

Sygn. akt: KIO 779/21

WYROK
z dnia 14 maja 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 maja 2021 r. w Warszawie odwołania, wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 marca 2021 r. przez wykonawcę: **M. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M. S. Usługi, Handel "Junior" z siedzibą w Wieleniu**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Krzyż z siedzibą w Krzyżu Wielkopolskim**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **T. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych T. K.; BIO-FOREST Sp. z o.o. z siedzibą lidera w Lubaszu** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty poniesione przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego 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. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący :

UZASADNIENIE

Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Krzyż z siedzibą w Krzyżu Wielkopolskim (dalej: „zamawiający”), prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) - zwanej dalej "ustawa Pzp" postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Krzyż w roku 2021”; numer referencyjny: S.270.135.2020 (dalej „postępowanie” lub „zamówienie”). Zamawiający podzielił zamówienie na sześć części, zwanych pakietami. Przedmiotem złożonego odwołania jest wybór oferty najkorzystniejszej w pakiecie piątym.

Szacunkowa wartość przedmiotowego zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem: 2020/S 202-490259.

W dniu 1 marca 2021 r. zamawiający poinformował o wyborze, jako najkorzystniejszej w pakiecie piątym zamówienia, oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **T. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych T. K.; BIO-FOREST Sp. z o.o. z siedzibą lidera w Lubasz** (dalej „Konsorcjum” lub „przystępujący”).

W dniu 11 marca 2021 r. wykonawca: **M. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą M. S. Usługi, Handel "Junior" z siedzibą w Wieleniu** (dalej „odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności zamawiającego, podjętych w pakiecie piątym, zarzucając naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 89 ust. 1 pkt 7b w zw. z art. 45 ust. 3 i 6 oraz art. 46 ust. 4a i 5 Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum i bezzasadne uznanie przez zamawiającego, że wadium wniesione przez Konsorcjum w formie poręczenia podmiotu, o którym mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości spełnia wymagania wynikające ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”) oraz

przepisów ustawy Pzp, podczas gdy poręczenie złożone przez Konsorcjum wraz z ofertą jest wadliwe, gdyż zostało wystawiona na rzecz jednego z konsorcjantów - Zakład Usług Leśnych T. K. i z jego treści nie wynika, aby poręczyciel był zobowiązany do zapłaty na rzecz zamawiającego sumy odpowiadającej kwocie wadium w przypadku zaistnienia przesłanek jego zatrzymania, za których wystąpienie odpowiadałby członek konsorcjum - BIOFOREST;

2. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum z postępowania, mimo niespełnienia przez nie warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej i zawodowej - w zakresie w jakim Konsorcjum wskazało dwukrotnie te same osoby skierowane do realizacji niniejszego zamówienia oraz innego zamówienia i dokonało dwukrotnego uzupełnienia osoby na tą samą funkcję;
3. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum pomimo, że jej treść nie jest zgodna z treścią SIWZ w związku z posługiwaniem się przez Konsorcjum tymi samymi osobami skierowanymi do realizacji zamówienia i pełniącymi te same funkcje - w ramach różnych części przedmiotowego postępowania oraz w ramach postępowań o udzielenie zamówień publicznych prowadzonych przez innych zamawiających - mimo wyraźnego zakazu takiego postępowania określonego w treści SIWZ;
4. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2020 r. poz. 1913 z późn. zm.) - dalej jako „Uznk” - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, podczas gdy oferta ta złożona została w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji - polegającego na niedozwolonym posługiwaniu tymi samymi osobami skierowanymi do realizacji zamówienia i pełniącymi te same funkcje - w ramach różnych części przedmiotowego postępowania oraz w ramach postępowań o udzielenie zamówień publicznych prowadzonych przez innych zamawiających - czym został narażony interes pozostałych wykonawców w związku z utrudnieniem im możliwości uzyskania zamówień;
5. art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 85 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, mimo nieprzedłużenia przez Konsorcjum terminu związania ofertą.

Zarzucając powyższe odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty Konsorcjum w Pakiecie 5;
2. wykluczenia z postępowania Konsorcjum oraz odrzucenie oferty złożonej przez tego wykonawcę w Pakiecie 5;
3. powtórzenia czynności badania i oceny ofert w postępowaniu w Pakiecie 5;
4. dokonania wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w Pakiecie 5 w wyniku ponownego badania i oceny ofert.

Odwołujący sprecyzował zarzuty za pomocą następujących okoliczności faktycznych i prawnych, uzasadniających wniesienie odwołania.

Podnosząc zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7b w zw. z art. 45 ust. 3 i 6 oraz art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp odwołujący, w pierwszej kolejności zaznaczył, że zamawiający określił w SIWZ zasady wnoszenia wadium przez wykonawców składających ofertę w postępowaniu. Zamawiający wskazał w pkt 9.5, że oferta wykonawcy, który wniesie wadium w sposób nieprawidłowy zostanie odrzucona z postępowania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp.

Z kolei w odpowiedzi na pytanie nr 2 z 3 listopada 2020 r. zamawiający określił zasady wnoszenia wadium przez jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia wskazując, że wadium w formie niepieniężnej musi być wystawione w taki sposób, żeby dochodzenie roszczeń z gwarancji obejmowało działania wszystkich członków konsorcjum. Zamawiający określił więc szczególną zasadę dotyczącą wnoszenia wadium wyłącznie przez jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - istotny był sposób wystawienia wadium, który miał zapewniać, że dochodzenie roszczeń z gwarancji będzie obejmowało działania wszystkich członków konsorcjum.

W przypadku Konsorcjum wadium zostało wniesione w formie poręczenia podmiotu, o którym mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości. Co istotne - wadium wniesione przez Konsorcjum zostało wystawione w ten sposób, że w treści obydwu poręczeń złożonych przez Konsorcjum tytułem wadium w niniejszym postępowaniu (pierwsze z 17 listopada 2020 r., oraz drugie z 14 lutego 2020 r.) wskazano jako zobowiązanego (składającego ofertę) - wyłącznie wykonawcę Zakład Usług Leśnych T. K. . W żadnym miejscu nie wskazano natomiast, że wadium obejmuje swoim zakresem działania drugiego z wykonawców działającego w ramach Konsorcjum - tj. BIOFOREST. Co istotne z treści poręczenia nie wynika również, że wykonawca Zakład Usług Leśnych T. K. składa ofertę w postępowaniu w ramach współpracy z innym podmiotem w ramach konsorcjum. Treść poręczenia nie wskazuje zatem, że poręczyciele! miał świadomość, iż podmiot, na zlecenie którego wystawił przedmiotowe poręczenie składa ofertę jako jeden z wykonawców

wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. W treści poręczenia w zakresie warunków wypłaty wadium zamawiającemu wskazano jedynie na działania wykonawcy Zakład Usług Leśnych T. K. . Kwestia złożenia przez ten podmiot oferty w postępowaniu w ramach konsorcjum nie jest w jakikolwiek sposób uwidocznioma w treści poręczenia.

Dalej odwołujący zauważył, że uprzednio dochodziło już do sytuacji, w których ten sam Poręczyciel udzielał poręczenia wykonawcy Zakład Usług Leśnych T. K. w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia, gdzie również wykonawca ten składał oferty w ramach konsorcjum (konsorcjum w składzie: Zakład Usług Leśnych T. K., BIO-FOREST Sp. z o.o. i MIRGOL Sp. z o.o., w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy PaństwoweNadleśnictwo Krzyż ogłosiło postępowanie przetargowe pod numerem S.270.195.2019). Jednocześnie Poręczyciel - Fundusz Rozwoju i Promocji Województwa Wielkopolskiego S.A. w odpowiedzi na wniosek o udostępnienie informacji publicznej w zakresie czy udzielił poręczenia wykonawcom BIO-FOREST Sp. z o.o. i MIRGOL Sp. z o.o. (tj. współkonsorcjantom wykonawcy Zakład Usług Leśnych T. K.) - od stycznia 2020 r. nieprzerwanie odmawia udzielenia informacji w tym zakresie, powołując się na tajemnicę przedsiębiorstwa. Poręczyciel odmawia udzielenia przedmiotowej informacji mimo, że zarówno Wojewódzki Sąd Administracyjny w Poznaniu jak i Samorządowe Kolegium Odwoławcze w Poznaniu uznały, że w tej sprawie informacja o udzieleniu poręczenia jest informacją publiczną (na tą okoliczność odwołujący załączył do odwołania dowody w postaci: wniosku o udostępnienie informacji publicznej z 31 grudnia 2019 r.; Pisma Funduszu Rozwoju i Promocji Województwa Wielkopolskiego S.A. z 14 stycznia 2020 r. w przedmiocie odmowy udzielenia informacji publicznej; Decyzji Funduszu Rozwoju i Promocji Województwa Wielkopolskiego S.A. z 10 sierpnia 2020 r. o odmowie udostępnienia informacji publicznej; Decyzji Samorządowego Kolegium Odwoławczego w Poznaniu z 29 października 2020 r. o uchyleniu decyli Funduszu Rozwoju i Promocji Województwa Wielkopolskiego S.A. z 10 sierpnia 2020 r. oraz Decyzji Funduszu Rozwoju i Promocji Województwa Wielkopolskiego S.A. z 12 lutego 2021 r. o odmowie udostępnienia informacji publicznej). Wobec powyższego, zdaniem odwołującego, można wręcz zaprzeczyć, że w przypadkach takich jak opisany powyżej a zarazem identycznym jak w niniejszym postępowaniu - Poręczyciel udzielił poręczenia również pozostałym członkom konsorcjum poza liderem. W tym stanie rzeczy, wobec złożonego przez Konsorcjum poręczenia, zachodzi uzasadniona wątpliwość czy obejmuje ono również działania drugiego z konsorcjantów, który nie został wymieniony w treści poręczenia.

