

**WYROK**  
**z dnia 9 lipca 2014 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki**

**Protokolant: Magdalena Cwyl**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 lipca 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 grudnia 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **J..... S.....**, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **J..... S....., Zakład Usług Wielobranżowych „Jurek” w Dębnie** oraz **P..... S.....**, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **P..... S....., Zakład Usług Leśnych w Dębnie**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **J..... M.....**, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **PHU Mak-Jur w Dębnie i D..... K.....**, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **Domix w Osiecznicy**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie odwołującego,

przy udziale wykonawcy **P..... M.....**, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **Zakład Usług Leśnych w Przylepie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie odwołującego

w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa, Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe, Nadleśnictwo Dębno w Dębnie**

**orzeka:**

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części 1, powtórzenie czynności badania i oceny ofert w tej części, w tym wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **A..... B.....**, prowadzącego**

działalność gospodarczą pod nazwą A..... B....., Zakład Usług Leśnych w Sarbinowie oraz M..... Ś....., prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Leśne, M..... Ś..... w Namyslinie, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, do uzupełnienia:

- a) oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.1.1. SIWZ oraz oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia z postępowania, o którym mowa w pkt 8.2.1. SIWZ,
- b) aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego, o której mowa w pkt 8.2.5 SIWZ, w odniesieniu do Pana A..... B....., w formie oryginału bądź kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę,
- c) aktualnego zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego, o którym mowa w pkt 8.2.3. SIWZ, w odniesieniu do Pana A..... B....., w formie oryginału bądź kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę,
- d) aktualnego zaświadczenia właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego, o którym mowa w pkt 8.2.4 SIWZ, w odniesieniu do Pana A..... B....., w formie oryginału bądź kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę

- z uwzględnieniem okoliczności wskazanych w uzasadnieniu,

2. kosztami postępowania obciąża **Skarb Państwa, Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe, Nadleśnictwo Dębno w Dębnie** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **J..... S.....**, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **J..... S....., Zakład Usług Wielobranżowych „Jurek” w Dębnie** oraz **P..... S.....**, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **P..... S....., Zakład Usług Leśnych w Dębnie** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Skarbu Państwa, Państwowego Gospodarstwa Leśnego Lasy Państwowe, Nadleśnictwa Dębno w Dębnie** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **J..... S.....**, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **J..... S....., Zakład Usług Wielobranżowych „Jurek” w Dębnie** oraz **P..... S.....**, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **P..... S....., Zakład Usług Leśnych w Dębnie** kwotę **22.306 zł 87 gr** (słownie: dwudziestu dwóch tysięcy trzystu sześciu złotych osiemdziesięciu siedmiu groszy), stanowiącą uzasadnione koszty

strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika, stawiennictwa strony i pełnomocnika na rozprawy oraz sporządzenia opinii prywatnej.

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 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Szczecinie**.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający - Skarb Państwa, Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe, Nadleśnictwo Dębno w Dębnie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „wykonywanie usług leśnych w Nadleśnictwie Dębno w latach 2014-2016”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 9 listopada 2013 r. 2013/S 218-379681.

W dniu 20 grudnia 2013 r. zamawiający zawiadomił wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia J..... S....., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą J..... S....., Zakład Usług Wielobranżowych „Jurek” w Dębnie oraz P..... S....., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą P..... S....., Zakład Usług Leśnych w Dębnie, zwanych dalej „odwołującym”, o wyborze jako najkorzystniejszej oferty, a zakresie części 1, oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia A..... B....., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą A..... B....., Zakład Usług Leśnych w Sarbinowie oraz M..... Ś....., prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Leśne, M..... Ś..... w Namyślinie, zwanych dalej „konsorcjum B.....-Ś.....”.

W dniu 30 grudnia 2013 r. odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności badania i oceny oraz czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum B.....-Ś....., w zakresie części 1 zamówienia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 4 ustawy w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. Dz.U. Nr 50, poz. 331 ze zm.), poprzez zaniechanie uznania za odrzuconą oferty konsorcjum Borkowski-Śpiewak podlegającego wykluczeniu z postępowania, z powodu zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 3 i art. 7 ust. 1 ustawy poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu,
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w zw. z pkt 12.6 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w zw. art. 78 ustawy Kodeks cywilny,

4) art. 24 ust. 4 ustawy w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, poprzez zaniechanie uznania za odrzuconą oferty konsorcjum B.....-Ś..... podlegającego wykluczeniu z postępowania, z powodu braku wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w formie przepisanej.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) ponownego zbadania i oceny ofert w części nr 1,
- 2) wykluczenia konsorcjum B.....-Ś.....,
- 3) odrzucenia oferty ww. wykonawcy,
- 4) ponownego dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 5) przyznanie odwołującemu kosztów postępowania według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

W uzasadnieniu odwołujący podniósł, że intencją przetargu publicznego było uzyskanie przez zamawiającego jak najlepszej jakości usług po możliwie najniższej cenie. Aby możliwym było spełnienie tego założenia niezbędnym było zapewnienie istnienia pełnej konkurencji pomiędzy wykonawcami, uczestniczącymi w postępowaniu. Jak wynika natomiast z przebiegu postępowania organ nie podjął działań wymaganych prawem, a polegających na konieczności wykluczenia z postępowania wykonawców będących w zmowie. Poprzez brak podjęcia wymaganego działania ze strony zamawiającego doszło niewątpliwie do zaniechania konkurencji po stronie dziewięciu przedsiębiorców (Zakład Usług Leśnych A..... B....., Zakład Usług Leśnych M..... A....., Zakład Usług Leśnych R..... W....., Usługi Leśne R..... B....., Usługi Leśne B..... P....., Zakład Usług Leśnych G..... W....., Usługi Leśne M..... L....., Usługi Leśne J..... L....., Usługi Leśne K..... W.....), którzy składając oferty działali w porozumieniu, celem dokonania podziału pomiędzy sobą poszczególnych części zamówienia, w miejsce wzajemnej konkurencji. W wyniku podjęcia takowej współpracy doszło do powstania szkody na rzecz Skarbu Państwa oraz powstania zysku na rzecz przedsiębiorców składających oferty w zmowie, poprzez wystąpienie tzw. reduced competition effect.

Odwołujący wywiódł, że wobec zaniechania konkurowania przez najbardziej liczących się w postępowaniu przedsiębiorców, nastąpiła kontrola nad ceną zamówienia oraz podniesiona została szansa wygrania przetargu. Natomiast wewnątrz dokonany podział pakietów (2,4,5,6,7) oraz powstrzymanie się od składania ofert na pakiet nr 1 na rzecz Zakład Usług Leśnych A..... B....., miał być gwarantem osiągnięcia porównywalnego zysku przez każdego z nich. Podnieść bowiem należy, iż A..... B..... nie został uwzględniony w wykazie osób, które będą uczestniczyć w

wykonywaniu zamówienia na pakiety 2, 4, 5, 6 i 7, zatem pozostali wykonawcy będący w zmowie zaniechali składania ofert na ten pakiet w zamian za podanie ich jako podwykonawców ww. pakietu. Takim antykonkurencyjnym porozumieniem niewątpliwie wykonawcy ci wywarli wpływ na wynik postępowania, prowadząc do niekorzystnego rozdysponowania środków budżetu państwa. Jednocześnie wskazywał, iż zaplecze personalne oraz osobowe nie wskazywało na konieczność wspólnego startowania w przetargu dziewięciu przedsiębiorców jako konsorcjum, bowiem warunki do złożenia oferty spełniał oddzielnie każdy z nich. Powstrzymanie się natomiast od złożenia oferty przez konsorcjum na pakiet nr 1, było działaniem wynikającym ze zmowy przetargowej i doprowadziło do ograniczenia konkurencji w tej części zamówienia.

