonawców Firm Leśnych Lider P.P.H.U. "S." M. S. Nowy Odrowążek 6026-120 Bliżyn Polska, w skład którego wchodziło 6 wykonawców w tym: uczestnicy niniejszego Konsorcjum oraz 3 innych wykonawców. Powyższe konsorcjum (6 wykonawców) uzyskało następujące Zadania w Części 1 zamówienia:

- Zadanie nr 1 o wartości 856 569,67 zł
- Zadanie nr 2 o wartości 882 186,07 zł
- Zadanie nr 3 o wartości 943 670,56 zł
- Zadanie nr 6 o wartości 686 197,66 zł
- Zadanie nr 7 o wartości 631 994,57 zł
- Zadanie nr 8 o wartości 720 057,30 zł

- przy czym zakres Części 1 tego zamówienia stanowiła - gospodarka leśna w Nadleśnictwie Suchedniów, obejmująca prace z zakresu: hodowli lasu, ochrony lasu, zadrzewienia, turystycznego zagospodarowania lasu, pozyskania i zrywki drewna, ochrony przeciwpożarowej, edukacji, części nasiennictwa (zbiór z ziemi). Zgodnie z informacjami zawartymi w protokole postępowania, jak i w ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia wszystkie umowy w sprawie powyższych zadań zostały zawarte w dniu 08.01.2015 r.. Okres ich realizacji upłynął w dniu 31.12.2015 r. w związku z czym żadna z tych umów nie obejmowała swoim zakresem okresu 12 miesięcy realizacji usług leśnych wymaganych w warunku udziału w niniejszym postępowaniu. Ponadto ani z informacji zawartej w JEDZ ani z w/w referencji nie można stwierdzić, jaka była wartość usług leśnych wskazanych w warunku, tj. usług polegających na wykonywaniu prac z zakresu zagospodarowania lasu, zrywki i pozyskania drewna wykonywanych w ramach każdej z umów na poszczególne zadania. Zarówno zakres tych umów, jak i opis wykonawcy Konsorcjum w JEDZ w sposób niebudzący wątpliwości wskazują iż objęte warunkiem usługi były tylko częścią tych umów. Jaka - na ten moment nie ustalono. Ponadto Odwołujący wskazuje, iż uczestnicy wykonawcy wchodzący w skład Konsorcjum, realizowali jedynie część zakresu poszczególnych umów, na co wskazuje umowa konsorcjum zawarta przez 6 wykonawców z 24.11.2014 r. przedłożona zamawiającemu przed zawarciem umowy. W ocenie Odwołującego, w oparciu o opinię

Opinia Rzecznika Generalnego Michała Bobeka przedstawioną w dniu 24.11.2016 r., w sprawie C 387/14 wyrażoną na skutek wniosku Krajowej Izby Odwoławczej złożonego do Trybunału Sprawiedliwości UE na podstawie art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz. U. U. E. C 115 z 9 maja 2008 r.) w związku z wątpliwościami dotyczącymi interpretacji przepisów dyrektyw wykonawca Konsorcjum nie może powoływać się na doświadczenie całego 6-podmiotowego konsorcjum. Wynika to z odpowiedzi Rzecznika na pytanie nr 5: „Czy art. 44 [dyrektywy 2004/18] w związku z [jej] art. 48 ust. 2 lit. a) oraz z deklarowaną w art. 2 [dyrektywy 2004/18] zasadą równego traktowania wykonawców zezwala na takie powoływanie się na doświadczenie grupy wykonawców, że wykonawca, który realizował zamówienie jako jeden z grupy wykonawców, może się powoływać na realizację wykonaną przez tę grupę niezależnie od tego, jaki był jego udział w realizacji tego zamówienia, czy też może powoływać się jedynie na swoje własne, realnie uzyskane doświadczenie, które zdobył realizując daną część zamówienia, która została mu przypisana w ramach grupy? Odpowiedź na pytanie 5

Artykuł 44 i art. 48 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że wykonawca który realizował zamówienie jako jeden z grupy wykonawców, jako na własne może powoływać się jedynie na doświadczenie, które sam zdobył realizując dane zamówienie. Wniosek ten pozostaje bez uszczerbku dla możliwości powołania się przez wykonawcę na zdolności innych podmiotów w sposób przewidziany w dyrektywie." Tym samym, bez dodatkowych wyjaśnień nie było możliwe ustalenie przez Zamawiającego jaka była wartość usługi realizowanej w 2015 r. przez członka Konsorcjum Zakład Usług Leśnych B. S. Odwołujący dodał, że analiza pozostałych usług wskazanych w przedłożonej referencji, wykonanych przez Zakład Usług Leśnych B. S. na rzecz zamawiającego - Nadleśnictwo Suchedniów w latach 2014 oraz 2013 także nie pozwala na stwierdzenie że wykonawca Konsorcjum mogłoby za ich pomocą wykazać spełnienie postawionego warunku udziału ponieważ:

1) usługi wykonane w roku 2014 r. są o wartości niższej niż wymagane w warunku udziału (465 481,60 zł brutto przy wymogu 675 000 zł brutto),

2) usługi wykonane w roku 2013 były realizowane na podstawie kilku umów zawartych w wyniku postępowania pn. „Usługi z zakresu gospodarki leśnej w Nadleśnictwie Suchedniów w 2013 roku” (Znak sprawy: ZP-2710-22/2012) gdzie wykonawcy Zakład Usług Leśnych B. S. udzielono:

a) zamówienia w zakresie Części nr: 3 - Nazwa: Leśnictwo Kaczka, wartość 380 883,41 zł (bez VAT)

b) zamówienia w zakresie Część nr: 9 - Nazwa: Leśnictwo Rejów, wartość 251 672,48 zł (bez VAT)

