

Sygn. akt: KIO 65/15

## WYROK

z dnia 26 stycznia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska**

**Protokolant: Małgorzata Gil**

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 26 stycznia 2015 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 stycznia 2015 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego M. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PTHU Usługi Leśne, Przewóz Osób Trans Expres MARK M. M. i TIM-BRUK M. M. wspólnik spółki cywilnej z siedzibą w Michałowie, ul. Słoneczna 17 oraz E. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne E. P. z siedzibą w Gródku, ul. Zarzeczańska 1 i J. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne J. G. z siedzibą w Michałowie, ul. Odnoga-Kuźmy 11** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Żednia w Żedni 5**

**orzeka:**

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego M. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PTHU Usługi Leśne, Przewóz Osób Trans Expres MARK M. M. i TIM-BRUK M. M. wspólnik spółki cywilnej z siedzibą w Michałowie, ul. Słoneczna 17 oraz E. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne E. P. z siedzibą w Gródku, ul. Zarzeczańska 1 i J. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne J. G. z siedzibą w Michałowie, ul. Odnoga-Kuźmy 11** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego M. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PTHU Usługi Leśne, Przewóz Osób Trans Expres**

**MARK M. M. i TIM-BRUK M. Ma. wspólnik spółki cywilnej z siedzibą w Michałowie, ul. Słoneczna 17 oraz E. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne E. P. z siedzibą w Gródku, ul. Zarzeczńska 1 i J. G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne J. G. z siedzibą w Michałowie, ul. Odnoga-Kuźmy 11** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasada od **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego M. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PTHU Usługi Leśne, Przewóz Osób Trans Expres MARK M. M. i TIM-BRUK M. M. wspólnik spółki cywilnej z siedzibą w Michałowie, ul. Słoneczna 17 oraz E. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne E. P. z siedzibą w Gródku, ul. Zarzeczńska 1 i J. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne J. G. z siedzibą w Michałowie, ul. Odnoga-Kuźmy 11** na rzecz **Skarbu Państwa – Państwowego Gospodarstwa Leśnego Lasy Państwowe Nadleśnictwo Żednia w Żedni** 5 kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 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 Białymstoku**.

**Przewodniczący:** .....

**Uzasadnienie**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Usługi związane bezpośrednio z prowadzeniem gospodarki leśnej w Nadleśnictwie Żednia w roku 2015” zostało wszczęte przez zamawiającego ogłoszeniem o zamówieniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 19 listopada 2014 roku pod numerem 2014/S 223-394339

Zamawiający rozstrzygnął postępowanie oraz poinformował wykonawców w dniu 2 stycznia 2015 roku o wyborze najkorzystniejszej oferty.

W dniu 12 stycznia 2015r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego: M. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PTHU Usługi Leśne, Przewóz Osób Trans Expres MARK M. M. i TIM-BRUK M. M. wspólnik spółki cywilnej z siedzibą w Michałowie, ul. Słoneczna 17 oraz E. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne E. P. z siedzibą w Gródku, ul. Zarzeczańska 1 i J. G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne J. G. z siedzibą w Michałowie, ul. Odnoga-Kuźmy 11 zwani dalej odwołującym, wnieśli pisemne odwołanie. Odwołanie zostało podpisane przez M. M. upoważnionego do reprezentacji wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie zgodnie z § 2 umowy konsorcjum z dnia 6 grudnia 2014r. podpisanej przez wszystkich konsorcjantów. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 12 stycznia 2015r.

Odwołujący skarży czynność oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013r. poz. 907 ze zm. – dalej ustawy) przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Konsorcjum Zakład Usług Leśnych W. S., Zakład Usług Leśnych A. M. , Usługi Leśne B. A., której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
2. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Konsorcjum Zakład Usług Leśnych W. S., Zakład Usług Leśnych A. M. , Usługi Leśne B. A. której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji
3. art. 26 ust. 3 ustawy przez zaniechanie wezwania wykonawców do uzupełnienia dokumentów w sytuacji złożenia przez wykonawców dokumentów błędnych.

Wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. dokonania zaniechanej czynności odrzucenia oferty Konsorcjum Zakład Usług Leśnych W. S., Zakład Usług Leśnych A. M. , Usługi Leśne B. A.
2. unieważnienie czynności z dnia 2 stycznia 2015 roku w postaci wybrania najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Zakład Usług Leśnych W. S., Zakład Usług Leśnych A. M. , Usługi Leśne B. A.
3. powtórzenie czynności z dnia 2 stycznia 2015 roku w postaci wybrania najkorzystniejszej oferty i w jej trakcie uznania oferty odwołującego za ofertę najkorzystniejszą

ewentualnie o :

unieważnienie przetargu w zakresie Pakietu nr. 1 - wykonanie usług związanych bezpośrednio z prowadzeniem gospodarki leśnej w zakresie pozyskania i zrywki sortymentów drzewnych, hodowli lasu, ochrony lasu i ochrony p.poż oraz stanu posiadania w Leśnictwach obrębu Hieronimowo : Jałówka, Cisówka, Łuplanka.

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia i został on naruszony przez zamawiającego w niniejszym postępowaniu, ponieważ oferta odwołującego powinna być uznana za ofertę najkorzystniejszą. W konsekwencji, istnieje możliwość poniesienia szkody przez odwołującego a co za tym idzie ma interes we wniesieniu odwołania.

W uzasadnieniu w zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty wybranej z powodu jej niezgodności z treścią siwz odwołujący wskazał na pkt 8 siwz, zgodnie z którym „o zamówienie mogą ubiegać się Wykonawcy którzy wykażą , że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy- w tym okresie zrealizował co najmniej 2 usługi o charakterze: pakiety: nr 1, nr 2, nr 3, nr 5, nr 6 o wartości minimum 1 mln zł. brutto obejmujące prace z zakresu gospodarki leśnej.” Odwołujący podniósł, że wykonawca wybrany do oferty załączył jedynie referencje dotyczące wykonanych usług. Z całą stanowczością podkreślił, iż do oferty nie został przedłożony żaden dokument potwierdzający spełnienie warunku określonego w punkcie 8 siwz, gdyż referencje mogą służyć jedynie potwierdzeniu należytego wykonania usług, a nie stanowią dowodu na spełnienie wymagań siwz. Powołał się na wyroki Zespołów Arbitrów i Krajowej Izby Odwoławczej (KIO/UZP 386/08,390/08, 270/08, UZP/ZO/O-137/07, UZP/ZO/0-62/07) oraz artykuł Marka Zuki w "Rzeczpospolitej" z dnia 18.10.2005 r. Z uwagi na powyższe odwołujący uważa, że zamawiający winny był odrzucić ofertę wybraną. Odwołujący wskazał także, iż w postępowaniach z lat ubiegłych na analogiczny przedmiot zamówienia

zamawiający wyraźnie wskazywał, że w przypadku wykazywania się usługami realizowanymi w ramach konsorcjum wykonawca musi wykazać tę część, którą samodzielnie realizował w ramach konsorcjum. W ocenie odwołującego podobna wykładnia postanowień siwz jest aktualna na gruncie spornego postępowania. Odwołujący podniósł zatem, iż nie dość, iż wykonawca wybrany w żaden sposób nie wykazał się żądanym przerobem łącznie, to w dodatku konsorcjanci wskazywali przeroby uprzednich konsorcjów, w których brali udział, a nie własne. Zdaniem odwołującego, każdy z konsorcjantów powinien przedłożyć dokument np. fakturę potwierdzającą wykonanie usługi w żądanej wysokości. Każdy z konsorcjantów powinien przedłożyć dokument np. fakturę potwierdzającą wykonanie usługi w żądanej wysokości. Zamawiający bowiem wymagał od wykonawców występujących wspólnie w punkcie 8 SIWZ podpunkt 5) litera b w związku z punktem 9 złożenia i udokumentowania spełnienia warunków przez każdego z wykonawców oddzielnie. Z tego względu odwołujący uważa, że żaden z wykonawców wchodzących w skład wykonawcy wybranego nie wykazał się samodzielnie żądanymi dokumentami co winno skutkować definitywnym odrzuceniem oferty. Nadto wykonawca wybrany wpisał w załączniku numer 4 do siwz przerób łączny uprzednich członków konsorcjum i wskazał je jako własne. Jest to nieprawda. Wskazany przerób zgodnie z referencjami i poświadczeniami był przerobem konsorcyjnym a nie wskazanego wykonawcy. Z uwagi na powyższe niedopuszczalnym jest, zdaniem odwołującego, uznanie referencji innych konsorcjów w których brali oni udział jako ich własne przeroby. Z uwagi na powyższe niedopuszczalnym jest uznanie referencji innych konsorcjów w których brali oni udział jako ich własne przeroby. Bezspornym jest, iż członek konsorcjum w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu ma prawo polegać na wiedzy i doświadczeniu innych członków konsorcjum. Istotnym jednak jest, iż w zaistniałym stanie faktyczny, konsorcjanci wykazują się wiedzą i doświadczeniem (notabene jedynie na podstawie referencji) uczestnictwa w innych konsorcjach a nie swoją własną.