Odwołujący podniósł ponadto, że złożenie oferty przez ww. wykonawców stanowi naruszenie zasad uczciwej konkurencji poprzez uzgodnienie przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu warunków składania ofert, w tym w szczególności zakresu prac, ceny oraz pakietu na który w określonej konfiguracji złożona została oferta. Tym sposobem doszło nie tylko do ograniczenia liczby uczestników postępowania oraz powstania szkody na rzecz Skarby Państwa - Lasów Państwowych, ale przede wszystkim ograniczenia samej realnej możliwości konkurencji. W świetle tych okoliczności niewątpliwie wypełniona została definicja czynu nieuczciwej konkurencji, przez który należy rozumieć działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy.

W dalszej części odwołania odwołujący podniósł, iż zgodnie z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia tj. pkt 12.6 oferta powinna zostać własnoręcznie podpisana przez oferenta. Brak zaś tego podpisu stanowi podstawę do zastosowania dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych. Jednocześnie nie należy tego utożsamiać z brakiem możliwym do uzupełnienia, bowiem oferta zawierała podpisy, lecz nie naniesione przez osoby do tego uprawnione, pomimo posłużenia się ich danymi personalnymi. Mając zatem na uwadze, iż za oferenta złożyła podpis osoba trzecia z oznaczeniem jego imienia i nazwiska, to oferta taka nie spełnia wymogu własnoręcznego podpisu i jako taka jest nieważna.

Oprócz samej oferty także załączniki, zostały oznaczone imieniem i nazwiskiem wykonawcy (zarówno w przypadku Pakietu nr 1 jak i 2, 4, 5, 6 i 7), chociaż w rzeczywistości dokument ten nie został podpisany przez jego autora. W takim przypadku doszło do pozbawienia dokumentu waloru autentyczności, przez co nie może on stanowić potwierdzenia posiadanych kwalifikacji.

Do postępowania odwoławczego, po stronie odwołującego, zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia J..... M....., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą PHU Mak-Jur w Dębnie i D..... K....., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Domix w Osiecznicy. Wnieśli o uwzględnienie odwołania.

Do postępowania odwoławczego, po stronie odwołującego, zgłosił przystąpienie wykonawca P..... M....., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Leśnych w Przylepie. Wniósł o uwzględnienie odwołania.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Na rozprawie przedstawił uzasadnienie swego stanowiska.

**Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia SIWZ, ofertę złożoną przez konsorcjum B.....-Ś..... na część 1 zamówienia, ofertę złożoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Zakład Usług Leśnych A..... B....., Zakład Usług Leśnych M..... A....., Zakład Usług Leśnych R..... W....., Usługi Leśne R..... B....., Usługi Leśne B..... P....., Zakład Usług Leśnych G..... W....., Usługi Leśne M..... L....., Usługi Leśne J..... L....., Usługi Leśne K..... W..... w zakresie części 2, 4, 5, 6 i 7, pismo zamawiającego zawierające rozstrzygnięcie postępowania z 20.12.2013 r., odwołanie wraz z załącznikami, zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego, zeznania świadka A..... B....., opinię biegłego sądowego T..... T..... z 10 marca 2014 r., opinię uzupełniającą biegłego sądowego T..... T..... z 19 maja 2014 r., opinię dodatkową biegłego sądowego T..... T..... z 19 czerwca 2014 r., jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, dokumenty i stanowiska stron i uczestników postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba w dniu 21 stycznia 2014 r. na podstawie art. 185 ust. 4 ustawy Pzp oddaliła opozycję zgłoszoną przez zamawiającego przeciwko obu zgłaszającym przystąpienie. Izba uznała, że obydwaj zgłaszający przystąpienie uprawdopodobnili istnienie interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony do której przystąpili tj. odwołującego. Jednym z zarzutów przedstawionych w odwołaniu był zarzut zмовы przetargowej pomiędzy konsorcjum B.....-Ś....., które złożyło ofertę na pakiet pierwszy zamówienia, a

konsorcjum, które złożyło ofertę na pakiety 2, 4, 5, 6, 7 przedmiotu zamówienia. Zatem konkurenci konsorcjum, które złożyło ofertę w tych pakietach, a takimi byli obydwaj przystępujący, posiadają interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść odwołującego. Izba uznała, że ewentualne uwzględnienie zarzutu dotyczącego zmowy przetargowej mogło doprowadzić do odrzucenia oferty konsorcjum w pakietach 2, 4, 5, 6, 7.

Wzięto pod uwagę to, że w świetle orzecznictwa Izby interes, o którym mowa w art. 185 ustawy Pzp interpretuje się szeroko. Zgłaszający przystąpienie niewątpliwie posiadali interes w tym, aby Izba ustaliła, że A..... B..... zawarło z członkami konsorcjum antykonkurencyjne porozumienie. Przystępujący złożyli bowiem oferty w tych częściach zamówienia, w których ofertę złożyło konsorcjum. Wprawdzie wyrok Izby dotyczyć miał wyłącznie części 1 zamówienia, jednakże pozytywne ustalenia faktyczne w przedmiocie ewentualnej zmowy przetargowej pomiędzy konsorcjum B.....-Ś....., które złożyło ofertę w części 1 a członkami konsorcjum M. L....., które złożyło oferty m.in. w części 2 i 6 zamówienia mogą dotyczyć sfery interesów tak faktycznych jak i prawnych obu przystępujących, którzy złożyli własne oferty w tych właśnie częściach. Wzięto pod uwagę, że zamawiający – w świetle orzecznictwa Izby i sądów okręgowych – ma prawo do samodzielnego korygowania czynności w postępowaniu, które uznaje za niezgodne z prawem. W ramach tego uprawnienia mieścić się mogła również ewentualna decyzja zamawiającego co do odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum M. L..... w części 2 i 6, co niewątpliwie leżało w interesie przystępujących. W chwili rozstrzygania przez Izbę zgłoszonej opozycji zamawiający nie zawarł jeszcze umów na części 2 i 6 zamówienia, zatem oczekiwanie obu wykonawców było jak najbardziej realne.

W dalszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba oddaliła wniosek zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, jako wniesionego przez podmiot nieuprawniony. Zamawiający wywiódł, że odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony. Wskazywał na to, że pełnomocnictwo z 11 grudnia 2013 r. załączone do odwołania nie mocowało pełnomocnika do wniesienia odwołania do KIO w imieniu i na rzecz odwołujących. W ocenie Izby przywołane przez zamawiającego okoliczności faktyczne nie stanowiły przesłanki do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, lecz co najwyżej ewentualną przesłankę do zastosowania procedury wezwania do usunięcia braków formalnych odwołania, zgodnie z art. 187 ust. 3 lub art. 187 ust. 7 ustawy Pzp. Złożenie pełnomocnictwa wadliwego, które nie potwierdza umocowania do wniesienia odwołania, należy bowiem utożsamić w skutkach z brakiem pełnomocnictwa, co podlega procedurze