Brak potwierdzenia przez Poręczyciela, że w ramach poręczenia udzielonemu

wykonawcy Zakład Usług Leśnych T. K., w związku z udziałem tego wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, udzielono również poręczenia współkonsorcjantom potwierdza wątpliwości odnośnie zakresu poręczenia udzielonego przez Fundusz Rozwoju i Promocji Województwa Wielkopolskiego S.A. w niniejszym postępowaniu. W tych okolicznościach poręczyciel mógłby skutecznie uchylić się od wypłacenia zamawiającemu sumy stanowiącej kwotę wadium - jeżeli powodem zatrzymania wadium byłoby działanie drugiego z konsorcjantów - niewskazanego w żaden sposób w treści poręczenia.

Odwołujący zaznaczył, że okoliczności tej nie zmienia charakter stosunku łączącego wykonawców, którzy złożyli w postępowaniu ofertę wspólnie - w ramach konsorcjum. Solidarna odpowiedzialność konsorcjantów dotyczy bowiem stosunku zobowiązaniowego łączącego te podmioty z zamawiającym, a nie stosunku poręczyciela z zamawiającym - do wypłaty wadium. Powyższe stanowisko zostało potwierdzone w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej odnoszącym się do wadium wnoszonego w formie gwarancji - zarówno w zakresie braku wskazania w treści gwarancji pozostałych członków konsorcjum jak i braku wpływu solidarnej odpowiedzialności konsorcjantów na zobowiązanie gwaranta do wypłaty wadium zamawiającemu (tak w Wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 23 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2503/19). Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z 7 stycznia 1997 r. (sygn. akt I CKN 37/96), istota gwarancji przejawiająca się w odrębności przedmiotu zobowiązania gwaranta od długu głównego przesądza, że wyłącznie rozstrzygającymi o odpowiedzialności gwaranta są postanowienia zawarte w treści oświadczenia (listu gwarancyjnego) skierowanego do beneficjenta gwarancji. Powoływanie się przez zamawiającego na okoliczności dotyczące jego relacji z wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia nie będzie skuteczne względem gwaranta. W efekcie okoliczność, że wskazany w treści gwarancji podmiot, którego działań lub zaniechań dotyczyć miałyby odpowiedzialność gwaranta, byłby w ramach stosunku podstawowego współdłużnikiem solidarnym, nie mogłaby stanowić podstawy do rozszerzenia odpowiedzialności gwaranta na działania i zaniechania innych podmiotów, niewymienionych w gwarancji.

Podkreślał również, że wykonawca BIOFOREST ma swoją siedzibę w Strzemielach - w woj. Zachodniopomorskim. Natomiast z informacji posiadanych przez odwołującego wynika, że poręczenia udzielane przez Fundusz są udzielane wyłącznie przedsiębiorcom mającym siedzibę na terenie województwa wielkopolskiego a działającym na obszarze Polski - w szczególności na terenie województwa wielkopolskiego. Wskazuje na to również Statut Funduszu, w którym określono przedmiot działalności jako: „wykonywanie w kraju i za granicą określonych w przedmiocie działalności czynności służących gospodarczemu,

kulturalnemu i społecznemu rozwojowi Województwa Wielkopolskiego oraz wsparciu przedsiębiorczości [...]". „Przedmiotem działalności Spółki jest: (1) rozwój i promocja Województwa Wielkopolskiego, jako regionu atrakcyjnego dla inwestorów i sprzyjającego aktywności gospodarczej poprzez: (a) świadczenie pomocy przedsiębiorcom, w szczególności mikro, małym i średnim, a także organizacjom pożytku publicznego - działającym na obszarze Polski, a w szczególności na terenie Województwa Wielkopolskiego - w postaci udzielania poręczeń lub gwarancji [...]". Przedmiotowa kwestia tj. uwzględnienie, że inni członkowie konsorcjum są wykonawcami spoza województwa wielkopolskiego - była również elementem zapytania jakie zadał Funduszowi wykonawca w dniu 31 grudnia 2019 r., jednak do tej pory nie otrzymał odpowiedzi.

Reasumując - w niniejszej sytuacji nie jest możliwe uznanie, że wadium wniesione przez Konsorcjum obejmuje działanie konsorcjanta BIOFOREST, wadium zostało złożone nieprawidłowo i oferta wykonawcy powinna podlegać odrzuceniu.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp odwołujący wskazywał postanowienia SIWZ opisane w pkt 6.2 ppkt 3 lit c. Podnosił, że poza wymaganiami dotyczącymi uprawnień i wykształcenia osób zamawiający ustanowił warunek, że w przypadku, gdy wykonawca składa ofertę w więcej niż jednej części zamówienia - nie może celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu wskazywać w więcej niż jednym pakiecie tych samych osób przewidzianych do realizacji zamówienia do pełnienia takich samych funkcji, z wyjątkiem osoby skierowanej do nadzoru, która może być wskazana maksymalnie w dwóch pakietach. Powyższa zasada dotyczyła również zakazu wskazywania tych samych osób w ramach innych zamówień na usługi leśne, prowadzonych przez innych zamawiających, czemu zamawiający dał wyraz w wyjaśnieniach treści SIWZ z 3 listopada 2020 r., wskazując, że powyższy zapis znajduje zastosowanie również do sytuacji, w której wykonawca ubiega się o zamówienie u innych zamawiających.

Dalej odwołujący podnosił, że w dokumencie JEDZ złożonym przez Konsorcjum wraz z ofertą (JEDZ wykonawcy Zakład Usług Leśnych T. K.) wskazano, na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej m.in. następujące osoby: A. D. - pilarz, A. K. - środki chemiczne. Jednocześnie Konsorcjum wskazało p. A. D. w charakterze pilarza również w części IV zamówienia oraz w dwóch postępowaniach prowadzonych przez Nadleśnictwo Sieraków i Nadleśnictwo Wronki - również w charakterze pilarza. Dodatkowo Konsorcjum wskazało p. A. K. - w charakterze osoby do kontaktu ze środkami chemicznymi również w części IV zamówienia oraz w dwóch postępowaniach prowadzonych przez Nadleśnictwo Sieraków i Nadleśnictwo Wronki. Postępowania te prowadzone były równoległe z niniejszym.

W tych okolicznościach zamawiający wystosował do Konsorcjum wezwania do wyjaśnień w tym zakresie (wyjaśnienia z 29 grudnia 2020 r. i z 11 stycznia 2021 r.). Kluczowe jest wezwanie z 11 stycznia 2021 r., w którym zamawiający wzywa do wyjaśnień odnośnie wskazania tej samej osoby, która ukończyła szkolenie w zakresie pracy ze środkami chemicznymi tj. p. A. K. - zarówno części IV jak i części V zamówienia. W dniu 2 lutego 2021 r. Konsorcjum złożyło dwa nowe wykazy osób. W stosunku do JEDZ zaszły dwie zmiany dotyczące osób - zamiast A. D., wskazanego w Pakiecie V na stanowisko pilarz, został wskazany K. B. . Z kolei zamiast A. K. - osoby do kontaktów ze środkami chemicznymi - została wskazana E. K. . Jako że okoliczność, iż Konsorcjum błędnie wskazało tę samą osobę w ramach dwóch części do sprawowania tej samej funkcji była sygnalizowana w wezwaniu z 11 stycznia 2021 r. - zmianę jaką dokonało Konsorcjum w zakresie osoby do kontaktu ze środkami chemicznymi należy traktować jako oczywistą reakcję na przedmiotowe wezwanie.

Zdaniem odwołującego w sytuacji, gdy w ramach wyjaśnień dochodzi do zmiany treści dokumentów składanych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu - to mamy w istocie do czynienia z uzupełnieniem tych dokumentów, a nie ich wyjaśnianiem. Potwierdza to między innymi Krajowa Izba odwoławcza w wyroku z 11 sierpnia 2020 r., sygn. akt KIO 1621/20. Wobec powyższego, należy stwierdzić, że w wyniku zastąpienia osoby do kontaktu ze środkami chemicznymi z p. A. K. na p. E. K., po wcześniejszym wezwaniu Konsorcjum do wyjaśnień w tym zakresie, doszło do uzupełnienia dokumentów składanych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Należy podkreślić, że przedmiotowa zmiana nie była zainicjowana przez Konsorcjum, ale stanowiła faktyczną odpowiedź na wezwanie zamawiającego z 11 stycznia 2021 r.

Po dokonanej zmianie w zakresie osoby skierowanej do kontaktu ze środkami chemicznymi okazało się, że również wskazanie p. E. K. może nie być wystarczające dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu, bowiem osoba ta została wskazana jako kierowca ciągnika w ramach postępowania prowadzonego przez Nadleśnictwo Zdrojowa Góra. Wobec ujawnienia powyższej okoliczności, zamawiający 22 lutego 2021 r. skierował do Konsorcjum kolejne wezwanie, w wyniku którego Konsorcjum dokonało drugiej już modyfikacji wykazu osób w zakresie osoby do kontaktu ze środkami chemicznymi. W miejsce p. E. K. wprowadzono p. W. K. . Przedmiotowa zmiana była drugą zmianą - uzupełnieniem dokonany w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Z kolei jednokrotność uzupełniania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu - jest zasadą obowiązującą w praktyce zamówień publicznych (tak między innymi: Wyrok KIO 1134/17 z 20 czerwca 2017 r.; Wyrok KIO 821/17 z 15 maja

2017 r.).