Co do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty wybranej mimo, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, odwołujący podniósł to, że członkowie Konsorcjum w tym A. M. i W. S. w celu spełnienia zapisu punktu 8 siwz posłużyli się wiedzą i doświadczeniem (a de facto przerobem) odwołującego, w tym szczególności J. G. i M. M. . Takie działanie zdaniem odwołującego stanowi ewidentnie czyn nieuczciwej konkurencji i winno skutkować odrzuceniem oferty wybranej. Odwołujący zastanawia się także dlaczego w referencjach i poświadczeniach załączonych do oferty zamawiający wystawił różne zaświadczenia dla tych samych podmiotów. Tj. przy referencjach wykonawcy wybranego (strona 61 i 67 oferty ) wskazani są wszyscy członkowie uprzedniego konsorcjum, w tym A. M. i W. S. i wspólny przerób. Natomiast w ofercie odwołującego przy tych referencjach, w tym samym stanie

faktycznym, brak jest wiadomości, iż do konsorcjum należeli A. M. i W. S. .

Kolejnym zarzutem jest naruszenie przez zamawiającego treści art. 26 ust. 3 ustawy przez zaniechania wezwania wykonawców do uzupełnienia dokumentów w sytuacji złożenia przez wykonawców dokumentów błędnych; Odwołujący wiąże ten zarzut z zarzutem postawionym jako pierwszy i uważa, że zamawiający winny był wezwać Konsorcjum do przedłożenia dokumentacji, a nie referencji w celu wykazania się żadaną wiedzą i doświadczeniem - czego nie czynił. To zaniechanie powinno doprowadzić do uznania oferty za wadliwą i odrzucenia jej - czego również zamawiający nie uczynił.

Dodatkowo odwołujący zauważył, że na stronie 83 i 84 oraz 88 oferty konsorcjum w załączniku numer 6 do siwz dotyczącym Wykazu osób które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia w rubryce „ podstawa dysponowania ( umowa o pracę , umowa zlecenia itp.) „przy nazwiskach osób wykonawca wybrany wpisał jedynie słowo „ umowa”. Z uwagi na taki zapis zamawiający nie posiada wiedzy o podstawie dysponowania osobami które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia. Takie działanie nie może być potraktowane jako oczywista omyłka pisarska. Na kolejnych stronach przedmiotowego załącznika wykonawca określił już konkretnie podstawę dysponowania osobami- np. umowa zlecenia. Ta okoliczność w ocenie odwołującego także powinna powodować odrzucenie oferty wybranej.

W dniu 13 stycznia 2015r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię i wzywając do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

Do postępowania odwoławczego w terminie wynikającym z art. 185 ust. 2 ustawy nikt nie przystąpił.

W dniu 26 stycznia 2015r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości i zasądzenie na jego rzecz od odwołującego kosztów postępowania według norm prawem przepisanych, w tym kosztów zastępstwa w postępowaniu odwoławczym na podstawie faktury. W uzasadnieniu przytoczył brzmienie siwz w pkt 8 lit. b wskazując, że żądał dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków uczestnictwa w postępowaniu, a wykonawca wybrany je złożył na str. 59-75 oferty w zakresie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia. Co więcej z uwagi na fakt, że częściowo są to usługi świadczone na rzecz zamawiającego wykonawca wybrany nie był w tym zakresie zobowiązany do przedstawiania poświadczeń. Zamawiający podkreślił, że był związany zawartym w siwz katalogiem dokumentów i mógł żądać jedynie dokumentów niezbędnych dla postępowania. Powołał orzecznictwo świadczące o tym, że referencje mają służyć jedynie potwierdzeniu należytego wykonania zamówienia, ale spełnianie warunku ocenia się