przewidzianej art. 187 ust. 3 i 7 ustawy Pzp (por. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 17 stycznia 2012 r. wydany w sprawie o sygn. akt V Ca 2739/11). Jednakże, w ocenie składu orzekającego, w niniejszej sprawie brak było podstaw do wzywiania odwołującego do usunięcia braków formalnych odwołania, albowiem złożone przez niego pełnomocnictwo potwierdzało w prawidłowy sposób umocowanie do wniesienia odwołania. Izba ustaliła, że pełnomocnictwo z 11 grudnia 2013 r. miało szeroki zakres i mocowało pełnomocnika do reprezentacji interesów prawnych odwołujących m.in. „w sprawie karnej, w sprawie wszczęcia postępowania przed UOKiK, przed sądami powszechnymi, sądami administracyjnymi, organami administracji państwowej, osobami fizycznymi i innymi podmiotami we wszystkich instancjach”. W ocenie Izby tak określony zakres umocowania winien być interpretowany zgodnie z ogólnymi regułami wykładni prawa cywilnego, a więc z uwzględnieniem okoliczności towarzyszących podpisaniu dokumentu pełnomocnictwa. Brak było podstaw do przyjęcia, że pod pojęciem „organu administracji państwowej”, czy „innego podmiotu” nie może się kryć Prezes Krajowej Izby Odwoławczej, do którego wnosi się odwołanie. Nadto, w ocenie Izby, intencją odwołujących, ze względu na zarzut zmywy przetargowej i zarzut sfalszowania podpisu, było jak najszersze umocowanie pełnomocnika, który reprezentowałby ich kompleksowo przed wszystkimi organami przed którymi taki zarzut będzie rozpoznawany.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W ocenie Izby, wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Oferta odwołującego w części 1 – w świetle kryteriów oceny ofert – została sklasyfikowana przez zamawiającego na drugiej pozycji, za ofertą wybraną jako najkorzystniejsza. Ustalenie, iż zamawiający wbrew przepisom ustawy zaniechał wykluczenia z postępowania wykonawcy, który złożył ofertę najkorzystniejszą, względnie zaniechał odrzucenia tej oferty, prowadziłoby do nakazania zamawiającemu wykonania tej czynności, czego efektem może być wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. Powyższe wyczerpuje przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie, choć nie wszystkie zarzuty potwierdziły się w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym sprawy.

W ocenie Izby odwołujący nie sprostął ciężarowi wykazania, że członkowie konsorcjum, jakie złożyło ofertę wspólną na części 2, 4, 5, 6 i 7, do których należał również A..... B....., a który wraz z innym konsorcjantem ubiegał się również o część 1 zamówienia, dopuścili się antykonkurencyjnego porozumienia, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2007 r. Nr 50, poz. 331). Ciężar wykazania okoliczności faktycznych, które uzasadniałyby podniesione w odwołaniu zarzuty obciążał w niniejszej sprawie odwołującego, z mocy art. 6 KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp.

Stosownie do przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W myśl 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. Niewątpliwie działaniem sprzecznym z prawem jest wchodzenie w zakazane porozumienia antykonkurencyjne. Zgodnie z art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2007 r. Nr 50, poz. 331) zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny.

Izba podziela prezentowany w orzecznictwie pogląd, że z uwagi na trudności w udowodnieniu zmywy przetargowej przy orzekaniu w przedmiocie takiej zmywy dopuszczalne i wystarczające jest oparcie się na dowodach pośrednich. Jak podnosi się w orzecznictwie, fakt zaistnienia nielegalnego porozumienia wykonawców można wywnioskować z istnienia innych, udowodnionych faktów. Należy jednak podkreślić, że podstawa faktyczna takiego domniemania musi uprawniać do wniosku, że wykonawcy pozostawali w nielegalnym porozumieniu, a wniosek ten musi być zgodny z zasadami logiki i doświadczenia życiowego. Nie jest wystarczające wykazanie, że wniosek o zaistnieniu zmywy jest tylko jednym z możliwych wniosków wyprowadzonych z udowodnionych okoliczności.

Jak wynikało z uzasadnienia odwołania, odwołujący upatrywał źródła działań antykonkurencyjnych w zawiązaniu przez 9 przedsiębiorców konsorcjum. Jak wskazuje się w orzecznictwie, aby ocenić czy zawiązanie konsorcjum stanowi przejaw zmywy należy ustalić, czy przedsiębiorcy mogliby samodzielnie przystąpić do udziału w postępowaniu i samodzielnie wykonać zamówienie, bez udziału innych uczestników konsorcjum. Odpowiedź twierdząca mogłaby być jednym z sygnałów, że umowa ma charakter zmywy. Należałoby

jednak dodatkowo wykluczyć, czy zawiązanie nie było konieczne dla uzyskania określonych korzyści gospodarczych, które nie byłyby możliwe do osiągnięcia bez zawarcia umowy konsorcjum.

W przedmiotowej sprawie niewątpliwie nie przedstawiono Izbie dowodów bezpośrednio potwierdzających istnienie zmywy między wykonawcami. Żaden z członków konsorcjum nie przyznał się uczestnictwa w nielegalnym porozumieniu, nie złożono żadnych dokumentów, z których wynikałoby bezpośrednio, że konsorcjum zostało zawarte w takim celu. Należało więc ocenić, czy okoliczności i zdarzenia, które w tym postępowaniu wystąpiły, stanowią wystarczającą podstawę domniemania faktycznego, tj. czy zawiązanie konsorcjum przez 9 przedsiębiorców celem złożenia wspólnej oferty w części 2, 4, 5, 6, 7 i niezłożenie przez 8 członków konsorcjum oferty w zakresie części 1 stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji polegający na niedozwolonym porozumieniu ww. wykonawców. W ocenie Izby na tak postawione pytanie należy udzielić odpowiedzi przeczącej.

W pierwszej kolejności Izba zbadała, czy którykolwiek z członków konsorcjum, jakie złożyło ofertę w części 2, 4, 5, 6, 7 zamówienia, samodzielnie spełniał warunki udziału w postępowaniu.

Zgodnie z postanowieniami SIWZ, aby uzyskać zamówienie w części 2, 4, 5, 6, 7 należało posiadać doświadczenie polegające na wykonaniu w okresie 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres wykonywania działalności gospodarczej jest krótszy – w tym okresie, co najmniej 1 pracy polegającej na jednoczesnym wykonywaniu usług z zakresu zagospodarowania lasu, zrywki oraz pozyskania drewna w tym przy użyciu maszyn specjalistycznych (harvester) na kwotę nie mniejsza niż 3.540.000 zł brutto. Kwotę 3.540.000 zł Izba ustaliła poprzez zsumowanie wartości prac, które należało wykazać, ubiegając się o zamówienie w odpowiednich częściach. W przypadku zadania 2 była to kwota 750 000 zł, zadania 4 - 620 000 zł, zadania 5 - 770 000 zł, zadania 6 - 690 000 zł, zadania 7 - 710 000 zł (postanowienia pkt 7.3. SIWZ).

Konieczność zsumowania wartości prac wynikała z postanowień SIWZ. Zamawiający zastrzegł bowiem, że w przypadku składania ofert na więcej niż jeden pakiet suma wartości usług miała być wyższa od sumy wartości prac określonych w pkt. 7.3 dla poszczególnych pakietów. Zastrzeżono również rygor, określając, że odrzuceniu podlegają wszystkie złożone oferty - w przypadku gdy suma wartości usług wskazana w zał. nr 4 będzie niższa od sumy wartości prac określonych dla poszczególnych pakietów w pkt. 7.3 przy składaniu ofert na więcej niż jeden pakiet (pkt 7.4. in fine SIWZ).

Ponadto, zamawiający przewidział w SIWZ ograniczenia możliwości powoływania się na doświadczenie. W pkt 7.4.6 SIWZ wskazano bowiem, że wykonawca celem wykazania spełnienia warunków w postępowaniu wybiera ze wskazanego okresu 3 lat przed upływem terminu składania ofert tj. okresu od dnia 26.11.2010 r. do dnia 25.11.2013 r. (a jeżeli okres

wykonywania działalności gospodarczej jest krótszy – w tym okresie) *prace obejmujące swym zakresem jednocześnie usługi z zakresu zagospodarowania lasu, zrywki i pozyskania drewna w tym przy użyciu maszyn specjalistycznych (harvester), wykonane w okresie jednego wskazanego roku. Wszystkie wykonywane w zał. 4 prace muszą niezależnie od ilości składanych ofert dotyczyć jednego tego samego okresu rocznego.*

Powyższe postanowienia prowadziły zatem do wniosku, że można było złożyć ofertę na kilka pakietów jednak pod warunkiem, że suma wartości brutto wykonanych prac o określonym charakterze wykonanych w ciągu jednego, wybranego roku, musiała być wyższa od sumy wartości prac określonych dla poszczególnych pakietów.