W zakresie, w jakim doszło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 Uznk - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, podczas gdy oferta ta złożona została w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji - polegającego na niedozwolonym posługiwaniu się tymi samymi osobami skierowanymi do realizacji zamówienia i pełniącymi te same funkcje - w ramach różnych części przedmiotowego postępowania oraz w ramach postępowań o udzielenie zamówień publicznych prowadzonych przez innych zamawiających - czym został narażony interes pozostałych wykonawców w związku z utrudnieniem im możliwości uzyskania zamówień oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum pomimo, że jej treść nie jest zgodna z treścią SIWZ w związku z posługiwaniem się przez Konsorcjum tymi samymi osobami skierowanymi do realizacji zamówienia i pełniącymi te same funkcje - w ramach różnych części przedmiotowego postępowania oraz w ramach postępowań o udzielenie zamówień publicznych prowadzonych przez innych zamawiających - mimo wyraźnego zakazu takiego postępowania określonego w treści SIWZ, odwołujący odniósł się łącznie do wskazywanych przez niego przepisów. Argumentował, że zamawiający w niniejszym postępowaniu ustanowił podstawową zasadę niemożności wykorzystania tych samych osób i doświadczenia - zarówno w innych pakietach jak również w innych postępowaniach. W dniu 19 listopada 2020 r. składanie ofert odbywało się w postępowaniach: Nadleśnictwo Krzyż oraz Nadleśnictwo Wronki. Wykonawca wybrany - w tym samym dniu - przedstawił w JEDZ w ww. postępowaniach osoby: A. K. - do pełnienia funkcji osoby do kontaktów ze środkami chemicznymi, A. D. - do pełnienia funkcji pilarza. Dodatkowo, po złożeniu oferty w Nadleśnictwie Krzyż i Nadleśnictwie Wronki, A. K. i A. D. zostali ponownie wskazani do pełnienia funkcji osoby do kontaktów ze środkami chemicznymi oraz pilarza - w postępowaniu prowadzonym przez Nadleśnictwo Sieraków, w którym otwarcie ofert miało miejsce 23 listopada 2020 r. Działanie to było całkowicie sprzeczne z regułami, które ustanowił zamawiający w przedmiotowym postępowaniu. Działanie to umożliwiło wykonawcy konkurowanie w większej liczbie pakietów niż dopuszczone w niniejszym postępowaniu. Wobec powyższego działanie Konsorcjum należy oceniać nie tylko pod względem wystąpienia przesłanek wykluczenia wykonawcy z powodu niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz niezgodności oferty z SIWZ, lecz także pod kątem naruszenia przepisów dotyczących zwalczania nieuczciwej konkurencji.

W świetle postanowień SIWZ w niniejszym postępowaniu - w zakresie w jakim nie dopuszczają możliwości wskazywania tych samych osób do pełnienia tych samych funkcji w różnych częściach postępowania oraz w ramach zamówień prowadzonych przez innych

zamawiających - złożenie oferty, w której wykonawca świadomie wskazuje takie osoby w różnych częściach i w innych zamówieniach stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Takie działanie daje temu wykonawcy nieuzasadnioną przewagę rynkową nad innymi wykonawcami, którzy skonstruowali swoje oferty w taki sposób, aby nie naruszyć przedmiotowego zakazu ustanowionego w SIWZ. Jednocześnie naruszeniem zasad uczciwej konkurencji jest praktycznie dowolne i notoryczne „wymienianie” takich osób przez Konsorcjum w przedmiotowym postępowaniu. Kilukrotne zmiany personelu wykonawcy skierowanego do realizacji zamówienia jest niczym innym jak próbą uzyskania jak największej liczby zamówień od różnych zamawiających przy przetrzucaniu personelu w taki sposób, aby zapewnić sobie zamówienie.

Odwołujący wywodził, że pierwotnie wskazanie tych samych osób w różnych częściach zamówienia i w różnych zamówieniach miało doprowadzić do oszczędności. Kiedy te same osoby realizują wiele różnych zamówień wykonawca może osiągnąć większy zysk, ponieważ nie angażuje do każdego zamówienia innych pracowników. Takie było założenie leżące u podstaw wskazania tych samych osób w ramach różnych zamówień. Konsorcjum wielokrotnie w swych wyjaśnieniach wskazywało, że zaangażowanie tych samych osób w ramach realizacji kilku zamówień nie stanowi zagrożenia dla należytego wykonania któregokolwiek z nich. Konsorcjum w wyjaśnieniach podważało również stanowisko zamawiającego w przedmiocie obowiązywania zasady braku możliwości wskazywania tych samych osób w stosunku do realizacji zamówień na rzecz innych zamawiających i wskazywało, że zakaz może dotyczyć wyłącznie różnych pakietów tego konkretnego zamówienia (wyjaśnienia z 24 lutego 2021 r.).

Jednocześnie pozostali wykonawcy, którzy złożyli ofertę zgodnie z warunkami tj. nie wskazując jednocześnie osób skierowanych do realizacji tego zamówienia w innych postępowaniach i innych częściach zamówienia - dostosowali się do przedmiotowego ograniczenia i w związku z tym mogli utracić szansę na złożenie ofert w innych częściach zamówienia lub w innych zamówieniach z uwagi na ograniczenia personalne. Wykonawcy, którzy zastosowali się do wykazu chcąc złożyć oferty w innych postępowaniach musieli zaangażować do współpracy nowe osoby - co również generuje dodatkowe koszty. Tymczasem Konsorcjum mając świadomość przedmiotowego zakazu w sposób umyślny wskazywało te same osoby do pełnienia tych samych funkcji w ramach innych zamówień. Umożliwiło to złożenie kilku ofert w innych zamówieniach, podczas gdy wykonawcy, którzy zastosowali się do ograniczenia nie mieli takiej możliwości.

Stosownie do przepisu art. 3 ust. 1 Uznk czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Bez wątpienia działanie Konsorcjum nie było zgodne

z dobrymi obyczajami. Celowe i świadome posługiwanie się w różnych postępowaniach tym samym personelem mimo wyraźnego zakazu takiego postępowania w treści SIWZ nie odpowiada zachowaniu jakiego należałoby oczekiwać od profesjonalnego i rzetelnego wykonawcy. Jednocześnie jak już wskazano - swym działaniem Konsorcjum naruszyło interes innych wykonawców polegający na ograniczeniu możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia w części V oraz w pozostałych częściach czy też innych podobnych zamówień wobec składania przez Konsorcjum ofert, w których treści wskazywało osoby, które nie mogły na gruncie postanowień SIWZ w niniejszym postępowaniu - pełnić jednocześnie tych samych funkcji w ramach realizacji innych zamówień. Co więcej - działanie Konsorcjum można kwalifikować jako utrudnianie dostępu do rynku pozostałym wykonawcom, które to jest jednym ze stypizowanych czynów nieuczciwej konkurencji w art. 3 ust. 2 Uznk.

Działanie to było również sprzeczne z wymaganiami SIWZ. W niniejszej sytuacji - element wskazania osób - stanowił element oferty sensu largo, tj. wskazania osób które będą wykonywały zamówienie. Interpretacja postanowień SIWZ w niniejszym postępowaniu prowadzi do wniosku, że oferta, w której treści wskazano do realizacji zamówienia te same osoby co w innych pakietach jak również - w innych postępowaniach - nie jest zgodna z treścią SIWZ. Zasada niemożności wykorzystania tych samych osób i doświadczenia - zarówno w innych pakietach jak również - w innych postępowaniach nie ogranicza się jedynie do oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu ale również jest częścią zobowiązania wykonawcy w ramach złożonej oferty. Podstawą ustanowienia przedmiotowej zasady było bowiem zapewnienie jak najlepszej realizacji przedmiotu zamówienia przez wybranego wykonawcę. Tym samym zamawiający wymagał, aby osoby które będą realizować przedmiotowe zamówienie były zaangażowane wyłącznie w realizację tego jednego zamówienia. Natomiast oferta Konsorcjum nie zapewnia realizacji takiego założenia zamawiającego. Również okoliczność wprowadzenia kilku zmian w zakresie osób skierowanych do realizacji zamówienia - w związku z naruszeniem przedmiotowej zasady - stwarza ryzyko, czy podczas realizacji zamówienia przedmiotowa zasada będzie przez Konsorcjum respektowana.

Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, w warunkach niniejszego zamówienia, można rozpatrywać w aspekcie możliwości Konsorcjum zapewnienia realizacji wymaganych zadań i prac, w konkretnych okolicznościach faktycznych. W przypadku wskazania w ofercie osób, które mają pełnić te same funkcje w innych częściach zamówienia oraz przy realizacji innych zamówień w innych nadleśnictwach, nie sposób

uznać, że sposób realizacji zamówienia, zaproponowany przez Przystępującego, jest zgodny z treścią SIWZ i możliwy do uzyskania. Sposób wykonania zamówienia określony treścią oferty Konsorcjum nie jest zgodny ze sposobem wykonania zamówienia wymaganym przez zamawiającego. Prawidłowe określenie sposobu realizacji zamówienia przez wykonawcę - tj. korespondujące z treścią SIWZ - jest jednym z elementów wpływających na ocenę zgodności oferty z treścią SIWZ.

Odwołujący podnosił również zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 85 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, mimo nieprzedłużenia przez Konsorcjum terminu związania oferta.

Wskazywał, że w niniejszej sytuacji należy mieć na względzie również fakt, że wybór najkorzystniejszej oferty, mający miejsce 1 marca 2021 r., nastąpił po upływie terminu związania ofertą Konsorcjum. W niniejszym postępowaniu najpierw Konsorcjum w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do przedłużenia terminu związania ofertą, skierowane na podstawie art. 85 ust. 2 ustawy Pzp - złożyło pismo z 14 stycznia 2021 r., którego nie można uznać za prawidłowe przedłużenie terminu związania ofertą. W piśmie Konsorcjum wskazało: Wyrażamy zgodę o przesunięciu terminu ważności oferty o kolejne 30 dni wraz z poręczeniem wadium w postępowaniu na „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Krzyż w roku 2021” na Pakiet 5 leśnictwa Dębowa Góra, Zwierzyniec. Należy wskazać, że treść oświadczenia Konsorcjum jest niezrozumiała, niepoprawna gramatycznie. Z oświadczenia nie wynika, że dotyczy ono wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, jak również, że dotyczy ono przedłużenia okresu ważności wadium.