- obie umowy zawarto w dniu 10.01.2013 r. z okresem realizacji do dnia 31.12.2013 r. Żadna z tych umów z 2013 r. nie potwierdza spełniania postawionego warunku udziału dla Pakietu IV czy to pod względem wartości czy też okresu trwania. Mając na uwadze fakt, iż Zamawiający wyraźnie określił, iż wymaga łącznego spełnienia określonych wymagań, co wprost wskazywać miało, iż oczekuje, aby Wykonawca wykazał, że jedną umową objęte zostały wszystkie parametry spełniające łącznie wymagania opisane w warunku SIWZ. Takie sformułowanie warunku w ocenie Odwołującego świadczy jednoznacznie, iż Zamawiający wymagał, aby wszystkie przedstawione przez niego wymagania opisane w tym warunku, tj. odnośnie zakresu usługi, czasu jej trwania oraz jej minimalnej wartości skupione były w jednej umowie. Brak jest w dokumentacji postępowania podstaw, które wskazywałyby, choćby pośrednio, iż Zamawiający dopuścił możliwość innego rozumienia tego warunku. Przedstawiona w JEDZ jednego z członków Konsorcjum, informacja co do zakresu, czasu trwania i wartości usługi spowodowała, że Zamawiający nie badał dodatkowo i nie wyjaśniał tych informacji. Uwzględniając powyższe należy kategorycznie stwierdzić, iż wykonawca Konsorcjum w przedłożonych oświadczeniach i dokumentach nie wykazał spełnienia warunku udziału określonego w ust. 3.1 SIWZ dla Pakietu IV.

Odnośnie zarzutu zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy Konsorcjum na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp należy zważyć co następuje. Zgodnie z treścią art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp z postępowania wyklucza się:

- 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;
- 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 opinii Odwołującego ustawodawca przesądził w ramach powyższych przepisów, iż podanie/zatajenie informacji wprowadzającej zamawiającego w błąd, godzi w rzetelność wykonawcy, czego efektem winno być wykluczenie takiego wykonawcy, a w konsekwencji uniemożliwienie udzielenie temu podmiotowi zamówienia. W zaistniałym stanie faktycznym, co zostało udowodnione w ramach argumentacji przedstawionej odnośnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, wykonawca Konsorcjum w sposób celowy i zamierzony wprowadził Zamawiającego w błąd przedstawiając informacje odnośnie spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w ust. 3.1 SIWZ dla Pakietu IV. Wykonawca Konsorcjum umyślnie przekazał w przedmiotowym postępowaniu nieprawdziwe informacje, mając świadomość szkodliwego skutku swego zachowania

i celowo do niego zmierzając. W żaden inny sposób nie da się wyjaśnić dokonanych czynności odnośnie podania niezgodnego z prawdą okresu realizacji wykazywanej usługi wykonanej na rzecz Nadleśnictwa Suchedniów, jak również wskazania jej wartości. Zgodnie z przedstawionym powyżej stanem faktycznym członek Konsorcjum Zakład Usług Leśnych B S. nie realizował jednej umowy o okresie trwania 01.01.-31.12.2015 r. oraz o wartości 4 583 591.23 zł. Wykonawca ten dokonał sumowania wartości kilku umów, które były realizowane w okresie 08.01.-31.12.2015 r. w celu zmanipulowania Zamawiającego co do rzeczywistych parametrów wykonywanych przez siebie usług w celu wykazania, że spełnia postawiony w niniejszym postępowaniu warunek.

Znowelizowana Pzp dla takiego działania przewiduje sankcję w postaci wykluczenia takiego wykonawcy z postępowania. Stanowisko to znajduje potwierdzenie choćby w najnowszej literaturze przedmiotu np.: *„Powyższy przepis obejmuje wykonawców, którzy usiłują wyłudzić zamówienie poprzez wprowadzenie zamawiającego w błąd co do swojej sytuacji podmiotowej albo którzy nie są w stanie należycie udokumentować spełnienia wymaganych warunków podmiotowych. Po pierwsze, wykluczeniem skutkuje wprowadzenie w błąd zamawiającego, że wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania albo spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji. Mowa tutaj przede wszystkim o sytuacji, w której wykonawca oświadcza nieprawdę, czyli przeinacza fakty albo potwierdza nieistniejące okoliczności. Jeżeli zamawiający udowodni, że został wprowadzony przez wykonawcę w błąd, wykluczy go z postępowania nie wzywając do uzupełnienia oferty czy wyjaśnienia treści oferty (por. wyrok KIO 676/16). Wprowadzenie w błąd musi przybrać formę zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. To pierwsze będzie miało miejsce wtedy, kiedy wykonawca wie, że nie spełnia jednego z warunków udziału w postępowaniu a pomimo tego składa wprowadzające w błąd oświadczenie, że ten warunek spełnia.*

Można przyjąć, że rażące niedbalstwo jest niedbalstwem szczególnym, którego rozmiar i waga przekracza brak zwykłej staranności. Przykładem rażącego niedbalstwa jest uznanie, że np. spełnia się określone przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu nawet się z nimi nie zapoznawszy. Inna tego typu sytuacja to np. złożenie oświadczeń o spełnianiu ściśle określonych wymagań lub kryteriów kwalifikacji przez podmiot trzeci bez zweryfikowania, czy rzeczywiście ten podmiot je spełnia” (Zamówienia publiczne po nowemu -poradnik dla małych i średnich przedsiębiorstw, str. 20, Franciszek Łapecki, Grzegorz Wicik, wyd. Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości, W-wa 2016). Należy w tym miejscu wskazać, iż szczególnie podatne na niezgodność z faktami przy jednoczesnym wpływie na wynik tego postępowania są informacje przedkładane przez wykonawców na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia. Są to bowiem informacje decydujące o możliwości udziału wykonawcy w postępowaniu i zazwyczaj odnoszą się do okoliczności (faktów) niezwiązanych z prowadzonym postępowaniem. W tym