Dokumenty złożone przez konsorcjum, które ubiegało się o zamówienia na pakiety 2, 4, 5, 6, 7 nie świadczyły o tym, aby którykolwiek z członków konsorcjum spełniał warunek w zakresie wiedzy i doświadczenia w ten sposób, aby samodzielnie ubiegać się o wszystkie pakiety.

Do oferty wspólnej konsorcjum załączono zaświadczenia określające wartości prac z zakresu zagospodarowania lasu, zrywki i pozyskania drewna w tym przy użyciu maszyn specjalistycznych (harvester) wykonanych przez niektórych członków konsorcjum wraz z podaniem ich wartości. Zgodnie z zaświadczeniami znajdującymi się w tej ofercie można było ustalić, że:

- 1) A..... B..... posiadał doświadczenie w wykonaniu prac w 2012 r. na kwotę 803.837,62 zł (s. 18 w ofercie),
- 2) M..... L..... posiadał doświadczenie w wykonaniu prac w 2012 r. na kwotę 896 046,48 zł (s. 14 w ofercie),
- 3) J..... L..... posiadał doświadczenie w wykonaniu prac w okresie 1.1.2013 do 19.11.2013 r., na kwotę 1.022.747,92 zł (s. 15 w ofercie),
- 4) R..... B..... posiadał doświadczenie w wykonaniu prac w:
  - a) w 2011 r. w Nadleśnictwie Dębno na kwotę 730.764,49 zł, Leśnictwie Dolsk 471.378,44 zł, Leśnictwie Smoliny 538.512,92 zł (okres najkorzystniejszy),
  - b) w 2012 r. w Nadleśnictwie Dębno na kwotę 995 968,45 zł, w Leśnictwie Smoliny 457.237,71 zł,
  - c) od 1.1.2013 r. do 31.10.2013 r. na kwotę 929.063,26 zł (Nadleśnictwie Dębno), i w okresie od 1.1.2013 r. do 31.10.2013 r. na kwotę 501.586,05 zł (Leśnictwo Smoliny) (s. 16 i 17 w ofercie).

W przypadku A..... B....., Izba mogła ustalić, że dodatkowo może się on legitymować doświadczeniem w wykonaniu analogicznych prac na kwotę ok. 30 tys. zł. Na rozprawie w dniu 21 stycznia 2014 r. świadek A..... B..... zeznał bowiem, że

*Przypominam sobie, że świadczyłem usługi leśne dla innych firm, jednak jest to doświadczenie w wykonywaniu usług o wartości nieznaczej. Wydaje mi się, że jest to ok. 30 tys. zł.*

Ponadto, na podstawie dokumentacji, która została Izbie przekazana przez zamawiającego Izba ustaliła, że Pan M..... A..... w okresie 1.1.2013 r. do 21.11.2013 r. wykonał prace z zakresu zagospodarowania lasu, zrywki i pozyskania drewna w tym przy użyciu maszyn specjalistycznych (harvester) na rzecz Nadleśnictwa Dębno na kwotę 2.184.299,23 zł (zaświadczenie Nadleśnictwa Dębno z 22.11.2013 r., w aktach sprawy). Izba ustaliła ponadto, że Pan M..... A..... posiada doświadczenie w wykonaniu prac leśnych z zakresu zagospodarowania, pozyskania i zrywki drewna na rzecz Nadleśnictwa Dębno: w roku 2011 na kwotę 873.029,37 zł, w roku 2012 r. na kwotę 743.633,72 zł, od 26.11.2012 r. do 21.11.2013 r. na kwotę 2.266.528,21 zł, i w okresie 01.01.2013 - 21.11.2013 r. na kwotę 2.184.299,23 zł (zaświadczenie Nadleśnictwa Dębno w aktach sprawy). Jednakże nie wiadomo, czy ostatnio wskazane doświadczenie dotyczy prac przy użyciu maszyn specjalistycznych (harvester).

Izbie złożono na rozprawie kopię oferty, jaką na część 3 złożyło konsorcjum z udziałem Pana M..... A....., jednakże celem wykazania warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia konsorcjum oparło się wyłącznie o prace wykonane przez drugiego konsorcjanta - Pana K..... . Ponadto złożono Izbie wyniki postępowania o udzielenie zamówienia na wykonywanie prac leśnych w Nadleśnictwie Dębno na rok 2012 r. Na podstawie wyników tego postępowania Izba mogła jedynie ustalić, że M..... A..... uzyskał zamówienie na kwotę 782.170,51 zł (Leśnictwo Reczyce i Kaleńsko). Jeżeli zamówienie zostało należycie wykonane i jeżeli dotyczyło prac wykonanych przy użyciu maszyn specjalistycznych (harvester), czego Izbie nie wykazano, można byłoby ewentualnie przypuszczać, że może się wykazać doświadczeniem w wykonywaniu prac na taką kwotę.

Ponadto, na podstawie dokumentacji, która została Izbie przekazana przez zamawiającego Izba ustaliła, że Pan K..... W..... posiada doświadczenie w wykonaniu prac leśnych z zakresu zagospodarowania, pozyskania i zrywki drewna na rzecz Nadleśnictwa Dębno: w roku 2011 na kwotę 884 998,77 zł, w roku 2012 r. na kwotę 602.361,93 zł (zaświadczenie Nadleśnictwa Dębno w aktach sprawy). Jednakże nie wiadomo, czy doświadczenie to dotyczy prac przy użyciu maszyn specjalistycznych (harvester).

Na podstawie dokumentacji, która została Izbie przekazana przez zamawiającego Izba ustaliła, że Pan P..... B..... posiada doświadczenie w wykonaniu prac leśnych z zakresu zagospodarowania, pozyskania i zrywki drewna, w tym przy użyciu maszyn specjalistycznych (harvester) na rzecz Nadleśnictwa Dębno w okresie od 1.1.2013 do 31.10.2013 na kwotę 929.063,26 zł (zaświadczenie Nadleśnictwa Dębno w aktach sprawy).

Na podstawie dokumentacji, która została Izbie przekazana przez zamawiającego Izba ustaliła, że Pan W..... R..... posiada doświadczenie w wykonaniu prac leśnych z zakresu zagospodarowania lasu, zrywki i pozyskania drewna w tym przy użyciu maszyn specjalistycznych (harvester) na rzecz Nadleśnictwa Dębno w roku 2012 r. na kwotę 2.329.212.17 zł (zaświadczenie Nadleśnictwa Dębno w aktach sprawy).

Izba nie mogła ustalić jakim doświadczeniem w należyтым wykonywaniu prac leśnych o charakterze doprecyzowanym w warunku, legitymuje się Pan G..... W....., gdyż nie przedstawiono na tę okoliczność żadnych dowodów.

Biorąc powyższe pod ustalenia pod uwagę Izba uznała, że stanowisko odwołującego, jakoby wszyscy członkowie konsorcjum spełniali warunki udziału w postępowaniu samodzielnie i nie musieli zawiązywać konsorcjum, należało uznać za nieudowodnione. Nie przedstawiono Izbie dowodów, aby którykolwiek z członków konsorcjum, w którymkolwiek z okresów rocznych, posiadał doświadczenie w wykonaniu pracy polegającej na jednoczesnym wykonywaniu usług z zakresu zagospodarowania lasu, zrywki oraz pozyskania drewna w tym przy użyciu maszyn specjalistycznych (harvester) na kwotę nie mniejszą niż 3.540.000 zł brutto.

Na analogicznych zasadach należałoby również wykazać, że członkowie konsorcjum samodzielnie spełniali pozostałe warunki udziału w postępowaniu, w tym zwłaszcza dotyczące posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej jak i posiadania polisy OC na określone w pkt 7.3 SIWZ kwoty. Również w tym przypadku, w razie ubiegania się o kilka pakietów, należało wykazać sumę ubezpieczenia nie mniejszą niż łączna wartość sum ubezpieczeń dla pakietów na które składa ofertę. Analogicznie, należało wykazać środki finansowe lub zdolność kredytową na kwotę nie mniejszą niż łączna wartość kwot dla pakietów, na które składa ofertę (pkt 12.4 i 12.5 SIWZ). Tego również Izbie nie wykazano.