Następnie - nie dokonało samodzielnego przedłużenia terminu związania ofertą. Pomimo wynikającej z ustawy Pzp możliwości przedłużenia terminu również samodzielnie oraz wielokrotnie - Konsorcjum nie podjęło w tym kierunku stosownych działań, co doprowadziło do zamknięcia stanu związania ofertą w przypadku wskazanego wykonawcy.

Z art. 85 ust. 1 ustawy Pzp wynika, że oferta złożona przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia wiąże przez określony czas. Z kolei art. 85 ust. 2 ustawy Pzp przewiduje możliwość przedłużenia terminu związania ofertą na wniosek zamawiającego (tylko jeden raz) lub samodzielnie. Tym samym skoro w art. 85 ust. 2 ustawy Pzp wprowadzono możliwość samodzielnego przedłużenia terminu związania ofertą, to nie powinno zostać zaakceptowane działanie Konsorcjum, które nie dbając o ciągłość związania, raz odpowiada na wezwanie zamawiającego i przedłuża termin związania ofertą oraz przedłuża ważność wadium, a następnie nie przejawia woli

przedłużenia tego terminu. Odwołujący wskazywał na liczne orzeczenia, potwierdzające jego stanowisko: KIO 1507/19, KIO 217/15, KIO 1815/11, KIO 109/13, KIO 1281/15, KIO 1282/15, jak również prezentowane w orzecznictwie sądów powszechnych m.in. SO w Łodzi sygn. XIII Ga 379/12, SO w Gliwicach sygn. X Ga 458/16. Pogląd ten popiera także doktryna prawa zamówień publicznych stanowiąca, że wybór oferty po upływie terminu związania jest prawnie niemożliwy. Stan związania ofertą ustaje z chwilą bezskutecznego upływu terminu jej przyjęcia, a konstrukcja oferty zakłada obligatoryjne zamknięcie stanu związania terminem końcowym.

W jego ocenie, w przedmiotowym stanie faktycznym - wybór oferty Konsorcjum dokonany po upływie terminu jej związania doprowadził do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców, bowiem wobec zamknięcia stanu związania ofertą Konsorcjum może bez konsekwencji uchylić się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, a odwołujący - w przypadku wyboru jego oferty - takiej możliwości jest pozbawiony.

Zamawiający poinformował wykonawców w dniu 11 marca 2021 r., zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając uczestników postępowania do złożenia przystąpienia. Swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosili w dniu 15 marca 2021 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: **T. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych T. K.; BIO-FOREST Sp. z o.o. z siedzibą lidera w Lubasz.**

Zamawiający, działając na podstawie art. 521 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.) - dalej „ustawa Pzp z 2019 r.” w dniu 19 kwietnia 2021 r. złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości jako bezzasadnego.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, postanowieniami SIWZ, treścią oferty złożonej przez Konsorcjum, treścią pism kierowanych do przystępującego w toku postępowania i odpowiedzią na nie, po zapoznaniu się z odwołaniem, stanowiskiem procesowym zamawiającego zawartym w odpowiedzi na odwołanie, jak również stanowiskiem odwołującego i przystępującego zawartych w złożonych pismach procesowych, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też

stanowisk stron i uczestnika postępowania, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp z 2019 r., skutkujących odrzuceniem odwołania.

Ponadto Izba stwierdziła, że odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp z 2019 r., kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Odwołujący jest zainteresowany uzyskaniem przedmiotowego zamówienia i złożył ofertę w postępowaniu, w tym w pakiecie 5 zamówienia. Zdaniem odwołującego zamawiający zaniechał odrzucenia oferty Konsorcjum, pomimo że w świetle cytowanych przez odwołującego przepisów był do tego zobowiązany. Gdyby zamawiający prawidłowo ocenił ofertę Konsorcjum odwołujący uzyskałby zamówienie, bowiem jego oferta, w świetle ustanowionych w postępowaniu kryteriów oceny ofert, jest najkorzystniejsza spośród wszystkich złożonych ofert. W wyniku naruszenia przepisów ustawy Pzp przez zamawiającego odwołujący utracił więc możliwość prawidłowego wykonania zamówienia i uzyskania zysku ekonomicznego.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy. Ponadto Izba dopuściła i przeprowadziła dowody złożone przez odwołującego na rozprawie.

Izba oddaliła opozycję odwołującego w zakresie przystąpienia Konsorcjum do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Zgodnie z art. 526 ust. 2 ustawy Pzp z 2019 r. Izba uwzględnia opozycję, jeżeli zgłaszający opozycję uprawdopodobni, że wykonawca nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpił; w przeciwnym razie Izba oddała opozycję. Rozpoznając opozycję zgłoszoną przez odwołującego, Izba w pierwszej kolejności ustaliła, że interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której się przystępuje nie jest tym samym, co interes w uzyskaniu zamówienia, o którym mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp z 2019 r. Interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której się przystępuje należy rozumieć szerzej, jako interes nie tylko w uzyskaniu zamówienia, ale także w uzyskaniu innego rodzaju korzyści w postępowaniu (tak też w wyroku KIO z 18 lipca 2019 r., sygn. akt 999/19). W niniejszej sprawie odwołujący podniósł, że Konsorcjum nie złożyło nowego wadium na okres po 13 kwietnia 2021 r. i z tego powodu zachodzi podstawa do odrzucenia jego oferty w postępowaniu, a w konsekwencji nie ma on interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego. Izba nie podziela tego stanowiska, gdyż Konsorcjum ma interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego,

do którego przystąpił, ponieważ odwołujący kwestionuje w swoim odwołaniu czynności zamawiającego podjęte w odniesieniu do oferty Konsorcjum, w tym między innymi brak podjęcia decyzji o odrzuceniu jego oferty z tego powodu, że nie została zabezpieczona wadium. W zakresie zarzutów dotyczących swojej oferty Konsorcjum ma więc interes w tym, aby odwołanie zostało oddalone i aby w konsekwencji jego oferta nie została odrzucona.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia, zgodnie z pkt 3 SIWZ są usługi z zakresu gospodarki leśnej, zgodnie z określeniem w art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy o lasach. Zamawiający podzielił przedmiot zamówienia na sześć pakietów. Przedmiotowe odwołanie dotyczy pakietu 5 zamówienia.

Dalej Izba ustaliła, że w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu, oferty w powyższym pakiecie zostały złożone przez czterech wykonawców, w tym odwołującego oraz przystępującego.

Ponadto ustalono, że pismem z 1 marca 2021 r. zamawiający poinformował o wyborze oferty w pakiecie 5, uznając jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez Konsorcjum.

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu nie doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 554 ust. 1 ustawy Pzp z 2019 r., rozpoznawane odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Izba uznała za niezasadny zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7b w zw. z art. 45 ust. 3 i 6 oraz art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum i bezzasadne uznanie przez zamawiającego, że wadium wniesione przez Konsorcjum w formie poręczenia podmiotu, o którym mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości spełnia wymagania wynikające z SIWZ oraz przepisów Pzp, podczas gdy poręczenie złożone przez Konsorcjum wraz z ofertą jest wadliwe, gdyż zostało wystawione na rzecz jednego z konsorcjantów - Zakładu Usług Leśnych T. K. i z jego treści nie wynika, aby poręczyciel był zobowiązany do zapłaty na rzecz zamawiającego sumy odpowiadającej kwocie wadium

w przypadku zaistnienia przesłanek jego zatrzymania, za których wystąpienie odpowiadałby członek konsorcjum - BIOFOREST

Skład orzekający ustalił, że zamawiający określił wymagania w zakresie wadium w pkt 9 SIWZ. Przewidział między innymi, że wadium może być wnoszone w jednej lub kilku następujących formach: (1) pieniądzu; (2) poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, z tym że poręczenie kasy jest zawsze poręczeniem pieniężnym; (3) gwarancjach bankowych; (4) gwarancjach ubezpieczeniowych; (5) poręczeniach udzielonych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt. 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (tekst jedn.: Dz. U. z 2020 r. poz. 299 z późn. zm.). Dalej zaznaczył, że wadium wpłacane w pieniądzu należy wnieść przelewem na rachunek bankowy zamawiającego w banku PKO BANK POLSKI SA nr rachunku: 17 1020 3844 0000 1702 0076 7533 z dopiskiem: wadium na zabezpieczenie oferty w postępowaniu na „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Krzyż w roku 2021 Pakiet (Wykonawca wpisuje numer pakietu)” Wniesienie wadium w pieniądzu będzie skuteczne, jeżeli w podanym terminie zostanie zaliczone na rachunku bankowym zamawiającego. Ponadto uregulował w SIWZ, że z treści wadium wnoszonego w formie: poręczenia bankowego, poręczenia spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, gwarancji bankowej, gwarancji ubezpieczeniowej lub poręczeniach udzielonych przez podmioty, o których mowa w art. 61) ust. 5 pkt. 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości powinno wynikać bezwarunkowe, na pierwsze pisemne żądanie zgłoszone przez zamawiającego w terminie związania ofertą, zobowiązanie gwaranta do wypłaty pełnej kwoty wadium w okolicznościach określonych w art. 46 ust. 4a ustawy Pzp oraz art. 46 ust. 5 ustawy Pzp. Wadium wnoszone w formie innej niż pieniądz należy złożyć wraz z ofertą w oryginale w postaci elektronicznej tj. opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznymi osób upoważnionych do jego wystawienia. Wadium musi zabezpieczać ofertę na daną część zamówienia przez cały okres związania ofertą. Oferta wykonawcy, który nie wniesie wadium lub wniesie wadium w sposób nieprawidłowy, zostanie odrzucona z postępowania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp. Co do treści gwarancji wadium wskazał, że musi zawierać następujące elementy: (1) nazwę dającego zlecenie (wykonawcy), beneficjenta gwarancji/ poręczenia (zamawiającego), gwaranta (banku lub instytucji ubezpieczeniowej udzielających gwarancji/poręczenia) oraz wskazanie ich siedzib; (2) określenie wierzytelności, która ma być zabezpieczona gwarancją/ poręczeniem - określenie przedmiotu zamówienia; (3) kwotę gwarancji/ poręczenia; (4) zobowiązanie gwaranta/ poręczyciela do zapłacenia bezwarunkowo i nieodwołalnie kwoty gwarancji/

poręczenia na pierwsze pisemne żądanie zamawiającego w okolicznościach określonych w art. 46 ust. 4a ustawy Pzp oraz art. 46 ust. 5 ustawy Pzp.