miejscu należy również wskazać, iż Zamawiający swoje decyzje w tym zakresie opiera na oświadczeniach własnych wykonawców lub dokumentach wystawionych przez podmioty trzecie. Wprowadzona do przepisów regulujących rynek udzielania zamówień publicznych w Polsce zmiana w zakresie podejścia do przedstawiania przez wykonawców informacji nieprawdziwych, wprowadzających w błąd, wskazuje że bez względu na to czy wykonawcy da się przypisać winę umyślną czy też niedbalstwo wykonawca taki musi liczyć się z negatywnymi konsekwencjami takiego czynu. W orzecznictwie odnoszącym się do dotychczasowego stanu prawnego (przed nowelizacją, która weszła w życie w dniu 28.07.2016 r.) dopuszczano również możliwość wykluczenia wykonawcy, który z winy nieumyślnej dopuścił się złożenia nieprawdziwych informacji lub złożenie takich informacji było wynikiem niedbalstwa. Należy stwierdzić, że w praktyce wykazanie winy umyślnej wykonawcy jest niezwykle trudne, gdyż wymaga dowodów spoza dokumentacji o udzielenie zamówienia, które potwierdzałyby zamiar wprowadzenia w błąd zamawiającego, czyli że wykonawca wyobrażał sobie taki skutek i tego chciał, ewentualnie na to się godził. Uzyskanie takich dowodów, czy to przez prowadzącego postępowanie, czy też przez konkurenta jest mało prawdopodobne, gdyż wymaga dostępu do wewnętrznych dokumentów wykonawcy, ewentualnie uzyskania zeznań świadków. Natomiast wykonawca z łatwością może uwolnić się od odpowiedzialności oświadczając, że nie miał zamiaru wprowadzenia zamawiającego w błąd, a podanie nieprawdziwej informacji było wynikiem omyłki lub też niesprawdzenia informacji uzyskanej od kogoś innego. Zupełnie inaczej przedstawia się możliwość przypisania wykonawcy niedbalstwa, czyli niedołożenia należytej staranności przy podawaniu zamawiającemu wprowadzających w błąd informacji. Na podstawie art. 14 Pzp do oceny czynności wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, a zgodnie z art. 355 § 1 kc dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności (uzasadnienie wyroku SN z 10.03.2004 r., sygn. akt: IV CK 151 /03) /Tak samo - wyrok KIO z 11.02.2015 r. sygn. akt: KIO 177/15; wyrok KIO z 11.10.2016 r., sygn. akt: KIO 1773/16; wyrok KIO z 27.02.2015 r., sygn. akt: KIO 491/15; wyrok KIO z 26.01.2016 r., sygn. akt: KIO 1/16; wyrok KIO z 17.05.2016 r., sygn. akt: KIO 673/16; wyrok KIO z 28.09.2015 r., sygn. akt: KIO 2000/15/.

Uzasadnienie lekkomyślności lub niedbalstwa przy przedstawianiu informacji wprowadzających w błąd zamawiającego ma dużo lżejszy charakter i w ocenie Odwołującego obejmuje przypadki braku staranności wykonawcy przy przedstawianiu informacji o swojej kwalifikacji podmiotowej. Wykonawca przygotowując ofertę winien dochować staranności i ostrożności składając szczegółowe oświadczenia w JEDZ, gdyż to

one stanowią o tym czy oferta wykonawcy zostanie oceniona na podstawie kryteriów oceny ofert. Informacje podane przez wykonawcę powinny być rzetelne i przedstawiać prawdziwy stan faktyczny. Zważywszy na fakt, iż przedstawiane na wezwanie w okresie późniejszym dowody w postaci referencji nie muszą opisywać zakresu wykonanej usługi w taki sposób w jaki dany zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu. Co w obecnym stanie prawny podnosi wagę wstępnych oświadczeń składanych w JEDZ. Nie dochowując tej staranności wykonawca Konsorcjum na pewno zachował się w sposób lekkomyślny i niedbały. Dodatkowo podkreślił, że Pzp nie przewiduje żadnej możliwości sanowania nieprawdziwej informacji. Zamawiający nie ma ani prawa, ani obowiązku do wzywania wykonawcy Konsorcjum, który przedstawił informacje nieprawdziwe, do złożenia informacji niewadliwych. Ustawowy tryb uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów określony w art. 26 ust. 3 Pzp stosowany jest tylko wtedy, gdy po stronie wykonawcy składającego ofertę zaistniały uchybienia, których skutkiem jest niemożliwość wykazania na dzień składania ofert, że określone przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu spełnia.

Odnośnie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum z postępowania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp należy podnieść co następuje. Wykonawca Konsorcjum wniósł w ramach przedmiotowego postępowania wadium w postaci gwarancji ubezpieczeniowej wystawionej w dniu 12.12.2016 r. przez InterRisk TU S.A. Vienna Insurance Group (nr 02GJ53/16/00080). W treści złożonej gwarancji jako „Zobowiązanego” określono jedynie wykonawcę P.P.H.U. „Forest” inż. B. S. 26-130 Suchedniów Mostki 71 z wyłączeniem pozostałych członków Konsorcjum. Zdaniem Odwołującego, w zaistniałym stanie faktycznym mamy do czynienia z sytuacją, której ofertę złożyło Konsorcjum, a wadium zostało złożone tylko przez wykonawcę P.P.H.U. „Forest” inż. B. S.. Tym samym wadium zostało wniesione przez wykonawcę, który nie złożył oferty, albowiem taki wykonawca - jak P.P.H.U. „Forest” inż. B. S. (samodzielnie) nie występuje w niniejszym postępowaniu. Nie ulega zatem wątpliwości, iż treść kwestionowanej gwarancji wadialnej nie pozostawia wątpliwości, że zakresem ochrony ubezpieczeniowej objęte zostały działania lub zaniechania Zobowiązanego, którym jest wyłącznie jeden wykonawca - P.P.H.U. „Forest” inż. B. S. Z żadnego postanowienia gwarancji wadialnej nie wynika bowiem, że obejmuje ona okoliczności związane ze wspólnym ubieganiem się o udzielenie zamówienia, nie wskazuje przy tym na pozostałych konsorcjantów. Co więcej w treści gwarancji wskazano, iż gwarant zobowiązuje się do zapłaty na rzecz Zamawiającego pełnej kwoty gwarancji, w przypadku zaistnienia w stosunku do Zobowiązanego (a zatem w stosunku do P.P.H.U. „Forest” inż. B. S. - gwarancja definiuje jako Zobowiązanego tylko ten podmiot) co najmniej jednej z przesłanek zatrzymania wadium. Tak ukształtowana treść gwarancji nie zapewnia Zamawiającemu możliwości skutecznego dochodzenia roszczeń w przypadku, gdy okoliczności uzasadniające zatrzymanie wadium zaistnieją również lub tylko po stronie