Izba, w braku dowodu przeciwnego stwierdziła zatem, że konsorcjum zostało zawiązane po to, aby poprzez połączenie potencjałów zwiększyć szanse jego członków na uzyskanie większej liczby pakietów, których nie uzyskaliby, gdyby o zamówienie ubiegali się samodzielnie. Dostrzeżenia wymaga zaś, że łączenie potencjałów celem ubiegania się o zamówienie publiczne jest jednym z podstawowych celów, dla których zawiązuje się konsorcja, o których mowa w art. 23 ustawy Pzp. Działanie takie jest postępowaniem jak najbardziej rynkowym, wpisującym się w reguły normalnej walki konkurencyjnej i nie nosi charakteru zmywy przetargowej, o której mowa w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów. Powyższe znalazło potwierdzenie w zeznaniach świadka A..... B....., który oświadczył, że *konsorcjum, którego jestem członkiem powstało, aby należycie i terminowo wykonać zlecone przez Nadleśnictwo prace. Każdy z konsorcjantów w razie awarii będzie mógł użyć innemu konsorcjantowi maszyny i osoby. Ponadto nie*

*każdy z konsorcjantów mógł złożyć osobną ofertę na ww. pakiety ze względu na brak wymaganej wiedzy i doświadczenia.*

O antykonkurencyjnym porozumieniu nie świadczy fakt, że do oferty wspólnej konsorcjum, celem wykazania warunku osobowego z pkt 7.3. SIWZ, załączono wykazy osób, w których:

- a) w zakresie pakietu 2 wykazano dysponowanie osobami P..... B..... i R..... B.....,
- b) w zakresie pakietu 4 wykazano dysponowanie osobami W..... W..... i K..... W.....,
- c) w zakresie pakietu 5 wykazano dysponowanie osobami J..... L..... i W..... R.....,
- d) w zakresie pakietu 6 wykazano dysponowanie osobami M..... L..... i S..... L.....,
- e) w zakresie pakietu 7 wykazano dysponowanie osobami K..... W..... i G..... W.....

Odwołujący w oparciu o taką treść wykazów osób wywodził, że Pan A..... B....., który nie został ujęty w żadnym z nich, w zamian za rezygnację z wykonywania zamówienia w części 2, 4, 5, 6, 7, w ramach porozumienia, otrzymał możliwość ubiegania się o część 1 zamówienia. Wywodził, że A..... B....., pomimo iż wchodził w skład konsorcjum, które złożyło ofertę wspólną na pakiety 2, 4, 5, 6 i 7, to jednak nie będzie miał z tych części żadnych korzyści, albowiem nie został przez konsorcjum wskazany w wykazie osób. Stanowisko odwołującego jest bezzasadne. Podkreślenia wymaga, że wykazy osób zostały przedstawione wyłącznie celem potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału osobowego. Zgodnie z pkt 7.3 SIWZ, w każdym z analizowanych pakietów należało wykazać dysponowanie:

- a) co najmniej 1 osobą legitymującą się specjalistycznym wykształceniem „leśnym” (wyższe studia o kierunku leśnictwo, wykształcenie średnie o kierunku leśnictwo, studium zawodowe świadczenia usług na rzecz leśnictwa),
- b) co najmniej 1 osobą posiadającą aktualne zaświadczenie o ukończeniu szkolenia w zakresie stosowania środków ochrony roślin zgodnie z ustawą z dnia 8 marca 2013 r. o środkach ochrony roślin – tekst jedn. Dz. U. z 2013 r. Nr 455.

Na potwierdzenie tych warunków, w myśl pkt 8.1.3 SIWZ, zamawiający żądał złożenia wykazu osób. Biorąc powyższe pod uwagę, treść wykazów należało interpretować z uwzględnieniem celu dla którego były składane. Taki kształt wykazów osób nie świadczył w szczególności w żaden sposób o tym, że Pan A..... B..... nie będzie uczestniczył

w zyskach konsorcjum z tytułu wspólnego wykonywania zamówienia. Wskazanie określonych osób w wykazie nie ma przełożenia na prawa i zobowiązania członków konsorcjum wynikające ze złożenia oferty wspólnej. Każdy z członków konsorcjum jest jednakowo uprawniony do partycypowania w zyskach, jakie przyniesie realizacja zamówienia w tych pakietach. Na analogicznych zasadach ponosi odpowiedzialność za nienależyte wykonanie zamówienia. Powyższe reguły dotyczą również Pana A..... B....., jako członka konsorcjum.

Uszło uwadze odwołującego to, że konsorcjum, w punkcie 5 formularza cenowego jako podwykonawców wskazało inne podmioty, nie obejmujące osób wskazanych w wykazie osób. Istotą podwykonawstwa jest wykonywanie części zamówienia przez podwykonawców. Zatem również podwykonawcy będą w pewnej części uczestniczyć w zyskach całego konsorcjum, jakie im przypadną na podstawie umowy o podwykonawstwo.

W tym zakresie słuchany w trakcie rozprawy świadek A..... B..... zeznał, iż *Nie uzgadnialiśmy pomiędzy sobą, kto będzie wykonywał konkretny pakiet, to miało się dopiero okazać po rozstrzygnięciu postępowania przez zamawiającego. Osoby wskazane w wykazie osób pojawiły się tam celem wykazania warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania przez wykonawcę osobą posiadającą wykształcenie leśne, oraz drugą osobą, która ukończyła szkolenie w zakresie środków ochrony roślin. Każdy z konsorcjantów posiada wykształcenie leśne, niektórzy posiadają szkolenie w zakresie ochrony roślin. Ja posiadam wykształcenie leśne, natomiast nie odbyłem szkolenia.*

Za normalne działanie konsorcjantów należało również uznać dzielenie pomiędzy nich kosztów sporządzenia oferty wspólnej (np. kosztów wniesienia wadium, por. gwarancje wadialne, s. 100-103 oferty). Nieprawdą jest aby zaświadczenia z ZUS i Urzędu Skarbowego dotyczące członków konsorcjum zostały wystawione w takich samych datach. Przykładowo zaświadczenia z ZUS wystawiano w różnych dniach (9.10.2013 r., 17.10.2013 r., 6.11.2013 r., 10.10.2013 r., 22.10.2013 r., 18.10.2013 r., por. str. 79 i n. oferty). Jednakże nawet gdyby tak było, to zasady wiedzy i doświadczenia życiowego podpowiadają, że – z uwagi na określony termin składania ofert oraz ograniczoną w czasie aktualność tych zaświadczeń - uzyskiwane są przez wykonawców w czasie zbliżonym, bliskim terminowi składania ofert. Nie ma również żadnych przeszkód, aby jeden z członków konsorcjum uzyskał zaświadczenia z właściwych organów w tym samym dniu działając w imieniu i na rzecz pozostałych konsorcjantów.

Niezasadne jest stanowisko odwołującego przedstawione na rozprawie, zgodnie z którym gdyby Pan A..... B..... został wskazany w wykazie osób załączonym do oferty konsorcjum złożonej na części 2, 4, 5, 6, 7, to nie mógłby złożyć oferty na pakiet nr 1.



Nie ma żadnych zależności pomiędzy wpisaniem bądź niewpisaniem jakiegoś członka konsorcjum w wykazie osób w ofercie wspólnej, a możliwością lub niemożnością złożenia oferty przez tego konsorcjanta w innej części zamówienia.