Z powyższego wynika, że zamawiający nie uregulował wprost jaką treść powinien mieć dokument wadium w przypadku, gdy o zamówienie ubiega się wspólnie kilku wykonawców, opisał jednak treść jaką powinien mieć dokument gwarancji oraz warunki, które musi spełniać, aby zostało ono uznane jako skuteczne.

Ponadto, jak wynika z dokumentacji niniejszego postępowania, jeden z wykonawców zwrócił się do zamawiającego z prośbą o wyjaśnienie treści SIWZ w następującym zakresie: „Czy zostanie spełniony warunek prawidłowego wniesienia gwarancji wadialnej przez konsorcjum jeżeli na dokumencie gwarancji wadialnej jako wykonawca widniał będzie wyłącznie lider konsorcjum do tego upoważniony przez pozostałych członków konsorcjum?”. Odpowiadając na powyższe, pismem z 3 listopada 2020 r. zamawiający wskazał, że w przypadku wniesienia wadium przez jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, wadium w formie niepieniężnej musi być wystawione w taki sposób, żeby dochodzenie roszczeń z gwarancji obejmowało działania wszystkich członków konsorcjum.

Izba ustaliła ponadto, że Konsorcjum tytułem zabezpieczenia oferty, złożyło poręczenie zapłaty wadium Nr 135/11/2020/PW z 17 listopada 2020 r., wystawione przez Fundusz Rozwoju i Promocji Województwa Wielkopolskiego S.A. z siedzibą w Poznaniu, ul. Piękna 58, 60-589 Poznań (dalej „poręczyciel”). Z treści złożonego dokumentu wynika, że poręczyciel udziela solidarnego poręczenia za zobowiązanie Pana T. K. zamieszkałego: Antoniewo ..., 64-720 Lubasz, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: Zakład Usług Leśnych T. K. z siedzibą: Antoniewo 27, 64-720 Lubasz, na podstawie wpisu do Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej RP, REGON: 381813110, NIP: 7632008554, zwany dalej „Zobowiązany”, wobec Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Krzyż reprezentowane przez T. G. - Nadleśniczego z siedzibą: Łokacz Mały, ul. Adama Mickiewicza 1, 64-761 Krzyż Wielkopolski, zwane dalej „zamawiającym”, do zapłaty wadium w związku z przystąpieniem przez Zobowiązanego do przetargu publicznego organizowanego przez zamawiającego. Zamawiający zatrzymuje wadium w sytuacjach przewidzianych w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U z 2004 r, Nr 19, poz. 177 z późn. zm.), w szczególności w art. 46 ust. 4a i ust. 5.

Termin ważności poręczenia wskazano w §3 ust. 3 przewidując, że poręczenie niniejsze jest terminowe i udzielone na okres od dnia 19.11.2020 r. do dnia 16.02.2021 r.

Warunki wypłaty wadium opisano z kolei w §4. Zgodnie z ust. 1 Poręczyciel dokona wypłaty wadium w sposób nieodwołalny, bezwarunkowo i na pierwsze pisemne żądanie

zamawiającego wzywające do zapłaty wadium, zawierające oświadczenie, iż zamawiający zatrzymał wadium: (1) jeżeli Zobowiązany w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a ustawy Pzp, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1 ustawy Pzp, pełnomocnictw lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez Zobowiązanego jako najkorzystniejszej, lub (2) jeżeli Zobowiązany którego oferta została wybrana: odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie, lub nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, lub zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Zobowiązanego.

Zarzut odwołującego w niniejszej sprawie sprowadza się do twierdzenia, że wadium złożone przez Konsorcjum zostało wystawione w taki sposób, że w treści obydwu poręczeń (pierwszego z 17 listopada 2020 r. oraz drugiego z 14 lutego 2020 r.) wskazano jako Zobowiązanego (składającego ofertę) wyłącznie jednego z wykonawców, którzy wspólnie ubiegają się o udzielenie zamówienia. W jego ocenie, skoro w żadnym miejscu nie wskazano, że dokument obejmuje swoim zakresem także działania drugiego z wykonawców - wypłata z tytułu wadium obejmuje jedynie działania tego członka Konsorcjum, który został wprost wymieniony w treści dokumentu.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów okręgowych, na przestrzeni ostatnich lat można dostrzec przeciwstawne stanowiska dotyczące prawidłowości wniesienia przez konsorcjum gwarancji wadialnej, w której treści nie zostali wymienieni wszyscy członkowie konsorcjum, ale jak to ma miejsce w niniejszej sprawie - jeden z członków konsorcjum. Kwestia stanowiąca istotę sporu zaistniałego w niniejszej sprawie była również przedmiotem wyroku Sądu Najwyższego z 15 lutego 2018 r. (sygn. akt IV CSK 86/17). Sąd Najwyższy rozstrzygając spór w przedmiocie wadium złożonego w formie gwarancji ubezpieczeniowej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia podkreślił, że takie można uznać za prawidłowe i wystarczające jedynie wówczas, gdy stwarza dla zamawiającego podstawę do żądania od gwaranta oznaczonej kwoty pieniężnej niezależnie od tego, który z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia doprowadził do aktualizacji przesłanek zatrzymania wadium, określonych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp.

Dalej zauważył, że decydujące znaczenie dla określenia zakresu zobowiązania gwaranta ma całościowa wykładnia treści gwarancji, zgodnie z regułami wykładni

oświadczeń woli, o których mowa w art. 65 k.c. W powołanym wyroku Sąd Najwyższy zaakcentował również, że w sytuacji, w której jako dłużnika (zleceniodawcę, dostawcę, wykonawcę, oferenta) zobowiązanego do zaspokojenia zabezpieczonego roszczenia, wskazano w gwarancji jedynie jednego z wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia, a wskazane w dokumencie przyczyny uzasadniające żądanie zapłaty pokrywają się z wymienionymi w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp, decydujące znaczenie winna mieć wykładnia zastrzeżenia „z przyczyn leżących po jego stronie”, o którym mowa zarówno w art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, jak i w art. 46 ust. 5 pkt 3 ustawy Pzp, wskazując: „Rozważenia wymaga - w świetle czynników wskazanych w art. 65 k.c. (zwłaszcza ustalonych zwyczajów, praktyki ubezpieczeniowej) - czy określenie to obejmuje sytuacje, w których przyczyna uzasadniająca zatrzymanie wadium tkwi wprawdzie bezpośrednio w zaniechaniu wykonawcy pominiętego w gwarancji, jednakże wykonawca w niej wymieniony również ponosi za to zaniechanie odpowiedzialność. Inaczej mówiąc, wymaga rozstrzygnięcia, czy pojęcie "z przyczyn leżących po jego stronie" może być utożsamione z pojęciem "z przyczyn, za które odpowiada". Ma to także znaczenie dla dopuszczalności złożenia przez beneficjenta stosownego oświadczenia o tym, że zaistniały przyczyny aktualizujące zobowiązanie gwaranta - także wtedy, gdy przyczyna uzasadniająca zatrzymanie wadium tkwi bezpośrednio w zaniechaniu wykonawcy pominiętego w gwarancji - a tym samym spełnienia formalnej przesłanki zapłaty”.

Jak wynika z powyższego, w powołanym wyroku Sąd Najwyższy nie przesądził ani o prawidłowości, ani o wadliwości wadium wniesionego w formie gwarancji ubezpieczeniowej, w treści której wskazany został jedynie jeden z członków konsorcjum, lecz uznał, iż przedmiotowa okoliczność winna być rozstrzygana ad casum, poprzez całościowe badanie treści gwarancji, zgodnie z regułami wykładni oświadczeń woli wynikającymi z art. 65 k.c. Wniesienie wadium można natomiast uznać za prawidłowe wówczas, jeżeli gwarancja daje zamawiającemu możliwość skutecznego zrealizowania swoich roszczeń w przypadku zaistnienia przesłanek uzasadniających zatrzymanie wadium, niezależnie od tego, który z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia doprowadził do ziszczenia się tych przesłanek - wówczas wadium spełni swoją zabezpieczającą rolę.

Zaznaczyć należy, że w stanie faktycznym sprawy stanowiącej przedmiot rozstrzygnięcia Sądu Najwyższego wadium wniesione zostało w formie gwarancji ubezpieczeniowej, przy czym, jak wynika z uzasadnienia wyroku, stanowisko to może zostać odniesione również do wadium wniesionego w formie gwarancji bankowej. Sąd Najwyższy wskazał bowiem, że ze względu na brak odrębnej regulacji ustawowej dotyczącej gwarancji ubezpieczeniowej, „należy uznać, że w tym względzie co do zasady

miarodajne są reguły dotyczące ustawowo uregulowanej gwarancji bankowej” i w uzasadnieniu wyroku odwoływał się do dorobku wypracowanego na gruncie art. 81 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe.