na podstawie wykazu usług, tak KIO sygn. akt KIO 1260/14, sygn. akt KIO 2617/13, sygn. akt KIO 2593/13. Zamawiający nie zgodził się z przedstawionymi przez odwołującego twierdzeniami, co do konieczności stosowania interpretacji pojęcia „przerób konsorcyjny”, podkreślił, że interpretacje postanowień siwz wydane nawet przez tego samego zamawiającego, ale na potrzeby innych postępowań nie wiążą wykonawców, ani zamawiający nie jest przy ocenie ofert związany postanowieniami, czy interpretacjami, których w danym postępowaniu nie było. Na potrzeby niniejszego postępowania opracował nowy siwz uwzględniający zmiany w przepisach prawa. Na poparcie swoich twierdzeń powołał wyrok sygn. akt KIO 2474/13. Nie zgadza się także ze stanowiskiem, że brak jest możliwości wykazywania się wiedzą i doświadczeniem nabytym przez konsorcjum i posługiwanie się tak nabytym doświadczeniem jako doświadczeniem własnym wykonawcy. Nie zgadza się, że każdy z członków konsorcjum musi legitymować się pełnym doświadczeniem, gdyż celem tworzenia konsorcjum jest możliwość powoływania się na wspólny potencjał. Tak wyrok sygn. akt KIO 60/14, sygn. akt KIO 668/14, sygn. akt KIO 913/14, 915/14, 917/14, sygn. akt KIO 131/14. W świetle powyższego zdaniem zamawiającego brak jest podstaw do odrzucenia oferty wybranej na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. W zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty wybranej, jako złożonej w ramach czynu nieuczciwej konkurencji, to podniósł, że odwołujący nie wskazał deliktu w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, którego dopuścił się wykonawca wybrany. Obowiązek takiego wskazania jest potwierdzony w ocenie zamawiającego w orzecznictwie, tak wyrok KIO sygn. akt 1937/13, KIO 1938/13, KIO 1994/13, KIO 1995/13, KIO 1996/13 i KIO 1997/13, a także sygn. akt KIO 1863/14. Co do możliwości posługiwania się wiedzą nabytą przez konsorcjum w skład którego wchodził dany wykonawca zamawiający podtrzymał stanowisko wyrażone w związku z zarzutem zaniechania odrzucenia oferty wybranej na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, nadto podniósł, że żaden przepis prawa nie określa elementów listów referencyjnych, jakie powinny być w nich zawarte, ani ich formy, mają jedynie potwierdzać należyte wykonanie. Zamawiający wystawia zatem listy referencyjne zgodnie z prawdą na podstawie wniosku złożonego przez podmiot zainteresowany np. członka konsorcjum. Nie ma obowiązku wskazywać przy tym wszystkich członków wchodzących w skład konsorcjum. Zamawiający był w stanie zweryfikować przedmiotowe listy referencyjne, gdyż jest ich wystawcą.

W zakresie zarzutu zaniechania wezwania wykonawcy wybranego do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy zamawiający stwierdził, że listy referencyjne były prawidłowe, co do wskazanej w wykazie osób podstawy dysponowania „umowy”, to według zamawiającego wymóg ustawowy został spełniony, zamawiający w siwz nie wskazał jak szczegółowo ma być podana podstawa dysponowania. Jedynie dla ułatwienia wykonawcom złożenia takiego wykazu zamawiający przykładowo wskazał rodzaje umów nazwanych. Nie jest to katalog

zamknięty, o czym świadczy dodatek „itp.”. W obrocie gospodarczym funkcjonuje szereg umów nienazwanych, a zamawiającemu nie wolno ingerować w treść stosunków łączących wykonawców. Aby mógł odrzucić ofertę musiałoby istnieć konkretne postanowienie siwz, z którym oferta byłaby sprzeczna.

### **Izba ustaliła następujący stan faktyczny:**

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, wyjaśnienia treści siwz, ofertę wykonawcy wybranego.

W rozdziale 8 siwz pkt. 1 lit. b zamawiający zawarł następujące wymagania:

Warunek posiadania wiedzy i doświadczenia zostanie spełniony jeśli wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy - w tym okresie zrealizował co najmniej 2 usługi o charakterze:

Pakiety: nr 1, nr 2, nr 3, nr 5, nr 6 o wartości minimum 1 mln zł. brutto -obejmujące prace z zakresu gospodarki leśnej,

Pakiet nr 4 o wartości minimum 1,6 mln zł. brutto - obejmujące prace z zakresu gospodarki leśnej

Pakiet nr 7 o wartości minimum 40 tys. zł brutto - obejmujące usługi z zakresu przygotowania gleby pod odnowienia na terenach leśnych,

Pakiet nr 8 o wartości minimum 130 tys. zł brutto - z zakresu szkółkarstwa leśnego.