O zakazanej zmwie przetargowej nie świadczyła okoliczność, że na część 1 zamówienia ofertę wspólnie z M..... Ś..... złożył Pan A..... B....., jednocześnie wskazując w formularzu cenowym jako podwykonawców: M..... A....., P..... B....., M..... L....., J..... L....., K..... W....., G..... W....., W..... R....., R..... B..... i S..... U....., czyli członków konsorcjum, które złożyło ofertę wspólną na pakiety 2, 4, 5, 6, 7. Z nieustalonych przyczyn, członkowie konsorcjum nie zdecydowali się na złożenie oferty na pakiet 1. Z ustawy Pzp nie wynika obowiązek ofertowania. Postępowanie dowodowe nie przyniosło żadnych ustaleń, które odnosiły się do sfery motywacyjnej członków konsorcjum. Odwołujący nie zaferował Izbie żadnych dowodów na te okoliczności, przykładowo w postaci zeznań członków konsorcjum jako świadków. Nie wiadomo zatem dlaczego nie zdecydowali się na złożenie oferty dotyczącej części 1 zamówienia. W braku dowodu przeciwnego Izba stwierdziła zatem, że fakt niezłożenia oferty na pakiet 1 przez innych, aniżeli Pan A..... B....., członków konsorcjum, które złożyło ofertę wspólną na pakiet 2, 4, 5, 6 i 7 mogło być również następstwem innych okoliczności, np. przyjętych przez te osoby strategii biznesowych, a nie antykonkurencyjnego porozumienia.

O zmwie przetargowej, wbrew stanowisku odwołującego, nie świadczą również podane w ofertach różne stawki jednostkowe za wykonywanie robót leśnych zaferowane w poszczególnych pakietach. Odwołujący wywodził, że skoro rodzaj pracy jest ten sam, to stawki jednostkowe powinny być takie same. W ocenie Izby, nie jest przejawem zmwie różnicowanie cen w pakietach. To raczej ceny jednolite mogą rodzić wątpliwości co do istnienia zmwie. Ponadto każde z leśnictw, których dotyczą poszczególne pakiety, znajduje się w innej odległości od siedziby wykonawców. Różnica w zaferowanej cenie mogła wynikać z odmiennej kalkulacji kosztów dojazdu, innych sposobów (metod) pozyskiwania drewna w określonych leśnictwach.

Reasumując zatem, zarzut należało uznać za chybiony.

Odnosnie zarzutu, dotyczącego opatrzenia niektórych oświadczeń i dokumentów złożonych wraz z ofertą konsorcjum B.....-Ś..... na część 1 zamówienia, Izba stwierdziła, że zarzut potwierdził się w ustalonym stanie faktycznym. Jednocześnie jednak za

nieprawidłową należało uznać wskazaną przez odwołującego kwalifikację prawną i towarzyszące jej żądanie.

W pierwszej kolejności dostrzeżenia wymagało, że odwołujący w odwołaniu wskazał, iż oferta zawierała podpisy, lecz nie naniesione przez osoby do tego uprawnione, pomimo posłużenia się ich danymi personalnymi. Podniósł ponadto, że oprócz samej oferty także załączniki nie zostały podpisane przez wykonawcę. Na poparcie swej tezy załączył do odwołania prywatną ekspertyzę grafologiczną. W treści tej ekspertyzy badane i zakwestionowane zostały podpisy o treści „A..... B.....” złożone na następujących oświadczeniach i dokumentach:

- 1) zapytanie o udzielenie informacji o osobie z dnia 15 listopada 2013 r.,
- 2) oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu z dnia 20 listopada 2013 r.,
- 3) oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia z postępowania z dnia 20 listopada 2013 r.,
- 4) zaświadczenie o niezaleganiu z opłacaniem składek z 18 października 2013 r.,
- 5) zaświadczenie o niezaleganiu z opłacaniem podatków z 22 października 2013 r.,
- 6) polisa OC Uniqua nr 900-A185942,
- 7) pełnomocnictwo z dnia 20 listopada 2013 r.

Na rozprawie w dniu 21 stycznia 2014 r., na pytanie przewodniczącego, które konkretnie podpisy kwestionuje i czy są to podpisy o których mowa w ekspertyzie prywatnej, odwołujący wyjaśnił, że chodzi o podpisy wskazane w ekspertyzie prywatnej. Oświadczył wyraźnie, że kwestionuje podpisy rzekomo należące do Pana A..... B....., oznaczone w opinii pozasądowej numerami od 1 do 9, przy czym wskazał, że na stronie 1 opinii pozasądowej błędnie wskazano, że kwestionuje się podpis znajdujący się na oświadczeniu o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu z 22 listopada 2013 r. W rzeczywistości jest to oświadczenie z 20 listopada 2013 r. Analogicznie błąd dotyczy daty oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu. Nie pochodzi ono z 22 listopada 2013 r., jak błędnie wskazano w ekspertyzie pozasądowej, ale z 20 listopada 2013 r. Ponadto odwołujący wyjaśnił, że wszystkie kwestionowane podpisy pochodzą z oferty A..... B..... i M..... Ś..... złożonej na pakiet nr 1.

Następnie odwołujący konsekwentnie wniósł o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego sądowego grafologa na okoliczność, czy podpisy złożone na następujących dokumentach: zapytanie o udzielenie informacji o osobie z dnia 15 listopada 2013 r., oświadczenie o spełnieniu warunków z udziału w postępowaniu z dnia 20 listopada 2013 r., oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia z dnia 20 listopada 2013 r., zaświadczenie o zaleganiu z opłacaniem składek z 18 października 2013 r., zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach z 22 października 2013 r., polisa OC Uniqua nr 900-A185942 i pełnomocnictwo z dnia 20

listopada 2013 r., zostały złożone przez Pana A..... B....., czy też nie pochodzą od tej osoby.

Biorąc pod uwagę powyższe stanowisko odwołującego, przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę było to, czy tak sprecyzowane podpisy zostały złożone przez Pana A..... B..... .

Izba postanowiła dopuścić dowód z opinii biegłego sądowego z zakresu kryminalistyki prof. dr hab. T..... T..... Na podstawie postanowienia Izby zostały sporządzone: opinia z 10 marca 2014 r. i opinia uzupełniająca z 19 maja 2014 r. Opinia z 10 marca 2014 r. została sporządzona przy wykorzystaniu – jako materiału porównawczego – wzorów rękopiśmienniczych A..... B..... pobranych na rozprawie, a składających się z 3 wzorów podpisów, zespołu podpisów czytelnych na 3 kartach i długich zapisów tekstowych na 2 kartach. Po przeprowadzeniu badania biegły stwierdził we wnioskach, że kwestionowane podpisy prawdopodobnie nie zostały nakreślone przez A..... B....., który złożył wzory podpisów pobrane jako materiał porównawczy. Biegły wskazał, że *dla potwierdzenia wniosków końcowych opinii i sformułowania ich w sposób kategoriyczny celowe byłoby dysponowanie szerszym materiałem porównawczym, obejmującym zwłaszcza wzory bezwplywowe, umożliwiające zbiektywizowaną weryfikację dokonanych ustaleń.*

Na rozprawie w dniu 14 kwietnia 2014 r. Izba postanowiła uwzględnić wniosek odwołującego o dopuszczenie dowodu z opinii uzupełniającej biegłego na wskazywane wcześniej okoliczności. Opinia ta miała zostać sporządzona w oparciu o szerszy materiał porównawczy, obejmujący również bezwplywowe wzory pisma. Izba w tym zakresie postanowiła na podstawie § 24 ust. 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań, zobowiązać zamawiającego do złożenia znajdujących się w jego posiadaniu: oryginału oświadczenia A..... B..... z dnia 24 stycznia 2014 r. o przedłużeniu terminu związania ofertą, oryginału umów zawartych pomiędzy A..... B..... a Nadleśnictwem Dębno w okresie od 2010 r. do chwili obecnej, oryginału listy obecności uczestników zebrania wraz z podpisami osób uczestniczących w zebraniu odbywającego się w 4 kwartale 2013 r., oryginału listy obecności z dnia 26 listopada 2013 r. z otwarcia ofert wraz z podpisami osób uczestniczących w zebraniu. Dokumenty te zostały przez zamawiającego udostępnione. Jako materiał porównawczy uwzględniono także dokumenty zatytułowane „Zlecenie”. Dokumenty te w oryginale zostały złożone przez odwołującego, zaś świadek A..... B....., na rozprawie w dniu 21 stycznia 2014 r. zeznał, że podpisy na nich znajdujące się, pochodzą od niego.

Zatem, dla celów sporządzenia opinii uzupełniającej, do materiału porównawczego zaliczono wpływowe wzory rękopiśmienne A..... B....., wzięte pod uwagę w opinii z dn. 10 marca 2014 r., a ponadto uzupełnione bezwzględne wzory pisma tej osoby:

- podpisy o zakładanym brzmieniu B..... występujące w 19 dokumentach zatytułowanych „Zlecenie” z dn. 24.02.2011, 1.03.2011, 5.03.2011, 6.03.2011, 9.03.2011, 29.03.2011, 10.06.2011, 10.06.2011, 24.06.2011, 4.08.2011 (trzy dokumenty), 8.08.2011, 26.09.2011 (pięć dokumentów), 25.11.2011 r.;
- podpis o zakładanym brzmieniu B..... występujący w dokumencie „Zlecenie” z dn. 1.08.2011 r.
- podpis o zakładanym brzmieniu B..... występujący w dokumencie „Zlecenie” z dn. 14.09.2011 r.
- podpis o zakładanym brzmieniu B..... A..... występujący w dokumencie „Lista obecności” z dn. 15.10.2013 r.,
- podpis o brzmieniu B..... występujący w dokumencie „Lista osób uczestniczących w otwarciu ofert” z dn. 26.11.2013 r.,
- podpis o brzmieniu A..... B....., a ponadto 8 podpisów w formie inicjałów BA, występujące w dokumencie „Umowa nr 2710-05-12” z dn. 21.12.2011 r.,
- podpis o brzmieniu A..... B..... oraz długi zapis tekstowy, tworzące dokument „Oświadczenie” z dn. 24.01.2014 r.

Na podstawie tak zgromadzonego materiału dowodowego i porównawczego biegły stwierdził w opinii uzupełniającej, że *czytelne podpisy o zakładanym brzmieniu „A..... B.....” określone wcześniej jako materiał dowodowy, nie zostały nakreślone przez osobę (A..... B.....), od której pochodził materiał porównawczy. W treści opinii biegły wywiódł, że Przeprowadzone w opinii uzupełniającej badania, z uwzględnieniem dodatkowego materiału porównawczego, nie wpłynęły na kierunek opiniowania przedstawiony w pierwszej opinii w przedmiocie nienakreślenia spornych podpisów przez A..... B....., natomiast podniosły prawdopodobieństwo tego wniosku - aż do kategoriycznych ustaleń. Uzupełniający bezwzględny materiał porównawczy nie tylko bowiem potwierdził wcześniej ustalone różnice pomiędzy materiałem dowodowym a porównawczym, ale pozwolił także na stwierdzenie, że cechy grafizmu stanowiące podstawę identyfikacji negatywnej są w spontanicznie kreślonych (bezwzględnych) wzorcach porównawczych silnie nawykowe. Brak ich powtórzeń w materiale dowodowym, mimo wystąpienia także cech zgodnych, o jakich była mowa w pierwszej opinii, wyklucza A.B..... jako wykonawcę spornych sygnatur.*

Izba nie znalazła podstaw do odmówienia wiarygodności opinii biegłego. Opinia pochodziła od T..... T....., prof. dr hab., profesora zw. w Katedrze Kryminalistyki Uniwersytetu Warszawskiego, biegłego sądowego Sądu Okręgowego w Warszawie. Sporządzona została przez specjalistę z właściwej – z punktu widzenia przedmiotu opinii - dziedziny nauki tj. kryminalistyki. Wątpliwości nie budzą kwalifikacje osoby sporządzającej opinię, ani opisane metody badawcze. Opinia została sporządzona ponadto w sposób jasny, przejrzysty.

Tym samym Izba odmówiła wiarygodności zeznaniom świadka A..... B....., który na rozprawie w dniu 21 stycznia 2014 r., po okazaniu mu oświadczeń i dokumentów, stanowiących materiał dowodowy zeznał, że podpisy o treści „A..... B.....” złożone na zapytaniu o udzieleniu informacji o osobie z dnia 15 listopada 2013 r., oświadczeniu o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu z 20 listopada 2013 r., oświadczeniu o braku podstaw do wykluczenia z 20 listopada 2013 r., zaświadczeniu o niezaleganiu z opłacaniem składek z 18 października 2013 r., zaświadczeniu o niezaleganiu w podatkach z 22 października 2013 r., polisie OC Uniqua oraz na pełnomocnictwie z dnia 20 listopada 2013 r., są jego podpisami. Zeznania świadka pozostawały w sprzeczności z ustaleniami opinii biegłego, którą Izba uznała za wiarygodną, z przyczyn wskazanych wcześniej.

Strony i uczestnicy postępowania nie zakwestionowali metod badawczych, kwalifikacji biegłego, jak również wniosków opinii i opinii uzupełniającej. Biorąc powyższe Izba ustaliła, że kwestionowane podpisy na wskazanych wyżej oświadczeniach i dokumentach nie pochodzą od A..... B..... .

W dalszej kolejności należało ocenić skutki, jakie na gruncie ustawy Pzp należało wiązać z tak ustalonym stanem faktycznym.

Izba nie podziela stanowiska zamawiającego, który – pomimo opisanych ustaleń opinii biegłego – podniósł, że odwołanie powinno zostać oddalone. Argumentował, że zamawiający nie miał podstaw aby powziąć wątpliwości co do autentyczności spornych podpisów. Powołał się na odpowiedzi biegłego z 19 czerwca 2014 r. na pytania dotyczące treści opinii uzupełniającej. Z odpowiedzi biegłego na jedno z pytań wynikało, iż *osoba nieposiadająca wiedzy specjalnej w zakresie kryminalistycznych badań pismoznawczych mogłaby nie zauważyć różnic pomiędzy materiałem dowodowym i porównawczym bez ich wskazania w opinii i na materiale poglądowym.*

Izba wzięła pod uwagę, że choć możliwości zamawiającego w wyjaśnieniu kwestii tego rodzaju, są ograniczone, to jednak istniały. W myśl art. 21 ust. 4 ustawy Pzp, jeżeli dokonanie określonych czynności związanych z przygotowaniem i przeprowadzeniem

postępowania o udzielenie zamówienia wymaga wiadomości specjalnych, kierownik zamawiającego, z własnej inicjatywy lub na wniosek komisji przetargowej, może powołać biegłych. Dostrzeżenia wymagało, że pełnomocnik odwołującego, pismem z dnia 12 grudnia 2013 r., doręczonym zamawiającemu 16 grudnia 2013 r., a więc jeszcze przed rozstrzygnięciem postępowania, które miało miejsce 20 grudnia 2013 r., sygnalizował zamawiającemu, iż w jego ocenie nastąpiły w postępowaniu nieprawidłowości, polegające na możliwości podrobienia podpisu. Zamawiający nie skorzystał z możliwości wyjaśnienia tej kwestii, poprzez powołanie biegłego czy choćby wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień. Ponadto, do odwołania z 30 grudnia 2013 r. odwołujący załączył grafologiczną ekspertyzę prywatną, która uprawdopodobniała tę tezę. Również i na tym etapie zamawiający nie podjął żadnych czynności wyjaśniających i w konsekwencji nie skorzystał z możliwości samodzielnego sanowania wadliwych czynności w postępowaniu.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że ustalony stan faktyczny nie prowadził do konieczności odrzucenia przez zamawiającego oferty złożonej przez konsorcjum Borkowski-Śpiewak, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, z powodu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, o co wnosił odwołujący.

Oświadczenia i dokumenty, na których znajdowały się podpisy nie pochodzące od A..... B....., są – na gruncie ustawy Pzp – dokumentami składanymi na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu (art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp). Uszła uwadze odwołującego zasadnicza różnica pomiędzy dwiema, kompletnie różnymi instytucjami ustawy Pzp, tj. treścią oferty i dokumentami składanymi na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu. Pojęcie treści oferty, o którym mowa w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, odnosi się do sfery przedmiotowej zamówienia (zaoferowanej usługi, dostawy, roboty budowlanej). Odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp skutkuje niezgodność oferowanego świadczenia (treści oferty) z postanowieniami treści SIWZ dotyczącymi przedmiotu zamówienia. Kwestionowane w odwołaniu oświadczenia i dokumenty, na gruncie ustawy Pzp, niewątpliwie nie są treścią oferty. Warunki udziału w postępowaniu służą wykazaniu potencjału technicznego, osobowego, finansowego, ekonomicznego oraz wiedzy i doświadczenia wykonawcy ubiegającego się o zamówienie. Na tej podstawie zamawiający może ocenić, czy wykonawca jest podmiotowo zdolny do wykonania zamówienia i czy daje rękojmię należytego jego wykonania. Sporne dokumenty i oświadczenia dotyczą zatem strony podmiotowej zamówienia (wykonawcy).

Dostrzeżenia wymaga, że ustawa Pzp łączy z niezłożeniem przez wykonawcę wymaganych przez zamawiającego oświadczeń i dokumentów rozmaite skutki, zależne od ich charakteru. W przypadku niezłożenia oświadczeń i dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, jak również pełnomocnictw, skutkiem jest

konieczność wezwania przez zamawiającego do ich uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Dopiero w razie nieuzupełnienia przez wykonawcę oświadczeń i dokumentów na potwierdzenie warunku w wyznaczonym terminie, aktualizuje się po stronie zamawiającego obowiązek wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Jedynie w razie niezachowania formy pisemnej oferty, ustawa łączy z tym skutek odrzucenia oferty na art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, jako sprzecznej z ustawą. Jednakże oferta złożona przez konsorcjum B.....-Ś..... została sporządzona w wymaganej przez ustawodawcę w art. 82 ust. 2 ustawy formie pisemnej. O zachowaniu formy pisemnej świadczą podpisy A..... B..... i M..... Ś....., znajdujące się na formularzu oferty. Uszło uwadze odwołującego, że nie zakwestionował on autentyczności podpisu A..... B..... na formularzu oferty.

Jak wynikało z treści opinii biegłego, oświadczenie o spełnianiu warunków z udziału w postępowaniu z dnia 20 listopada 2013 r. i oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia z dnia 20 listopada 2013 r. nie zostało podpisane przez Pana A..... B..... W tej sytuacji obowiązkiem zamawiającego było wezwanie wykonawcy do ich uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, czego zamawiający zaniechał. Zatem Izba nakazała zamawiającemu wykonanie tej czynności.

Jak wynikało z opinii uzupełniającej biegłego, nie pochodziły również od A..... B.....:

- 1) podpis czytelny występujący obok zapisu: „za zgodność” w polisie nr 900-A 185942 wystawionej przez „Uniqua” Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. dla podmiotu „Zakład Usług Leśnych A..... B.....” z dn. 3.01.2013 r.,
- 2) podpis czytelny, występujący obok zapisu: „za zgodność” w dokumencie „Zaświadczenie o niezaleganiu w opłacaniu składek” z dn. 18.10.2013 r.,
- 3) podpis czytelny, występujący obok zapisu: „za zgodność” w dokumencie „Zapytanie o udzielenie informacji o osobie” z dn. 11.11.2013 r.,
- 4) dwa podpisy czytelne, występujące obok zapisów: „za zgodność” w dokumencie „Zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach lub stwierdzające stan zaległości” z dn. 22.10.2013 r.

W myśl pkt 12.9 SIWZ dokumenty te miały być złożone w oryginale lub w formie kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. Złożone kserokopie nie zostały poświadczonych za zgodność z oryginałem przez wykonawcę, lecz przez inną osobę. W tej sytuacji obowiązkiem zamawiającego było wezwanie wykonawcy do ich uzupełnienia w prawidłowej formie, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, czego zamawiający zaniechał. Zatem

Izba nakazała zamawiającemu wykonanie tej czynności. W ocenie Izby czynność wezwania powinna być ograniczona do uzupełnienia:

- a) aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego, o której mowa w pkt 8.2.5 SIWZ, w odniesieniu do Pana A..... B.....,
- b) aktualnego zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego, o którym mowa w pkt 8.2.3. SIWZ, w odniesieniu do Pana A..... B.....,
- c) aktualnego zaświadczenia właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego, o którym mowa w pkt 8.2.4 SIWZ, w odniesieniu do Pana A..... B.....

Izba nie nakazała zamawiającemu wezwania konsorcjum B.....-Ś..... do uzupełnienia opłaconej polisy OC. Faktem jest, że polisa OC 900-A 185942 dotycząca ubezpieczenia OC Pana A..... B....., nie została złożona w prawidłowej formie. Jednakże wraz z ofertą złożono prawidłową polisę OC drugiego członka konsorcjum - Pani M..... Ś..... na kwotę 50.000 zł, czym wykazano warunek z pkt 7.3.1.2 SIWZ. Zgodnie z powoływanym postanowieniem, zamawiający wymagał od wykonawcy udokumentowania posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę ubezpieczenia nie mniejszą niż 20 000 zł. Podkreślić jednak należy, iż w myśl pkt 7.4.2. SIWZ dopuścił, aby warunki udziału w postępowaniu, opisane w pkt 7.2 w zw. z pkt 7.3. wykonawcy ubiegający się wspólnie o udzielenie zamówienia mogli spełniać łącznie. Izba uznała w tej sytuacji, że konsorcjum – jako całość - wykazało spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Zatem Izba uznała, że wzywanie konsorcjum B.....-Ś..... do uzupełnienia polisy OC dla A..... B..... w prawidłowej formie byłoby bezcelowe.

Izba nie nakazała zamawiającemu również wzywać konsorcjum B.....-Ś..... do uzupełniania pełnomocnictwa do złożenia oferty. Wprawdzie, jak ustalono na podstawie opinii biegłego, podpis znajdujący się na pełnomocnictwie z 20 listopada 2013 r. nie należał do A..... B..... Izba wzięła jednak pod uwagę, że – jak wynikało z treści tego pełnomocnictwa - jego celem było umocowanie A..... B..... do reprezentowania w postępowaniu konsorcjum B.....-Ś..... Dla osiągnięcia takiego celu wystarczającym był podpis Pani M..... Ś....., który został złożony i nie był kwestionowany.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględni odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało



wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów miało miejsce w analizowanej sprawie.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 oraz art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. Nr 41 poz. 238).

Izba uznała za uzasadnione następujące koszty poniesione przez odwołującego:

- a) wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3.600,00 zł,
- b) dojazdu pełnomocnika na rozprawę przed Izbą w wysokości 1703,22 zł,
- c) dojazdu strony na rozprawę przed Izbą w wysokości 1497,65 zł,
- d) sporządzenia prywatnej ekspertyzy grafologicznej w wysokości 506 zł.

Wysokość kosztów ustalono na podstawie rachunków złożonych do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b przywoływanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r.

Izba nie uznała za uzasadnione kosztów pełnomocnika odwołującego, poniesionych z tytułu osobistego dostarczenia do siedziby Izby pisma procesowego wraz z dokumentami zleceń, które stanowiły część materiału porównawczego wykorzystanego przy sporządzeniu opinii biegłego. Izba stwierdziła, że dokumenty te, odpowiednio zabezpieczone, mogły zostać przesłane Izbie, choćby za pośrednictwem kuriera.

**Przewodniczący:** .....