Jakkolwiek w niniejszej sprawie mamy do czynienia z inną, dopuszczoną przez ustawodawcę formą, a mianowicie poręczeniem, stąd nie można wprost odnosić tez zawartych w wyroku Sądu Najwyższego do okoliczności niniejszej sprawy, to jednak pewne twierdzenia mogą być swoistą wytyczną dla oceny prawidłowości złożenia wadium także w niniejszym postępowaniu.

W tym miejscu zwrócić jednak należy na szczególny charakter poręczenia, którą to okoliczność podnosił wcześniej skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, który w wyroku z 7 lutego 2020 r., sygn. akt KIO 130/20 stwierdził, że „uregulowana w ustawie z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz.U. z 2019 r., poz. 1145 ze zm.) umowa poręczenia ma inny charakter niż gwarancja ubezpieczeniowa, czy gwarancja bankowa. Przede wszystkim zgodnie z przepisem art. 879 §1 KC o zakresie zobowiązania poręczyciela rozstrzyga każdorazowy zakres zobowiązania dłużnika. Jest to swoista cecha poręczenia, czy nawet element essentialia negotii - akcesoryjność poręczenia, czyli uzależnienie zobowiązania poręczyciela od zakresu zobowiązania głównego (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 24 października 2014 r., sygn. I ACa 505/14). Oznacza to, że o zakresie odpowiedzialności poręczyciela decyduje zakres odpowiedzialności dłużnika głównego (tak m.in. J. Gołaczyński, Komentarz do art. 879, (w:) (red.) E. Gniewek, P. Machnikowski, Kodeks cywilny. Komentarz 9. wydanie, Warszawa 2019, wyd. C. H. Beck). Zatem jest to odmienna sytuacja prawna, niż w przypadku gwarancji ubezpieczeniowej, czy też gwarancji bankowej. W przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, czyli u Przystępującego, zakres odpowiedzialności dłużnika głównego (czyli lidera) jest wyznaczany przez solidarną odpowiedzialność wszystkich członków konsorcjum, która występuje już na etapie postępowania przetargowego”. Z powyższych powodów w sprawie, która była przedmiotem rozstrzygnięcia KIO uznała, że złożone poręczenie Funduszu Rozwoju i Promocji Województwa (...) było wiążące dla całego konsorcjum z uwagi na zakres odpowiedzialności dłużnika głównego, czyli lidera. Pogląd powyższy pozostaje aktualny w rozpoznawanej sprawie, stąd także i w okolicznościach niniejszej sprawy wadium wystawione na jednego członka Konsorcjum należy uznać za wniesione w sposób prawidłowy.

Izba nie zgadza się także z odwołującym, że zamawiający w SIWZ, czy też udzielając odpowiedzi na pytania wykonawców (wyjaśnienie treści SIWZ z 3 listopada 2020 r. - odpowiedź na pytanie nr 2) określił szczególne wymagania związane

z wystawieniem wadium w przypadku jego wnoszenia przez jednego z członków konsorcjum.

Treść SIWZ w powyższym zakresie nie odnosi się wprost do takiej sytuacji i nie zawiera żadnych dodatkowych wymagań dotyczących wadium w przypadku, gdy o zamówienie będzie ubiegało się kilku wykonawców występujących wspólnie. Nie sposób odnaleźć w niej zapisów, w których zamawiający przesądził, że w przypadku gdy o zamówienie publiczne będzie się ubiegało kilku wykonawców, wspólnie składających ofertę, wadium składane przez nich w postaci: poręczeń bankowych, poręczeń spółdzielczej kasy oszczędnościowo - kredytowej, gwarancji bankowych, gwarancji ubezpieczeniowych czy poręczeń udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (Dz. U. z 2007 r. Nr 42 poz. 275 ze zm.) winno spełniać dodatkowe, szczególne wymagania. Oznacza to, że w tej kwestii zamawiający pozostawił pewną swobodę wykonawcom. W szczególności w SIWZ nie określono, że w dokumentach tych konieczne jest wymienienie wszystkich wykonawców, którzy wspólnie ubiegają się o zamówienie publiczne. Jednocześnie, wobec braku szczególnych uregulowań w SIWZ w tym zakresie, do czego zamawiający był uprawniony wobec treści art. 36 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, również przepisy ustawy Pzp nie wprowadzają wymagań, aby w przypadku wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia wadium było wnoszone w jakiś szczególny sposób, w tym, aby w treści zabezpieczenia jakim jest wadium składane w innej formie niż pieniężna, były wymienione wszystkie podmioty tworzące Konsorcjum.

Z kolei odpowiedź udzielona przez zamawiającego, w odpowiedzi na pytanie czy zostanie spełniony warunek prawidłowego wniesienia wadium przez konsorcjum, jeśli w treści dokumentu wymieniony zostanie wyłącznie lider - jest ogólna. Zamawiający stwierdził jedynie, że dokument ma być wystawiony w taki sposób, aby dochodzenie roszczeń z gwarancji obejmowało działania wszystkich członków konsorcjum. Z pewnością nie można zatem z tej odpowiedzi wywieść wniosku, jak chce tego odwołujący, że wadium wystawione na jednego członka konsorcjum - takiego warunku nie spełnia. Równie istotna jest bowiem druga część odpowiedzi, w której zamawiający podkreślił cel, jakiemu ma ten dokument służyć, a więc ma umożliwić dochodzenie roszczeń z tytułu gwarancji. W ocenie Izby udzielone wyjaśnienia nie modyfikują zatem w żaden sposób oczekiwań zamawiającego w zakresie, w jakim uregulował on kwestię wnoszenia wadium przez konsorcjum w stosunku do uregulowań zawartych w SIWZ.

Odnosząc się z kolei do samego celu tj. możliwości zaspokojenia się zamawiającego z tytułu wniesionego wadium nie sposób stwierdzić, że to jest nieskuteczne z tego powodu, że poręczyciel wprost w treści dokumentu nie wymienił BIOFOREST jako

członka Konsorcjum, ani też w treści poręczenia nie wskazał wprost, że ma świadomość, iż podmiot na zlecenie którego wystawił przedmiotowe poręczenie składa ofertę jako jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Stwierdzić bowiem należy, że dla oceny prawidłowości wniesionego wadium kluczowe znaczenie ma treść gwarancji wadialnej, ustalona przez gwaranta na wniosek wykonawcy, z której należy wnioskować, zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 2018 r., IV CSK 86/17 o skutkach prawnych złożonego w tej formie, zabezpieczenia oferty. Niesporne w omawianym stanie faktycznym jest, że w treści gwarancji wadialnej, wymieniono Zakład Usług Leśnych T. K., a ten jest wykonawcą działającym w imieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. W świetle treści dokumentu niesporne jest także określenie przedmiotu zamówienia, kwota wadium oraz przesłanki nieodwołalnej, bezwarunkowej i bezzwłocznej zapłaty kwoty wadium na rzecz beneficjenta (zamawiającego) na pisemne żądanie, na zasadach określonych w dokumencie. Wskazane przesłanki zapłaty odpowiadają w całości wymienionym w przepisie art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp, wobec wskazania tego przepisu w treści dokumentu.

W ocenie składu orzekającego, w niniejszej sprawie, kluczowe zatem dla oceny prawidłowości dokumentu w postaci poręczenia, ma okoliczność czy spełnia ona swoją podstawową funkcję, a zatem czy daje możliwość zaspokojenia zamawiającego w razie ziszczenia się przesłanek wskazanych w treści dokumentu, a wynikających z przepisów ustawy Pzp. Na postawione w ten sposób pytanie należy odpowiedzieć twierdząco z następujących powodów.

Z treści złożonej gwarancji wynika, że Fundusz Rozwoju i Promocji Województwa Wielkopolskiego S.A. udziela poręczenia za zobowiązanie, związane z udziałem w określonym postępowaniu. Wyłącznie z faktu, że w treści poręczenia wymieniony jest wyłącznie jeden z członków Konsorcjum nie oznacza, że w przypadku zaistnienia okoliczności uprawniających zamawiającego do żądania wypłaty wadium, występujących po stronie członka Konsorcjum nie wymienionego w treści dokumentu, poręczyciel takiej wypłaty odmówi.

W szczególności nie można przesądzać, że poręczyciel będzie uchylał się od takiej zapłaty wyłącznie na tej podstawie, że odpowiadając na wniosek o udostępnienie informacji publicznej w zakresie czy udzielił poręczenia wykonawcy BIOFOREST, odmawia udzielenia odpowiedzi, powołując się na tajemnicę przedsiębiorstwa. Z kolei zamawiający stwierdził, na okoliczność czego przedstawił dowody, że nie miał wcześniej żadnych problemów z egzekwowaniem wypłaty z tytułu wadium w sytuacji, gdy poręczenie wystawione było przez ten sam Fundusz. Tak stało się w przypadku wadium złożonego na jednego z członków Konsorcjum w pakiecie 4. Zamawiający przedłożył dowody na tą okoliczność

w postaci oświadczenia poręczyciela oraz potwierdzenie dokonanej transakcji - dowód zapłaty żądanej kwoty. W świetle przedłożonych przez zamawiającego dowodów uznać należało, że nawet w przypadku gdy w treści poręczenia wymieniony jest tylko jeden z członków Konsorcjum, Fundusz nie odmówi wypłaty kwoty wniesionej tytułem wadium.