Wykaz powinien zawierać usługi stanowiące przedmiot zamówienia w danym pakiecie - rodzaj usług z podaniem ich wartości brutto, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów na rzecz których zostały wykonane. Do wykazu ponadto należy załączyć dowody potwierdzające, że usługi te zostały wykonane lub są wykonywane należycie (np. poświadczenia.) Wykonawca potwierdzi spełnienie w/w warunku przez złożenie wykazu wykonanych usług w okresie ostatnich 3 lat według wzoru stanowiącego załącznik nr 4 do SIWZ

W pkt. 2) zamawiający określił zasady wykazywania spełniania warunków przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia i stwierdził, że w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, zamawiający uzna w/w warunki wymienione za spełnione, jeżeli przynajmniej jeden z wykonawców spełni w całości ww. warunki lub wszyscy wykonawcy spełnią warunki łącznie.

Ocena spełnienia w/w warunków dokonana zostanie zgodnie z formułą „spełnia — nie spełnia”, w oparciu o informacje zawarte w dokumentach i oświadczeniach wyszczególnionych w pkt. 9 niniejszej SIWZ. Z treści załączonych dokumentów i oświadczeń musi wynikać jednoznacznie, iż w/w warunki wykonawca spełnił. Nie spełnienie chociażby jednego z w/w warunków skutkować będzie wykluczeniem wykonawcy z postępowania, a



ofertę uznaje się za odrzuconą.

W pkt 6) sprecyzował, że wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia (np. w konsorcjum, spółce cywilnej). W takim przypadku ich oferta musi spełniać następujące wymagania:

- a) Wykonawcy przedłożą wraz z ofertą pełnomocnictwo wszystkich stron (wymaga się solidarnej odpowiedzialności wykonawców),
- b) w odniesieniu do wymagań postawionych przez zamawiającego, każdy z wykonawców występujących wspólnie oddzielnie musi udokumentować, że nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 (załączniki nr 8 do siwz) ustawy, a także składa w imieniu własnej firmy dokumenty i oświadczenia wymienione w pkt. 9 specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
- c) oferta musi być podpisana w taki sposób, by prawnie zobowiązywała wszystkich wykonawców występujących wspólnie do zobowiązań w SIWZ,
- d) Wykonawcy występujący wspólnie muszą ustanowić pełnomocnika (lidera) do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie niniejszego zamówienia lub do reprezentowania ich w postępowaniu oraz zawarcia umowy o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego. Umocowanie musi wynikać z treści pełnomocnictwa. Uwaga: treść pełnomocnictwa powinna dokładnie określać zakres umocowania,
- e) Wykonawcy występujący wspólnie ponoszą solidarną odpowiedzialność za nie wykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia, określoną w art. 366 Kodeksu cywilnego,
- f) wypełniając formularz ofertowy, jak również inne dokumenty powołujące się na wykonawcę; w miejscu „np. nazwa i adres Wykonawcy” należy wpisać dane dotyczące wszystkich wykonawców występujących wspólnie.

Uwaga: wszelka korespondencja oraz rozliczenia na etapie rozpatrywania ofert dokonywane będą wyłącznie z pełnomocnikiem (liderem).

W ofercie wykonawcy wybranego na str. 59-76 znajdują się następujące dokumenty wykaz zrealizowanych usług w okresie ostatnich 3 lat z podaną nazwą wykonawcy Zakład Usług Leśnych A. M., w którym wskazano następujące pozycje:

1. Usługi leśne, pozyskanie, zrywka, prace z hodowli i ochrony lasu o wartości 1 119 704,57 zł w okresie I-XII 2012r. dla Nadleśnictwo Żednia
2. Usługi leśne, pozyskanie, zrywka, prace z hodowli i ochrony lasu o wartości 1 016 341,43 zł w okresie I-IV2013r. dla Nadleśnictwo Żednia

Do wykazu załączono referencje :

Z dnia. 10.12.2013 r. wystawione dla konsorcjum firm: Zakład Usług Leśnych A. M., Żednia 24, 16-050 Michałowo; USŁUGI LEŚNE J. G., Odnoga -Kuźmy 11, 16-050 Michałowo; USŁUGI TRANSPORTOWE I LEŚNE K. D., uL Gródecka 26A, 16-050 Michałowo; „URSZULA” H. H. USŁUGI LEŚNE, Żednia 2 m 4, 16-050 Michałowo, bez rozbicia na

wartości wypracowane przez każdego z członków konsorcjum

Z dnia 06.12.2012 r. wystawione dla konsorcjum firm: Zakład Usług Leśnych A. M., Żednia 24, 16-050 Michałowo; USŁUGI LEŚNE J. G., 16-050 Michałowo, Odnoga Kuźmy 11; USŁUGI TRANSPORTOWE I LEŚNE K. D., 16-050 i Michałowo, ul. Gródecka 26A; „URSZULA” H. . USŁUGI LEŚNE, Żednia 2 m 4, 16-050 Michałowo bez rozbiccia na wartości wypracowane przez każdego z członków konsorcjum

wykaz zrealizowanych usług w okresie ostatnich 3 lat w którym wskazano nazwę wykonawcy Zakład Usług Leśny W. S. oraz następujące pozycje:

1. Usługi leśne, pozyskanie, zrywka, prace z hodowli i ochrony lasu o wartości 2 544 736,97 zł w okresie I-XII 2012r. dla Nadleśnictwo Żednia
2. Usługi leśne, pozyskanie, zrywka, prace z hodowli i ochrony lasu o wartości 2 463 215,92z. w okresie I-IV2013r. dla Nadleśnictwo Żednia

Do wykazu załączono referencje :

Z dnia 08.12.2014 r. wystawione dla konsorcjum firm: 1. PTHU USŁUGI LEŚNE PRZEWÓZ OSÓB TRANS Express MARK M. M., 16-050 Michałowo, ul. Słoneczna 17, 2. Usługi Leśne E. P., ul. Zarzeczańska 1, 16-040 Gródek; 3. ZAKŁAD USŁUG LEŚNYCH W. S., Giby 51 A, 16- 506 Giby; 4. USŁUGI LEŚNE J. G., 16-050 Michałowo, Odnoga Kuźmy 11 bez rozbiccia na wartości wypracowane przez każdego z członków konsorcjum

wykaz zrealizowanych usług w okresie ostatnich 3 lat, w których podano nazwę wykonawcy Usługi Leśne – B. A. oraz pozycje:

1. Usługi leśne, pozyskanie, zrywka, prace z hodowli i ochrony lasu o wartości 1 614 036,05 zł w okresie I-XII 2012r. dla Nadleśnictwo Żednia
2. Usługi leśne, pozyskanie, zrywka, prace z hodowli i ochrony lasu o wartości 278 493,66 zł w okresie I-IV2013r. dla Nadleśnictwo Żednia
3. Usługi leśne, pozyskanie, zrywka, prace z hodowli i ochrony lasu o wartości 2 228 312,29 zł w okresie I-XI 2014r. dla Nadleśnictwo Żednia

Do wykazu załączono referencje:

Z dnia 05.12.2014 r. wystawione dla konsorcjum firm: 1. PPHU „SORBUS” J. G., ul. Leśna 43, 16-050 Michałowo; 2. Usługi Leśne- B. A., Waliły 27, 16-040 Gródek; 3. USŁUGI LEŚNE A. L., Załuki 35, 16-040 Gródek; 4. Usługi Leśne A. Ś., ul. Plac 11 Listopada 2/7, 16-050 Michałowo bez rozbiccia na wartości wypracowane przez każdego z członków konsorcjum

Z dnia 09.12.2013 r wystawione dla konsorcjum firm: Usługi Leśne A. L., Załuki 35, 16-040 Gródek; Usługi Leśne B. A., Waliły 27, 16-040 Gródek; Usługi Leśne A. Ś., Plac 11 Listopada 2/7, 16-050 Michałowo bez rozbiccia na wartości wypracowane przez każdego z członków konsorcjum

Z dnia 29.11.2012 r. wystawione dla konsorcjum firm: Usługi Leśne A. L., Załuki 35, 16-040 Gródek; Usługi Leśne B. A., Waliły 27, 16-040 Gródek; Usługi Leśne A. Ś., Plac 11

Listopada 2/7, 16-050 Michałowo bez rozbicia na wartości wypracowane przez każdego z członków konsorcjum.