pozostałych członków Konsorcjum. Nie ulega żadnej wątpliwości że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia wnoszą jedno wadium zabezpieczające ich ofertę wspólną. Nie ma też żadnych przeszkód, aby umowa gwarancji ubezpieczeniowej została zawarta przez jednego z tych wykonawców, z tym jednak zastrzeżeniem, że udzielenie ochrony ubezpieczeniowej nastąpi na rzecz wszystkich wykonawców wchodzących w skład Konsorcjum. Status prawny wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz charakter zobowiązania z gwarancji ubezpieczeniowej przesądzą bowiem o tym, że gwarancja udzielona tylko na rzecz jednego z konsorcjantów może pozwolić ubezpieczycielowi na skuteczne uchylenie się od wypłaty sumy gwarancyjnej. Przede wszystkim jednak podkreślił, że ze względu na charakter prawny gwarancji ubezpieczeniowej, sposób ukształtowania odpowiedzialności wykonawców wobec zamawiającego nie może przesądzić o skuteczności dochodzenia ewentualnych roszczeń z tytułu gwarancji. Zgodnie z poglądami wyrażanymi w orzecznictwie sądowym, zobowiązanie z gwarancji ubezpieczeniowej, które zostaje przez strony określone jako nieodwołalne i bezwarunkowe, jest zobowiązaniem abstrakcyjnym, tj. niezależnym od istnienia i ważności zobowiązania podstawowego, leżącego u podstaw zaciągnięcia zobowiązania z tytułu gwarancji oraz samodzielnym (nieakcesoryjnym), którego istnienie i zakres nie zależy od istnienia i zakresu innego zobowiązania, istnienie i zakres samodzielnego zobowiązania gwaranta określa sama umowa gwarancji ubezpieczeniowej (m.in. wyrok SN z 10.02.2010 r., sygn. akt: V CSK 233/09). Oznacza to, że zobowiązanie z tytułu gwarancji oraz zakres odpowiedzialności gwaranta są niezależne od sposobu ukształtowania relacji prawnej między wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia a zamawiającym. Tym samym powoływanie się wobec gwaranta na okoliczności dotyczące relacji wykonawców z zamawiającym może być uznane za bezskuteczne. Powyższe odnosi się również do postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wniesienie wadium należy uznać za prawidłowe, jeżeli daje ono zamawiającemu możliwość skutecznego zrealizowania swoich roszczeń w przypadku zaistnienia okoliczności uzasadniających zatrzymanie wadium, wtedy bowiem spełnia ono swoją zabezpieczającą rolę. W świetle przedstawionej powyżej argumentacji stwierdzić należy, że w przypadku objęcia gwarancją tylko jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, gwarant będzie miał możliwość uchylenia się od zapłaty sumy gwarancyjnej, w sytuacji, gdy przyczyny uzasadniające zatrzymanie wadium zaistnieją po stronie drugiego z wykonawców (wyroki KIO: z 20.07.2010 r., sygn. akt: KIO 1408/10, wyrok z 15.09.2014 r., sygn. akt KIO 1785/14 oraz wyrok z 07.01.2015 r., sygn. akt KIO 2694/14). Podkreślił, iż w doktrynie została przyjęta zasada, że wadium wniesione w formie gwarancji ubezpieczeniowej czy bankowej musi mieć taką samą płynność, jak wadium wniesione w pieniądzu, co oznacza, że dochodzenie roszczenia z tytułu zapłaty wadium nie może być utrudnione. Wadium stanowi