Stwierdzenie odwołującego, że dokument gwarancji, przedłożony przez przystępującego jest nieprawidłowy, gdyż „nie zabezpiecza zamawiającego”, nie ma również oparcia w praktyce występującej na rynku. Ta wskazuje raczej, że wystawcy gwarancji przyjmują powszechnie, że w przypadku, gdy gwarancja zapłaty wadium zostaje wystawiona na zlecenie jednego członka konsorcjum, a oferta jest złożona przez konsorcjum, którego jest on członkiem, to gwarancja taka zabezpiecza ofertę złożoną wspólnie przez wykonawców działających na zasadzie art. 23 ustawy Pzp (a takie sytuacje przecież często występują). Składowi orzekającemu nie jest znany przypadek, aby w analogicznej sytuacji, w razie ziszczenia się przesłanki wypłaty wskazanej w treści gwarancji określonej kwoty beneficjentowi, spotkał się on z odmową zapłaty z tego powodu, iż w treści gwarancji widnieje jeden z podmiotów wspólnie ubiegających się o dane zamówienie. Domniemanie takiej potencjalnej odmowy rzeczywiście spotyka się niekiedy w orzecznictwie i piśmiennictwie, ale nie w praktyce występującej na rynku.

W konkluzji stwierdzić należy, że wobec jednoznacznego określenia przedmiotu zamówienia, podmiotu zamawiającego będącego beneficjentem oraz wykonawcy, który w postępowaniu złożył ofertę - a fakt złożenia jej wspólnie z innymi podmiotami - nie odbiera mu przymiotu wykonawcy powoduje, że niezależnie od tego, po stronie którego z dwóch wspólnie ubiegających się o zamówienie podmiotów ziszcza się przesłanki z art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp, Fundusz zobowiązany będzie do wypłaty kwoty uwidocznionej w dokumencie. Działania, zaniechania czy cechy jednego wykonawcy wywierają bowiem skutki prawne względem wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia wspólnie i względem ich wspólnej oferty oraz jej zabezpieczeń (art. 23 ustawy Pzp).

Tym samym należało stwierdzić, że zarzuty odwołującego, naruszenia cytowanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp - nie potwierdziły się.

Odnosząc się łącznie do podnoszonych zarzutów naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp; art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2020 r. poz. 1913 z późn. zm.) (dalej jako „Uznk”) - Izba stwierdziła, że przedmiotowe zarzuty są niezasadne

Jak wynika z akt sprawy zamawiający w SIWZ opisał warunki, które muszą spełniać wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia, w tym dotyczące osób przewidzianych do realizacji zamówienia. W punkcie 6.5. SIWZ zawarł zapis, zgodnie z którym jeżeli wykonawca ubiega się o udzielenie zamówienia na kilka pakietów, nie może celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu wskazywać w więcej niż jednym pakiecie: (1) wartości tego samego doświadczenia; (2) tych samych osób przewidzianych do realizacji zamówienia do pełnienia takich samych funkcji, przy czym zamawiający dopuszcza, aby osoba nadzoru była wskazywana w maksymalnie dwóch pakietach; (3) tego samego potencjału finansowego. Ponadto, w toku postępowania, wykonawcy zwracali się do zamawiającego z prośbą o wyjaśnienie treści SIWZ, w tym w zakresie cytowanego powyżej punktu. Odpowiadając na pytanie wykonawcy o treści: Czy wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia w kilku różnych postępowaniach (u różnych zamawiających), dotyczących wykonania usług z zakresu gospodarki leśnej, zgodnie z określeniem w art. 6 ust. 1 pkt 1 Ustawy o lasach, może celem wskazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu wskazać ten sam potencjał techniczny, osobowy, wartość tego samego doświadczenia, zamawiający udzielił odpowiedzi, że zgodnie z zapisami Rozdziału 6 punkt 6.5 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, jeżeli wykonawca ubiega się o udzielenie zamówienia na kilka pakietów, nie może celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu wskazywać w więcej niż jednym pakiecie: (1) wartości tego samego doświadczenia, (2) tych samych osób przewidzianych do realizacji zamówienia do pełnienia takich samych funkcji, przy czym zamawiający dopuszcza, aby osoba nadzoru była wskazywana w maksymalnie dwóch pakietach, (3) tego samego potencjału finansowego. Powyższy zapis znajduje zastosowanie również do sytuacji, w której wykonawca ubiega się o zamówienie u innych zamawiających.

Izba ustaliła ponadto, że w dokumencie JEDZ, złożonym przez Konsorcjum wraz z ofertą (JEDZ wykonawcy Zakład Usług Leśnych T. K.) wskazano, na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej m.in. następujące osoby: A. D. - pilarz, A. K. - środki chemiczne. Jednocześnie Konsorcjum wskazało p. A. D. w charakterze pilarza, natomiast p. A. K. - w charakterze osoby do kontaktu ze środkami chemicznymi również w części IV zamówienia. W związku z powyższym zamawiający wystosował do przystępującego pismo, w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, datowane na 29 grudnia 2020 r., w którym poprosił o wyjaśnienie czy wskazane przez wykonawcę osoby będą zaangażowane w realizację zamówienia w pakiecie 5, czy też będą wykorzystywane w innych pakietach innych jednostek organizacyjnych Lasów Państwowych. W odpowiedzi na pismo zamawiającego,

Konsorcjum pismem z 31 grudnia 2020 r. potwierdziło, że zadeklarowane przez niego osoby będą zaangażowane w realizację zamówienia w pakiecie 5, natomiast nie będą wykorzystywane przy realizacji zadań w innych pakietach, u innych zamawiających.

Następnie, pismem z 11 stycznia 2021 r., zamawiający wezwał Konsorcjum do wyjaśnień (podstawa wezwania - art. 26 ust. 4 ustawy Pzp) w zakresie wskazania tej samej osoby, która ukończyła szkolenie w zakresie pracy ze środkami chemicznymi tj. p. A. K. - zarówno części IV jak i części V zamówienia. Przystępujący, w piśmie z 12 stycznia 2021 r. wyjaśniając tą sytuację argumentowało, że wskazał w JEDZ ten sam potencjał ludzki dla obydwu pakietów, gdyż na etapie przygotowywania zamówienia, aż do czasu zawarcia umowy nie ma gwarancji, że wykonawca będzie to zamówienie realizował. Zadeklarował jednocześnie, że dysponuje większym potencjałem ludzkim, w tym osobami które ukończyły szkolenie z zakresu pracy ze środkami chemicznymi i jeśli zajdzie taka potrzeba to na etapie realizacji zamówienia osoby te skieruje do wykonywania zadań.

Następnie zamawiający, pismem z 27 stycznia 2021 r. skierował do Konsorcjum wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających warunki udziału w postępowaniu, w tym wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia. Konsorcjum, wraz z pismem z 2 lutego 2021 r. złożyło dwa wykazy osób, w których zaszły zmiany w stosunku do pierwotnie zadeklarowanych w treści JEDZ. W miejsce A. D., wskazanego w Pakiecie V na stanowisko pilarz, został wskazany K. B.. Z kolei zamiast A. K. - osoby do kontaktów ze środkami chemicznymi - została wskazana E. K. . W odniesieniu do tych wykazów zamawiający również miał wątpliwości, w związku z czym zwrócił się do Konsorcjum w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp (pismo z 11 lutego 2021 r.) o wyjaśnienie czy wskazane przez wykonawcę osoby będą zaangażowane w realizację zamówienia w pakiecie 5, czy też będą wykorzystywane w innych pakietach innych jednostek organizacyjnych Lasów Państwowych. W piśmie z 15 lutego 2021 r. przystępujący potwierdził, że w innych pakietach potencjał ludzki nie powtórzył się.

Kolejne już wezwanie zamawiającego z 22 lutego 2021 r. skierowane zostało w trybie art. 26 ust. 2f ustawy Pzp i wystosowane w związku z wątpliwościami zamawiającego odnośnie osoby do kontaktu ze środkami chemicznymi. Zamawiający dostrzegł bowiem, że p. E. K., dedykowana do pełnienia tych obowiązków w Nadleśnictwie Krzyż, została wskazana jednocześnie jako kierowca ciągnika w ramach postępowania prowadzonego przez Nadleśnictwo Zdrojowa Góra. W treści pisma zamawiający zauważył, że takie działanie może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia, a jeśli tak byłoby w istocie to wezwał do uzupełnienia ww. potencjału ludzkiego

w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Konsorcjum zastosowało się do wezwania i skorzystało z możliwości zmiany wykazu osób w zakresie osoby do kontaktu ze środkami chemicznymi. W miejsce p. E. K. wprowadzono p. W. K. .

Odwołujący podnosząc przedmiotowe zarzuty argumentował, że Konsorcjum, w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego dokonało dwukrotnie modyfikacji wykazu osób w zakresie, w jakim złożyło oświadczenie o skierowaniu osoby do kontaktu ze środkami chemicznymi, czym naruszono przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, dopuszczający jednokrotne wezwanie wykonawcy do uzupełnienia dokumentów. Z przedmiotowym zarzutem nie sposób się zgodzić z kilku powodów.

W pierwszej kolejności Izba, ustalając stan faktyczny w niniejszej sprawie stwierdziła, że wezwanie zamawiającego z 11 stycznia 2021 r., któremu odwołujący nadaje kluczowe znaczenie zostało skierowane do przystępującego w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Co więcej dotyczyło ono wyjaśnień treści JEDZ, a ten jest dokumentem składanym wraz z ofertą, w którym wykonawca wstępnie potwierdza, że warunki udziału w postępowaniu - spełnia. Z kolei dokumenty na potwierdzenie spełnienia warunku, w tym wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia, zostały złożone w odpowiedzi na wezwanie z 27 stycznia 2021 r. wraz z pismem z 2 lutego 2021 r. Jest to ten etap postępowania w którym zamawiający, po dokonaniu oceny ofert na podstawie kryteriów, weryfikuje czy wykonawca którego oferta została najwyższej oceniona spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Odwołujący zdaje się również nie dostrzegać, że wezwanie z 22 lutego br. było wezwaniem skierowanym do Konsorcjum na podstawie art. 26 ust. 2f ustawy Pzp, a jest to przepis, który ma zastosowanie na każdym etapie postępowania i dotyczy sytuacji kiedy zamawiający ma uzasadnione podstawy do uznania, że dokumenty wcześniej złożone przestały być aktualne. Inna jest rola i cel wskazanej regulacji, w tym przypadku wezwanie w tym trybie miało odpowiedzieć na wątpliwości zamawiającego, który chciał mieć pewność, że zaangażowanie przez przystępującego określonego potencjału kadrowego w realizację zamówienia w Nadleśnictwie Zdrojowa Góra nie będzie miało negatywnego wpływu na możliwość realizacji zadań w pakiecie 5 u zamawiającego.