Na str. 84, 86 i 89 znajdują się wykazy osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia wskazane odrębnie dla każdego z konsorcjantów, gdzie w rubryce podstawa dysponowania wskazano jedynie „umowa”.

### **Izba zważyła, co następuje:**

Izba nie stwierdziła przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba uznała, że odwołujący na interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż jego oferta nie podlegała odrzuceniu i została sklasyfikowana na pozycji drugiej w rankingu ofert, zaś wniesione odwołanie zmierza do wyeliminowania oferty sklasyfikowanej jako najkorzystniejsza, zatem w przypadku uwzględnienia odwołania odwołujący uzyskałby zamówienie. Odwołujący może ponieść szkodę w postaci nie osiągnięcia zysku, jaki zakładał z tytułu realizacji przedmiotowego zamówienia. Przesłanka materialnoprawna z art. 179 ust. 1 ustawy została wypełniona.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Konsorcjum Zakład Usług Leśnych W. S., Zakład Usług Leśnych A. M. , Usługi Leśne B. A., której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty w sytuacji, gdy treść tej oferty nie odpowiada treści siwz. Zarzuty odwołującego związane z oceną przez zamawiającego oferty wybranej w zakresie pkt. 8 lit. b siwz są nie trafne, albowiem w pkt. 8 zamawiający zawarł opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, nie zaś wymogi dotyczące treści składanej oferty, zatem nawet niezgodność dokumentów załączonych do oferty z wymaganiami zawartymi w pkt 8 lit. b siwz nie mogła skutkować stwierdzeniem przez zamawiającego niezgodności w zakresie treści siwz, w konsekwencji, jak słusznie zauważył zamawiający zarzut w opisanym podstawie faktycznej mógł być jedynie powiązany z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy tj. zarzutem zaniechania wykluczenia wykonawcy

wybranego w związku z art. 24 ust. 4 ustawy i w konsekwencji zaniechania odrzucenia jego oferty, taki zarzut i skorelowane z nim żądanie wykluczenia wykonawcy wybranego nie zostało jednak w odwołaniu postawione. Nawet jednak przy prawidłowo sformułowanej podstawie prawnej i adekwatnym do niego żądaniu zarzut nie podlegałby uwzględnieniu, albowiem rację ma zamawiający, że nie zawarł w treści siwz wymogów dotyczących sposobu dokumentowania doświadczenia nabywanego przez danego w ramach wspólnego wykonawstwa. Zamawiający w siwz w ogóle tego zagadnienia, zatem należy przyjąć, że wymogi w tym zakresie zamawiającego wynikają z ogólnej regulacji ustawowej, zgodnie z którą – art. 141 ustawy – wykonawcy, o których mowa w art. 23 ust. 1 ustawy (wspólnie ubiegający się o zamówienie), ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy i wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Z zasady zaś solidarnej odpowiedzialności umownej wykonawców wspólnie realizujących zamówienie należy wywieść, że niezależnie od wewnętrznych podziałów zadań pośród tych wykonawców w trakcie realizacji zamówienia każdy z podmiotów wspólnie to zamówienie realizujący nabyła doświadczenie w zakresie realizacji całości zamówienia, a nie jedynie części, którą samodzielnie wykonywał. Nadto niezależnie od tego jaką część wykonywał ponosi odpowiedzialność za całość wykonania umowy, z tego względu należało uznać, że wykonawca wybrany prawidłowo wykazywał doświadczenie w realizacji całości zamówienia, które wykonywał wspólnie z innymi podmiotami w ramach konsorcjum. Z tego względu Izba nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy.

W odniesieniu do złożenia samodzielnych wykazów przez każdego z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienia, to w ocenie Izby nie można uznać tego za działanie sprzeczne z treścią siwz, skoro w pkt. 9 ppkt. 6 lit. b zamawiający wyraźnie wskazał, że wykonawcy składający wspólnie ofertę samodzielnie składają dokumenty wymienione w pkt. 9 – „a także składa w imieniu własnej firmy dokumenty i oświadczenia wymienione w pkt. 9 specyfikacji istotnych warunków zamówienia”. W zakresie zarzutu dotyczącego złożenia referencji, zamiast wskazanych w siwz poświadczeń oraz dat ich wystawienia, to rację ma zamawiający, że zgodnie z § 1 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013r. poz. 231) wykonawca nie ma obowiązku składać dowodów należytego wykonania danej usługi, w sytuacji, gdy zamawiający jest podmiotem, na rzecz którego usługi wskazane w wykazie zostały wcześniej wykonane. Taka sytuacja miała miejsce w niniejszej sprawie. Skoro zatem ten dokument z mocy prawa nie był od wykonawcy wybranego wymagany, to wady dotyczące daty jego wystawienia, czy fakt posłużenia się przez zamawiającego nazewnictwem „list referencyjny” nie miały znaczenia dla możliwości dokonania przez

zamawiającego oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu i nie mogły skutkować wykluczeniem wykonawcy wybranego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Konsorcjum Zakład Usług Leśnych W. S., Zakład Usług Leśnych A. M. , Usługi Leśne B. A., której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. W myśl art. 89 ust. 1 pkt. 3 ustawy zamawiający jest zobowiązany odrzucić ofertę jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Ustęp 2 tegoż przepisu określa nazwane czyny nieuczciwej konkurencji, którymi są w szczególności: wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów albo usług, wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, naśladownictwo produktów, pomawianie lub nieuczciwe zachwalanie, utrudnianie dostępu do rynku, przekupstwo osoby pełniącej funkcję publiczną, a także nieuczciwa lub zakazana reklama, organizowanie systemu sprzedaży lawinowej oraz prowadzenie lub organizowanie działalności w systemie konsorcyjnym. Odwołujący za czyn nieuczciwej konkurencji uznał powoływanie się przez wykonawcę wybranego na doświadczenie całego konsorcjum, którego był członkiem, a w skład, którego wchodził także członkowie odwołującego tj. J. G. i M. M. . Odwołujący nie przeczy faktowi, że wspólnie z A. M., a także dodatkowo z K. D. i H. H. realizowali zamówienie wskazane w wykazie A. M. na str. str. 59 poz. 2 ani nie kwestionował, że wspólnie z W. S. realizowali zamówienie na rzecz zamawiającego wskazane przez W. S. w wykazie na str. 65 oferty poz. 1 i 2. Nie wykazał natomiast w jaki sposób działanie A. M. i W. S. jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami ani tego, że narusza jego interesy, skoro sam również w swojej ofercie na doświadczenie z tych usług się powoływał. Izba uznała, że odwołujący nie wykazał jaki czyn nieuczciwej konkurencji został przez wykonawcę wybranego popełniony, ani tego, że był to czyn zagrażający interesom odwołującego. W tym stanie rzeczy zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy nie potwierdził się.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy przez zaniechanie wezwania wykonawców do uzupełnienia dokumentów w sytuacji złożenia przez wykonawców dokumentów błędnych.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert. Zamawiający nie kwestionował faktu, że wymagał od wykonawców podania podstawy dysponowania potencjałem kadrowym, bezsporne jest, że na str. 83, 85, 89 ta podstawa w odniesieniu do części osób została wskazana lakonicznie jako umowa, jednak w ocenie Izby nie utrudniło to ani nie uniemożliwiło zamawiającemu kontroli poprawności złożonej oferty, albowiem wykonawcy poza umową wskazywali także właściciel, czyli zasób własny, zaś w formularzu ofertowym na stronie 3 pkt 9 oświadczyli, że nie będą korzystać z zasobów podmiotów trzecich, stąd w ocenie Izby oświadczenie wykonawców o umownej podstawie dysponowania mogło być przez zamawiającego ocenione wyłącznie jako jakaś forma cywilnoprawnej umowy upoważniająca wykonawcę wybranego do bezpośredniego dysponowania wskazaną osobą. Z tego względu analizując całość treści złożonej oferty, w ocenie Izby ofertę tę należało uznać za kompletną i poprawną w zakresie dokumentów oraz oświadczeń na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, tym samym Izba nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, 2 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. b 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) obciążając odwołującego kosztami postępowania w postaci uiszczzonego wpisu od odwołania oraz kosztami zastępstwa prawnego poniesionymi przez zamawiającego w

kwocie 3 600zł. tj. zgodnie ze złożoną fakturą VAT i nakazując odwołującemu dokonanie zwrotu poniesionego kosztu zamawiającemu.

**Przewodniczący:** .....