bowiem zabezpieczenie zamawiającego i musi być skuteczne (wyrok SO w W-wie z 14.10.2015 r., sygn. akt: XXIII Ga 1313/15 oraz KIO z 17.06.2008 r., o sygn. akt: KIO/UZP 537/08). Z uwagi na szeroki zakres ponoszonej odpowiedzialności gwarant przed akceptacją gwarancji, w celu oszacowania ryzyka z tym związanego, weryfikuje szczegółowo kondycję ekonomiczną oraz zdolność do wykonania kontraktu wykonawcy, którego udział w przetargu ma być zabezpieczony. Wynik tego badania przesądza o akceptacji wniosku o wystawienie dokumentu gwarancji, a także o wysokości wynagrodzenia, jakie z tego tytułu pobierze gwarant. Dlatego też trudno uznać za zasadny pogląd, że gwarant wypłaci Zamawiającemu kwotę wadium także w sytuacji, kiedy wystąpią okoliczności nieznane gwarantowi na etapie wystawiania gwarancji i nie znajdujące odzwierciedlenia w ustalonej stawce wynagrodzenia. Za ww. wyrokiem SO w Olsztynie, sygn. akt: V Ga 205/16 stwierdzić należy iż: *"Niewątpliwie większa liczba wykonawców oznacza większe ryzyko gwaranta, co zapewne przekłada się na zwiększone prowizje, których żąda gwarant od wykonawcy. Inaczej mówiąc, gwarant musi mieć pełną wiedzę, co do tego, kogo ubezpiecza i od czego ubezpiecza"*. Odwołujący stoi na stanowisku, że przenoszenie odpowiedzialności gwaranta na okoliczności w wystawionej gwarancji nie przewidziane lecz tylko podobne, jest niczym innym jak próbą rozszerzającej interpretacji treści gwarancji. W tej materii SN w wyroku z 20.09.2013 r., sygn. akt: II CSK 670/12 stwierdził, iż biorąc pod uwagę stanowisko iż gwarancja występująca we współczesnym obrocie prawnym, w tym także gwarancja bankowa, jest umową. Dlatego też umowa winna zawierać precyzyjnie określone elementy przedmiotowo istotne, które nie będą dawały jej stronom, czyli beneficjentowi i gwarantowi, pola do interpretacji. Warto podkreślić, iż argumentacja Odwołującego znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Izby np. *„W przypadku wadium wniesionego w formie gwarancji znaczenie ma wyłącznie stosunek pomiędzy gwarantem, a Zamawiającym jako beneficjentem, którego treść wynika z listu gwarancyjnego. Z żadnego przepisu ustawy Pzp w tym i z art. 23 nie wynika, aby pomiędzy wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia zachodził węzeł odpowiedzialności solidarnej. Ustawa Pzp w art. 141 ustanawia solidarną odpowiedzialność wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia dopiero za wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy i za wykonanie umowy. Złożenie oferty przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia nie może być uznane za zaciągnięcie zobowiązania, za które odpowiadają solidarnie, gdyż nie ma w tym przypadku str. 9 wspólnego dla tych wykonawców mienia. Trudno uznać również za zasadne wywodzenie solidarnej odpowiedzialności członków konsorcjum wobec Zamawiającego w oparciu o przepis art. 370 i 380 kc. Po pierwsze przepisy kodeksu cywilnego stosowane w zakresie zamówień poprzez art. 14 Pzp mają zastosowanie tylko do czynności podejmowanych przez Zamawiającego i wykonawców, natomiast, aby nastąpiła wypłata wadium konieczna jest czynność podmiotu*

trzeciego tj. gwaranta. Twierdzenie, iż art. 370 kc. ma zastosowanie, bo wspólny majątek istnieje, jest nieprawdziwe - jeśli nawet uznać, iż takim majątkiem będzie powstająca w momencie wyboru umowy wierzytelność do zawarcia umowy, to zazwyczaj już w momencie żądania zapłaty wadium przewidzianego w przepisie art. 46 ust. 4a, taka "wierzytelność" zwykle nie istnieje, gdyż nastąpiło już np. wykluczenie wykonawcy z postępowania. Na potwierdzenie powyższego stanowiska Izby zasadnym jest przywołanie stanowiska SO w Olsztynie (pow. cyt.), wydanego w podobnym stanie faktycznym Sąd stwierdził iż: nie ma wątpliwości, iż odpowiedzialność solidarna członków konsorcjum powstaje dopiero po zawarciu umowy z zamawiającym, a nie na etapie ubiegania się o zamówienie. Treść przepisu artykułu 141 ustawy nie może tu rodzić żadnych wątpliwości. Zgodnie z treścią artykułu 369 kpc, kodeksu cywilnego, zobowiązanie jest solidarne, jeżeli, wynika z ustawy lub z czynności prawnej. Niewątpliwie odpowiedzialność solidarna wykonawców wobec zamawiającego na etapie wykonania umowy ma swoje źródło w ustawie, we wskazanym wyżej przepisie artykułu 141 ustawy. Z kolei z treści artykułu 23 ustęp 1 ustawy nie wynika odpowiedzialność solidarna członków konsorcjum. Źródłem solidarnej odpowiedzialności nie jest w tym przypadku ustawa. Nie jest nią także czynność prawna, bowiem na etapie ubiegania się o zamówienie między konsorcjantami a zamawiającymi nie doszło do zawarcia żadnej umowy, a jedynie umowa mogłaby być taką czynnością prawną" /wyrok KIO z 21.07. 2016 r., sygn. akt: KIO 1211/16/. Nie bez znaczenia dla prawidłowej oceny wniesionego wadium jest wymóg Zamawiającego zawarty w treści ust. 9.6 pkt 1 SIWZ gdzie wskazano jako jeden z wymogów niezbędnych dla poprawności wadium wnoszonego w postaci gwarancji: 1) „nazwę dającego zlecenie „Wykonawcy”, beneficjenta gwarancji/poręczenia (Zamawiającego), gwaranta (banku lub instytucji ubezpieczeniowej udzielających gwarancji/poręczenia) oraz wskazanie ich siedzib)". Tym samym w ocenie Odwołującego Zamawiający w SIWZ określił sposób wniesienia gwarancji wadium, nakazując, aby dokument ten jako Beneficjenta wskazywał wykonawcę, w tym przypadku wykonawcę Konsorcjum, a nie jednego z wykonawców je tworzącego, nawet nie lidera. Reasumując w opinii Odwołującego w dokumencie gwarancji winny być wskazane podmioty należące do konsorcjum lub co najmniej informacja, że zleceniodawca gwarancji składa ofertę w ramach konsorcjum, a fakt ten został zaakceptowany przez gwaranta. W innym wypadku gwarant może odmówić wypłaty sumy gwarancyjnej, gdy przesłanki przypadku wadium dotyczą niewymienionego w niej podmiotu. Bezwarunkowość nie oznacza, że gwarant ponosi odpowiedzialność za zdarzenia, których nie objął ochroną, w tym za działania lub zaniechania podmiotu niewskazanego w treści gwarancji.

Stosownie do przepisu art. 7 ust. 1 Pzp: „1. Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami

proporcjonalności i przejrzystości". Biorąc pod uwagę okoliczność, iż Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów wskazanych i wynikających z niniejszego odwołania, za w pełni uzasadnione należy uznać także twierdzenie o naruszeniu przez niego przepisu art. 7 ust. 1 Pzp. Zamawiający - poprzez niezastosowanie w sposób prawidłowy powołanych przepisów - dopuścił się bowiem naruszenia fundamentalnych dla prawa zamówień publicznych zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Zamawiający w dniu 17.01.2017 r. (e-mailem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, wezwał uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 23.01.2017 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) przez Konsorcjum S. zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Izba uznała zgłoszone przystąpienie za nieskuteczne z uwagi na przekroczenie terminu wynikającego z art. 185 ust. 2 Pzp.

W dniu 24.01.2017 r.(e-mailem) Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił w części odwołanie dotyczącej zarzutów naruszenia art. 24 ust.1 pkt 12, art. 24 ust.4 oraz art. 7 ust.1 i 3 Pzp. W zakresie pozostałych zarzutów wniósł o oddalenie. Kopia została przekazana Odwołującemu. Odnośnie oddalonych zarzutów stwierdził co następuje. Zamawiający nie dopatrył się po stronie Konsorcjum S. zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa przy podawaniu informacji dotyczących spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający nie dopatrył się także lekkomyślności po stronie Wykonawcy, tym bardziej, że zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp działanie wykonawcy powinno mieć choćby hipotetycznie istotny wpływ na decyzje Zamawiającego. Zdaniem Odwołującego Konsorcjum S. podało niewłaściwie datę rozpoczęcia wykonywania usługi. Takie działanie nie mogło mieć wpływu na decyzję Zamawiającego co do spełniania warunku udziału w postępowaniu. Wymóg dotyczy bowiem zrealizowania usługi o określonej wartości w okresie następujących po sobie 12 miesięcy. W warunku nie postawiono wymagania aby usługa była wykonywana przez co najmniej 12 miesięcy - brak jest wymagania co do czasu jej trwania. Okres 12 miesięcy służy jedynie porównaniu skali wykonywanej usługi - jeżeli wykonawca uzyskał odpowiednią wartości wykonanych usług w okresie krótszym niż 12 miesięcy - jego doświadczenie powinno być zaliczone jako spełniające warunek. Z tych względów, nawet gdyby zarzucić Wykonawcy lekkomyślność (a nie zwykłą omyłkę pisarską) co do daty rozpoczęcia wykonywania usługi, to omyłka ta nie mogła mieć ani nie miała żadnego wpływu na decyzje podejmowane przez Zamawiającego. W ocenie Zamawiającego nie można podzielić argumentacji Odwołującego odnośnie nieprawidłowej

formy wadium wniesionej jedynie przez Lidera Konsorcjum. Zgodnie z art. 23 ust. 3 Pzp przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Z tego względu obowiązki, jakie ustawa kształtuje w stosunku do wykonawcy, będą dotyczyły tych wykonawców, którzy wspólnie biorą udział w postępowaniu (wyrok KIO z 05.03.2015 r.; sygn. akt: KIO 336/15). Z dokumentów przedłożonych przez konsorcjum wynika, że wniesione przez konsorcjum wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej zabezpiecza interes zamawiającego w sytuacjach ściśle określonych w przepisach Pzp. Wprawdzie w treści gwarancji nie zostali wpisani wszyscy członkowie konsorcjum, ale jednak wystawienie gwarancji na rzecz jednego z nich i w dodatku lidera konsorcjum umocowanego do ich reprezentowania jest wystarczającym zabezpieczeniem oferty konsorcjum pozwalającym skutecznie zaspokoić roszczenia zamawiającego w przypadku zaistnienia jednej z przesłanek art. 46 ust. 4a i 46 ust. 5 Pzp na podstawie przedłożonej gwarancji zapłaty wadium. W przypadku, gdy którykolwiek z członków konsorcjum spowoduje okoliczności uzasadniające zatrzymanie wadium na podstawie art. 46 ust. 4a i ust. 5, to skutki tego działania rozciągają się na wszystkich członków konsorcjum. Solidarna odpowiedzialność wykonawców składających jedną ofertę odnosi się także do obowiązku podpisania umowy oraz pokrycia szkody (utruty wadium) w przypadku jej niepodpisania z przyczyn dotyczących uczestnika oferty wspólnej, który nie był podmiotem wnoszącym wadium. Stanowisko Zamawiającego znajduje poparcie w cytowanym wyroku KIO z 05.03.2015 r.; sygn. akt KIO 336/15 a także w orzecznictwie sądowym, np. w wyroku SO w Poznaniu z 12.05.2006 r., sygn. akt: II Ca 489/05.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp. Odwołujący, którego oferta była drugą ofertą, która została złożona w pakiecie IV i nie została ani odrzucona, ani też Wykonawca nie został wykluczony z udziału w postępowaniu, w wypadku potwierdzenia zarzutów ma szansę na uzyskanie zamówienia.

Izba uznała zgłoszone przystąpienie Konsorcjum S. - za nieskuteczne z uwagi na przekroczenie terminu wynikającego z art. 185 ust. 2 Pzp, zgodnie bowiem z informacją od Zamawiającego Konsorcjum zostało poinformowane 17.01.2017 r. zaś, zgłoszenie wpłynęło do Prezesa Izby 23.01.2017 r., czyli po upływie terminu 3 dniowego od otrzymania kopii odwołania, w przedmiotowym zakresie ma zastosowanie teoria doręczenia, nie ma zaś znaczenia data nadania - stempla na kopercie.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił 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 treści ogłoszenia o zamówieniu, postanowień SIWZ, odpowiedzi na pytanie 6 w informacji dla Wykonawców nr 2 z 16.11.2016 r., protokołu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego – DRUK ZP-PN, oferty Konsorcjum S. dla pakietu IV, a dokładnie JEDZ-ów dla poszczególnych konsorcjantów (od str. 10 do 63, str. 22, 40, 58), wezwania w trybie art. 26 ust. 1 Pzp z 22.12.2016 r., złożonej w odpowiedzi m.in. referencji z 02.12.2016 r. oraz informacji z 05.01.2017 r. o wyborze oferty najkorzystniejszej m.in. dla pakietu IV. W poczet materiału dowodowego zaliczono również załączone do odwołania:

- ogłoszenie o zamówieniu dla Nadleśnictwa Suchedniów 2014/S 225-397875 opublikowane w DUUE 21.11.2014 r., ogłoszenie o udzieleniu zamówienia dla Nadleśnictwa Suchedniów 2015/S 020 - 032742 opublikowane w DUUE 29.01.2015 r. oraz protokół tego postępowania dla Nadleśnictwa Suchedniów na rok 2015 – dotyczy postępowania na rok 2015;
- ogłoszenie o zamówieniu dla Nadleśnictwa Suchedniów 2012/S 224-369226 opublikowane w DUUE 21.11.2012 r. oraz ogłoszenie o udzieleniu zamówienia dla Nadleśnictwa Suchedniów 2013/S 011-013676 opublikowane w DUUE 16.01.2013 r. – dotyczy postępowania na rok 2013.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także odwołanie, odpowiedź na odwołanie zawierające m.in. uwzględnienie częściowe, a nadto stanowiska i oświadczenia stron złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania oraz podtrzymanych na posiedzeniu i rozprawie zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu następujące zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Konsorcjum_S. z postępowania pomimo niepotwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie posiadanego doświadczenia;
2. art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Konsorcjum_S., który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu;
3. art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy, 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;

4.art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Konsorcjum_S., która została zabezpieczona wadium wniesionym w sposób nieprawidłowy;

5. art. 24 ust. 4 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Konsorcjum, który podlegał wykluczeniu z postępowania;

6. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez ich błędną wykładnię oraz niewłaściwe zastosowanie, prowadzące do rażącego naruszenia zasady równego traktowania oraz zasady uczciwej konkurencji prowadzącymi do zaniechania wykluczenia wykonawcy Konsorcjum oraz odrzucenia jego oferty,

7. oraz innych przepisów wymienionych lub wynikających z uzasadnienia odwołania.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego odwołania:

W pierwszej kolejności należy przywołać stan faktyczny wynikający z treści wniesionego odwołania oraz odpowiedzi na odwołanie. W tym zakresie Izba wskazuje na przywołane w treści odwołania postanowienia wymogu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej dla pakietu IV – w pkt 3.1 SIWZ oraz dokumenty, które należało złożyć na potwierdzenie jego spełniania – cz. 7 pkt 7.1 a) SIWZ. Nadto, przywołując treść odpowiedzi na pytanie 6 w informacji dla Wykonawców nr 2 z 16.11.2016 r. wskazaną również w odwołaniu. Istotne jest również wezwanie w trybie art. 26 ust.1 Pzp z 22.12.2016 r. oraz referencja z 02.12.2016 r. przytoczona przez Odwołującego. Izba odniesie się do poszczególnych kwestii w ramach rozpatrywania kolejnych zarzutów.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Zamawiający uwzględnił w ramach uwzględnienia częściowego zarzut 1, 5 i 6, a w postępowaniu nie było zgłoszone skutecznie przystąpienia – art. 186 ust. 3a i 4a Pzp. Stwierdził w tym zakresie w ramach wyjaśnień na posiedzeniu i rozprawie, iż ponieważ nie wyczerpał możliwości wynikających z art. 26 ust. 3 Pzp wobec oferty wykonawcy wybranego, który nieskutecznie przystąpił, zamierza w tym kierunku poczynić działania, tym bardziej, że, zgodnie z aktualnymi przepisami Pzp, nie ma obowiązku wykonywania czynności zgodnie z żądaniami Odwołującego. Zamawiający dodatkowo wyjaśnił, że uwzględnił zarzut naruszenia art. 24 ust. 4 Pzp, jako konsekwencję naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, nie uznaje konieczności wykluczenia oraz odrzucenia z tego wynikającego. Nadto, stwierdził, że uwzględnienie dotyczy zaniechania uznania istnienia podstaw do wykluczenia wykonawcy wybranego na podstawie aktualnie posiadanych dokumentów, w konsekwencji Zamawiający ponownie oceni spełnienie warunków udziału w postępowaniu i wezwie w tym zakresie

wykonawcę w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Dokonana czynność oraz uzyskane dokumenty będą nową czynnością. Odwołujący wycofał zarzut 4 na posiedzeniu, w konsekwencji nie podlegał on rozpoznaniu. Sporne pozostały podtrzymane zarzuty 2 i 3.

Odnosnie zarzutu 2 i 3 Izba uznała, że nie zostały one potwierdzone.

Na wstępie Izba wskazuje, że argumentacja Odwołującego przedstawiona na rozprawie wykraczała poza okoliczności faktyczne wskazane w odwołaniu względem niniejszych zarzutów. Stąd m.in. brak odniesienia się do nich przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie. Kwestia bowiem zsumowania przez wykonawcę wybranego wartości kilku umów celem spełnienia sformułowanego przez Zamawiającego warunku w zakresie oczekiwanej wartości, zakresu rzeczowego wykazywanego zadania oraz jego rzeczywistej realizacji przez wykonawcę wybranego była podnoszona w zakresie zarzutu 1 uwzględnionego przez Zamawiającego. W odwołaniu w zakresie przedmiotowych zarzutów podnoszono bowiem jedynie kwestie błędnego wskazania daty, tj. terminu rozpoczęcia wykonania umowy wykazywanego zadania (str. 10 odwołania).

W ocenie Izby, Wykonawca wybrany prawidłowo odczytał wymóg udziału w postępowaniu, gdyż należało wykazać się usługami o określonej wartości w okresie następujących po sobie 12 miesięcy, nie przez co najmniej 12 miesięcy. W rezultacie, brak jest podstaw do uznania błędnego wskazania daty, tj. terminu rozpoczęcia wykonania umowy wykazywanego zadania, jako rażącego niedbalstwa, czy też lekkomyślności. Odwołujący nie wykazał ani celowego działania, ani lekkomyślności. Ze złożonych wraz z odwołaniem dokumentów nie wynika złożenie nieprawdziwych informacji. W dołączonym do ofert Wykonawcy wybranego oferty JEDZU – str. 58 oferty /Cz. C pkt 1b/ – zostało użyte sformułowanie: „*Usługi polegające na (...)*” – czyli użyto liczby mnogiej oraz wskazano wartość identyczną co podana w referencji z 02.12.2016 r. – 4.583 591, 23 zł. W ocenie Izby, sposób odkodowania podanych informacji w JEDZ-u załączonym do oferty Wykonawcy wybranego w kontekście postawionego wymogu przedstawiony na rozprawie przez Odwołującego /l.mn - ze względu na to, iż w następnej części wymienia określone prace i rodzaje usług, których jest kilka. Oświadczenie odnosi się wprost do warunku udziału w postępowaniu, które również dotyczy większej liczby usług/ - jest jedynie jednym z możliwych. Bez wymiernego potwierdzenia nie może być uznany za zgodny z rzeczywistym stanem rzeczy. Odwołujący, co najwyżej wykazał niespełnienie warunku udziału w postępowaniu przez Wykonawcę wybranego. Postępowanie przed Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne, a z istoty tego postępowania wynika, iż spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Powołując w tym miejscu na regulację art. 14 Pzp do czynności podejmowanych przez Zamawiającego i wykonawców w postępowaniu

o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej; przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego zgodnie z którym ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne należy wskazać, że właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 Pzp. Przepis art. 6 Kc wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incubit probatio qui dicit non qui negat* (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza). Tym samym w ocenie Izby Odwołujący w zakresie tych zarzutów nie podołał ciężącemu na nim obowiązкови, w konsekwencji czego zarzuty należało oddalić. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie w spr. o sygn. akt: V Ca 571/08, kontradyktoryjny charakter postępowania odwoławczego przed KIO pozostawia inicjatywę dowodową stronom, nie nakładając na KIO obowiązku ustalenia prawdy materialnej. Podobnie również stwierdził SO w Katowicach w wyroku o sygn. XIX Ga 92/08, iż: *"w postępowaniu odwoławczym przed KIO to strony postępowania, a nie Izba winna poszukiwać i wykazać dowody na poparcie swoich twierdzeń. Zatem obowiązkiem strony na której spoczywa ciężar dowodu jest wskazanie wszystkich okoliczności, od których zależy powodzenie wnoszonego odwołania. W przedmiotowej sprawie dotyczyło to Odwołującego".* W żadnym wypadku, Odwołujący nie udowodnił, że wykonawca wybrany, w ramach wykazywanej wartości, nie spełnił warunku, tj. nie zrealizował jednej umowy na wartość oczekiwaną zgodnie z postanowieniami SIWZ. Z załączonych do odwołania dowodów tak ogłoszenia o udzieleniu zamówienia dla Nadleśnictwa Suchedniów 2015/S 020 - 032742 opublikowanego w DUUE 29.01.2015 r. oraz protokołu tego postępowania dla Nadleśnictwa Suchedniów na rok 2015 wynika, także w kontekście argumentacji Odwołującego z odwołania, która nie dotyczyła zarzutu 2 i 3, ale zarzutu 1, że z 8 umów zawartych na rok 2015 z Nadleśnictwem Suchedniów, co najmniej 7 przekraczało wartość wynikającą z wymogu.

Zaistniały stan faktyczny kwalifikował się co najwyżej do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp. Brak było i nadal nie ma podstaw do uznania zaistnienia podstaw do wykluczenia na podstawie art. 24 ust.1 pkt 16 i 17 Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu 7 - naruszenia innych przepisów wymienionych lub wynikających z uzasadnienia odwołania

Zarzut nie został skonkretyzowany. Nie wskazano w nim, ani podstawy prawnej, której naruszenie zarzuca Odwołujący, ani stanu faktycznego, który miałby być przedmiotem oceny Izby. W tej sytuacji Izba oceniła postawiony zarzut jako nieistniejący. Podobnie Izba

uznała w wyroku z 10.03.2014 r., sygn. akt: KIO 266/14, wyroku KIO z 15.11.2016 r., sygn. akt: KIO 2049/16, sygn. akt: KIO 2052/16, czy też wyroku z 24.11.2016 r., sygn. akt: KIO 2098/16.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Stosownie do art. 192 ust. 1 Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 2 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do uwzględnienia i oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 1 i 3 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło odpowiednio umorzenia postępowania odwoławczego oraz kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięcia o charakterze merytorycznym i formalnym, całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 Pzp, *strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6.* Z kolei, jak wynika z art. 186 ust. 6 pkt 4 Pzp, *koszty postępowania odwoławczego, w okolicznościach, o których mowa w ust. 4a, ponosi:*

- a) *odwołujący, jeżeli odwołanie, w części zarzutów, których zamawiający nie uwzględnił, zostało oddalone przez Izbę,*
- b) *zamawiający, jeżeli odwołanie, w części zarzutów, których zamawiający nie uwzględnił, zostało uwzględnione przez Izbę.*

W analizowanej sprawie, jak wynika z pkt 2 sentencji, w zakresie zarzutów, których Zamawiający nie uwzględnił, zostały one oddalone. Wypełniona została zatem dyspozycja przepisu art. 186 ust. 6 pkt 4 lit. a Pzp.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. b oraz § 5 ust. 4 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. Nr 41, poz. 238). Izba uznała wnioszek

Zamawiającego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł ,
tj. w maksymalnej kwocie dopuszczonej przez w/w rozporządzenie (§ 3 pkt 2 lit. b w/w
rozporządzenia).

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....