W ocenie Izby nie sposób zatem zgodzić się z twierdzeniem, że doszło do dwukrotnego uzupełnienia dokumentów, gdyż inna była podstawa wezwania i dotyczyły one innych dokumentów i oświadczeń, składanych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Tym samym zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp - należało uznać za niepotwierdzony.

Oddaleniu podlegał również zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 Uznk. Izba nie zgadza się z odwołującym, że doszło do sytuacji w której

Konsorcjum, w sposób niedozwolony, posłużyło się tymi samymi osobami skierowanymi do realizacji zamówienia i pełniącymi te same funkcje - w ramach różnych części przedmiotowego postępowania oraz w ramach postępowań o udzielenie zamówień publicznych prowadzonych przez innych zamawiających - czym został narażony interes pozostałych wykonawców w związku z utrudnieniem im możliwości uzyskania zamówień. Okoliczność, że w jednym czasie ogłaszane są podobne postępowania, przez różnych zamawiających i w treści JEDZ wskazywane są osoby dedykowane do realizacji zamówienia, które następnie w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp - są zmieniane, nie świadczy o zamiarze polegającym na celowym utrudnianiu dostępu do rynku innym podmiotom. Jak wyjaśnił zamawiający w pełni zrozumiała jest sytuacja, że jeśli w jednym czasie ogłaszanych jest wiele takich postępowań to osoby dedykowane do realizacji zadań mogą powtarzać się u różnych zamawiających. Kluczowym dla zamawiającego jest, aby na etapie realizacji zamówienia mieć pewność, że zaangażowanie tych osób nie będzie nadmierne (stąd zakaz wskazywania tych samych osób przewidzianych do realizacji zamówienia do pełnienia takich samych funkcji). W przypadku przystępującego cel zamawiającego został osiągnięty.

Nie potwierdził się także, w ocenie Izby, zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 85 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, mimo nieprzedłużenia przez Konsorcjum terminu związania ofertą

Izba ustaliła, że w pkt 10 SIWZ zamawiający przewidział, że termin, którym wykonawca będzie związany złożoną ofertą wynosi 60 dni. Zgodnie z art. 85 ust. 5 ustawy Pzp bieg terminu rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert. Wskazał także, że wykonawca samodzielnie lub na wniosek zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą, z tym że zamawiający może tylko raz, co najmniej na 3 dni przed upływem terminu związania ofertą zwrócić się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o oznaczony okres, nie dłuższy jednak niż 60 dni.

Ponadto ustalono, że w toku prowadzonego postępowania Konsorcjum, w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do przedłużenia terminu związania ofertą, skierowane na podstawie art. 85 ust. 2 ustawy Pzp - złożyło pismo z 14 stycznia 2021 r., w którym zadeklarowało: Wyrażamy zgodę o przesunięcie terminu ważności oferty o kolejne 30 dni wraz z poręczeniem wadium w postępowaniu na „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Krzyż w roku 2021” na Pakiet 5 leśnictwa Dębowa Góra, Zwierzyniec. Po upływie tego terminu Konsorcjum w istocie nie dokonało już samodzielnego przedłużenia terminu związania ofertą, do czego z mocy przepisów ustawy Pzp było uprawnione.

Nie budzi zatem wątpliwości stan faktyczny w niniejszej sprawie, ale ocena prawna odwołującego, który podnosił, że brak przedłużenia tego terminu przez Konsorcjum doprowadziło do zamknięcia stanu związania ofertą w przypadku tego wykonawcy. W konsekwencji, jak twierdził odwołujący, skoro w art. 85 ust. 2 ustawy Pzp wprowadzono możliwość samodzielnego przedłużenia terminu związania ofertą, to nie powinno zostać zaakceptowane działanie Konsorcjum, które nie dbając o ciągłość związania, raz odpowiada na wezwanie zamawiającego i przedłuża termin związania ofertą oraz przedłuża ważność wadium, a następnie nie przejawia woli przedłużenia terminu związania ofertą. Z przedmiotową oceną nie sposób zgodzić się z następujących powodów.

W pierwszej kolejności należy stwierdzić, że wbrew twierdzeniom odwołującego oświadczenie złożone przez Konsorcjum w piśmie z 14 stycznia 2021 r., w którym stwierdza, że wyraża zgodę o przesunięcie terminu ważności oferty o kolejne 30 dni wraz z poręczeniem wadium w postępowaniu na „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Krzyż w roku 2021” na Pakiet 5 leśnictwa Dębowa Góra, Zwierzyniec - było jasne i czytelne. Nawet jeśli zostało sformułowane niegrammatycznie to cel, którym było zadeklarowanie zamawiającemu, że wykonawca czuje się związany złożoną ofertą, należy uznać za spełniony. Co więcej, w ślad za powyższą deklaracją złożono też dokument, który przedłużał ważność wadium.

Ponadto, zgodnie z treścią przepisu art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wykonawca nie wyraził zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2 ustawy Pzp, na przedłużenie terminu związania ofertą. Z kolei w myśl art. 85 ust. 2 ustawy Pzp wykonawca samodzielnie lub na wniosek zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą, z tym że zamawiający może tylko raz, co najmniej na 3 dni przed upływem terminu związania ofertą, zwrócić się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o oznaczony okres, nie dłuższy jednak niż 60 dni. Z powyższego wynika, że odrzucić ofertę wykonawcy można jedynie w sytuacji, gdy wykonawca wezwany wcześniej przez zamawiającego - nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Ustawodawca doprecyzował także, że chodzi o zgodę, o której mowa w art. 85 ust. 2 ustawy Pzp. Tym niemniej, nawet gdyby takie doprecyzowanie nie miało miejsca, samo sformułowanie „nie wyraził zgody” oznacza, że odrzucenie oferty nie może nastąpić w przypadku gdy wykonawca nie przedłuża tego terminu samodzielnie, ale dotyczy sytuacji gdy ten, poproszony uprzednio przez zamawiającego o taką zgodę - w odpowiedzi na tę prośbę zgody takiej nie wyraził.

Literalne brzmienie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp wskazuje, że sankcja odrzucenia oferty następuje wyłącznie w sytuacji, gdy wykonawca wezwany przez zamawiającego nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. W tym miejscu

Izba zwraca uwagę, że zamawiający w toku postępowania dokonuje czynności o charakterze eliminacyjnym wyłącznie, jeśli wymagania przez niego postawione wynikają wprost z przepisów ustawy lub dokumentacji przetargowej. Kwestią tą zajmował się, w kontekście terminu związania ofertą, Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej, który w uzasadnieniu wyroku sprawie C- 35/17 Saferoad Grawil i Saferoad Kabex zauważył, że przesłanki odrzucenia oferty, jako eliminacyjne, podlegają wykładni ścisłej i nie mogą być rozszerzane na sytuacje nie objęte zakresem przedmiotowym normy.

W ocenie Izby z żadnego też przepisu nie wynika, aby oferta takiego wykonawcy miała tracić ważność. Oferta taka podlega zatem ocenie na zasadach ogólnych, zaś w razie uznania jej za najkorzystniejszą wykonawca może zawrzeć umowę z zamawiającym.

Odnosząc się z kolei do powoływanego przez odwołującego orzecznictwa należy zauważyć, że w większości dotyczy ono nieaktualnego stanu prawnego, tj. stanu sprzed 28 lipca 2016 r., kiedy to przepis dotyczący wykluczenia wykonawcy z powodu nieprzedłużenia terminu związania ofertą nie odnosił się do treści art. 85 ust. 2 ustawy Pzp (spośród wyroków przytoczonych przez przystępującego tylko wyrok KIO z 2019 r. dotyczy aktualnego stanu prawnego, przy czym jak słusznie zauważył zamawiający Izba orzekła w nim w sprawie, gdzie to wykonawca samodzielnie zdecydował o przedłużeniu terminu, przy czym sam wskazał datę określającą termin do którego ofertą czuje się związany a zamawiający, wbrew tej deklaracji, wybrał jego ofertę po tej dacie).

W tym miejscu warto również powołać wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 13 lipca 2017 r. w sprawie C-35/17 wskazano, że wykluczenie wykonawcy z powodu niedopełnienia przez niego obowiązku, który nie był wyraźnie wskazany w dokumentacji przetargowej ani w przepisach prawa, a jedynie wynikał z orzecznictwa, zwłaszcza gdy nie było ono jednolite, narusza zasadę równego traktowania i przejrzystości. W ocenie Izby, nie może budzić wątpliwości, że bez uprzedniego wezwania do wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, zamawiający nie jest uprawniony do odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp. Niemniej jednak analiza wskazywanego wyżej wyroku TSUE prowadzi do wniosku, że nawet w przypadku hipotetycznego istnienia wątpliwości interpretacyjnych i ewentualnych rozbieżności w orzecznictwie, oferta wykonawcy tym bardziej nie mogłaby zostać odrzucona, gdyż prowadziłoby to do naruszenia podstawowych zasad udzielania zamówień.

Z powyższych powodów Izba orzekła jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz §8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia

2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący :