

Sygn. akt: KIO 352/17

WYROK

z dnia 9 marca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska - Romek

**Członkowie: Katarzyna Brzeska
Przemysław Dzierzędzki**

Protokolant: Sylwia Jankowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 marca 2017 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w 24 lutego 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **S. S., prowadzącego działalność gospodarczą pn. Zakład Usług Leśnych S. S. oraz W. S., prowadzącego działalność gospodarczą pn. Usługi Leśne i Transportowe W. S., ul. Przylep-Strumykowa 3, 66-015 Zielona Góra** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa- Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe, Nadleśnictwo Wymiarki, ul. Łąkowa 1, 68-131 Wymiarki**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **K. S., prowadzący działalność gospodarczą pn. Zakład Usług Leśnych Gaj K. S., Forst&Transport Sp. z o.o., M. U., prowadząca działalność gospodarczą pn. Laspol M. U., G. U., prowadzący działalność gospodarczą pn. Laspol G. U., G. K., prowadzący działalność gospodarczą pn. Zakład Usług Leśnych G. K., adres dla lidera konsorcjum: ul. Górna 12, 68-213 Lipinki Łużyckie** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia S. S., prowadzącego działalność gospodarczą pn. Zakład Usług

Leśnych S. S. oraz W. S., prowadzącego działalność gospodarczą pn. Usługi Leśne i Transportowe W. S., ul. Przylep-Strumykowa 3, 66-015 Zielona Góra i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych), uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **S. S., prowadzącego działalność gospodarczą pn. Zakład Usług Leśnych S. S. oraz W. S., prowadzącego działalność gospodarczą pn. Usługi Leśne i Transportowe W. S., ul. Przylep-Strumykowa 3, 66-015 Zielona Góra** tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 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 **Zielonej Górze**.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający - Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Wymiarki - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Wymiarki w roku 2017. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 29 listopada 2016r. pod poz. S230 419274-2016.

W dniu 24 lutego 2017 r. Odwołujący - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: S. S., prowadzący działalność gospodarczą pn. Zakład Usług Leśnych S. S. oraz W. S., prowadzący działalność gospodarczą pn. Usługi Leśne i Transportowe W. S. - wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego, które w konsekwencji doprowadziły do wyboru w ramach pakietu nr 1 jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum firm: K. S., prowadzący działalność gospodarczą pn. Zakład Usług Leśnych Gaj K. S., Forst&Transport Sp. z o.o., M. U., prowadząca działalność gospodarczą pn. Laspol M. U., G. U., prowadzący działalność gospodarczą pn. Laspol G. U., G. K., prowadzący działalność gospodarczą pn. Zakład Usług Leśnych G. K. (zwany dalej Przystępującym).

Odwołujący zarzucił czynnościom Zamawiającego naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez niezapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w związku z naruszeniem niżej wymienionych przepisów,
2. art. 26 ust.3a w zw. art. 23 ust.2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania konsorcjum firm o nazwie Forst i Spółka do przedstawienia prawidłowego pełnomocnictwa do reprezentowania konsorcjum.
3. art. 24 ust.4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy konsorcjum firm o nazwie Forst i Spółka do złożenia wyjaśnień kto wchodzi w skład konsorcjum czy Pani A. S., czy spółka Forst &Transport sp. z o.o.
4. art. 26 ust.3 w zw. z art. 24 ust.1 pkt. 14 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania konsorcjum do przedstawienia zaświadczenia o niekaralności urzędującego członka spółki Forst &Transport sp. z o.o.
5. art. 26 ust.3 i 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania przez Zamawiającego wybranego konsorcjum Forst i Spółka do przedstawienia dokumentu potwierdzającego w sposób prawidłowy jego zdolność finansową lub złożenia wyjaśnień w tym zakresie,
6. art. 22d ust. 2 ustawy Pzp poprzez pominięcie przy ocenie ofert faktu, że zaangażowanie zasobów osobowych wybranego wykonawcy tj. konsorcjum firm o nazwie

FORST i SPÓŁKA w inne przedsięwzięcia gospodarcze może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia i w tym zakresie zaniechanie wykluczenia konsorcjum o nazwie Forst i Spółka z postępowania na podstawie art.24 ust.1 pkt 12 ustawy Pzp,

7. art. 24 ust.1 pkt 20 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia konsorcjum o nazwie Forst i Spółka z postępowania pomimo, że wykonawca ten zawarł porozumienie mające na celu naruszenie konkurencji,

8. art. 89 ust.1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy konsorcjum o nazwie Forst i Spółka pomimo, że jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

W ocenie Odwołującego, naruszenie w/w przepisów w konsekwencji doprowadziło do wyboru oferty, która nie może być uznana za najkorzystniejszą, co uchybia dyspozycji art. 91 ust. 1 ustawy.

Odwołujący, wskazując na interes we wniesieniu odwołania oraz możliwość poniesienia szkody, wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty konsorcjum o nazwie FORST i SPÓŁKA jako najkorzystniejszej,
2. powtórzenia badania oceny ofert,
3. wykluczenie wykonawcy konsorcjum o nazwie FORST i SPÓŁKA z postępowania;
4. odrzucenie oferty konsorcjum o nazwie FORST i SPÓŁKA,
5. wyboru oferty najkorzystniejszej spośród wszystkich ważnych ofert złożonych przez wykonawców niepodlegających wykluczeniu z postępowania.

Odnosnie zarzutu dotyczącego naruszenia zasad uczciwej konkurencji, Odwołujący nie zgadzając się z decyzją Zamawiającego z dnia 16 lutego o wyborze oferty konsorcjum Forst i spółka jako najkorzystniejszej podniósł, że wybrany wykonawca w zaistniałych okolicznościach składając ofertę w ramach konsorcjum o nazwie FORST i SPÓŁKA z dużym prawdopodobieństwem dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 6 ust.1 pkt. 7 ustawy z dnia 17 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów. Przepisy ustawy Pzp przykładają dużą wagę do eliminowania wykonawców, których działania zmierzają do naruszania zasad uczciwej konkurencji szczególnie, gdy działania te przybierają formę zmwów przetargowych. Przepis art.24 ust.1 pkt 20 oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp wskazują na bezwzględny obowiązek eliminowania wykonawców naruszających uczciwą konkurencję.

O tym, że jedną z form zmowy przetargowej może być także konsorcjum przesądza wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 8 czerwca 2016 r., w sprawie pod sygnaturą akt VI ACa 651/15, w którym sąd przesądził, iż nie można zgodzić się ze stanowiskiem, zgodnie z którym statusu zmowy przetargowej w rozumieniu art 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nie mają tzw. konsorcja przetargowe, polegające na złożeniu

przez dwóch lub więcej niezależnych przedsiębiorców jednej oferty w ramach danego przetargu. Sąd wyjaśnił, iż Konsorcjum nie jest odrębnym przedsiębiorcą, nie posiada osobowości prawnej jako odrębny podmiot, gdyż to konsorcjanci zachowują status odrębnych przedsiębiorców. Konsorcjum nie posiada własnego majątku, odrębnego od majątku konsorcjantów, a każdy z konsorcjantów zachowuje posiadane tytuły prawne do przedmiotów, przy pomocy których w ramach kooperacji (umowy konsorcjum) będzie wykonywał swoje zadania. W takiej sytuacji ocena zachowania (zwykle działania) nie może dotyczyć konsorcjum jako podmiotu prawa, ale wyłącznie działań poszczególnych uczestników tej formy współpracy. Do naruszenia zakazu określonego w tym przepisie może dojść, gdy co najmniej dwóch niezależnych „przedsiębiorców mających opisane wyżej cechy zawiera porozumienie określone we wskazanym przepisie”. Konsorcja, podobnie jak inne formy kooperacji między przedsiębiorcami, stanowią porozumienia których cele i skutki powinny być oceniane w aspekcie ograniczenia konkurencji, co ma szczególne znaczenie w procedurze prawa zamówień publicznych z uwagi na przepisy art. 24 ust. 1 pkt 20 oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Odwołujący powołał także orzeczenie KIO z dnia 11.05.2016 sygn akt KIO 648/16. Ponadto Odwołujący zauważył, że dzisiejszy poziom nauki nie pozwala na przeprowadzenie bezpośredniego dowodu na okoliczność zamiaru stron, tj. zamiaru działania celem zakłócenia konkurencji. W taki przypadku koniecznym jest zbadanie wszelkich okoliczności powiązanych co pozwoli na wywiedzenie określonych faktów z innych faktów, które są obiektywnie możliwe do stwierdzenia. Odwołujący podniósł, że w założeniu kooperacja w ramach konsorcjum jest przeznaczona dla podmiotów, które same nie byłyby w stanie uzyskać zamówienia publicznego. Duże i silne ekonomicznie podmioty, mający stosowne doświadczenia w danej branży, które samodzielnie spełniają wymogi zamówienia publicznego, zwykle nie są zainteresowane taką kooperacją, jako że bardziej zasadne jest skorzystanie z innych przedsiębiorców w ramach stosunku podwykonawstwa. W wyniku zawartej umowy konsorcjum jej członkowie łączą bowiem swoje potencjały ekonomiczne i finansowe, ale również zasoby ludzkie i techniczne (sprzętowe), co ma pozwolić na efektywny start w przetargu, czyli uzyskanie zamówienia publicznego, a następnie jego wykonanie. Zatem w założeniu taka kooperacja powinna służyć słabszym przedsiębiorcom, którzy startując samodzielnie, nie byłiby w stanie pokonać konkurentów.

W ocenie Odwołującego, uczestnicy konsorcjum FORST i SPÓŁKA byli w stanie samodzielnie wziąć udział w przetargu na wykonanie usług z zakresu gospodarki leśnej w roku 2017 na terenie Nadleśnictwa Wymiarki, co potwierdza, że na skutek nawiązania współpracy w ramach konsorcjum doszło do naruszenia konkurencji poprzez jej celowe wyeliminowanie.

Oczywiście nie można zapominać, że konsorcjum jest dopuszczalną formą porozumienia, często pożądaną, szczególnie jeżeli pozwala mniejszym i słabszym przedsiębiorcom

konkurować z podmiotami o znacznie większym potencjale ekonomicznym. Istotne jest więc ustalenie, czy horyzontalna kooperacja przedsiębiorców, w wyniku której składają oni wspólnie ofertę w ramach przetargu, ma na celu właśnie taką kooperację, konsekwencją której będzie dalsza współpraca w ramach wygranego zamówienia, czy służy jedynie ukryciu zmowy kartelowej, której celem jest zmniejszenie, a nawet - w skrajnych przypadkach, gdy konsorcjantami są wszyscy przedsiębiorcy przystępującymi do przetargu - wyłączenie niepewności co do wygrania przetargu i uzyskania zamówienia, które następnie każdy z konsorcjantów będzie realizował oddzielnie, niezależnie od pozostałych. Tu należy stanowczo zwrócić uwagę, iż ofertę na pakiet II złożyło jedenastu przedsiębiorców połączonych w jedno konsorcjum (w skład wchodzi m.in. uczestnicy konsorcjum FORST i SPÓŁKA). Brak jest konkurencji w zakresie pakietu II, wewnętrzny podział tej części zamówienia jest wręcz oczywisty, nie ma bowiem niepewności co do wyniku przetargu. Podzielając wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 29 maja 2006 r., XVII Arna 9/05, Odwołujący stwierdził, iż już samo dokonanie uzgodnienia o powstrzymaniu się stron od konkurowania między sobą ma skutek ograniczający konkurencję. Nie ma przy tym znaczenia brak woli stron osiągnięcia skutku w postaci ograniczenia konkurencji na danym rynku.

Brak zakazu zawierania porozumień w ramach konsorcjum w celu wzięcia łącznego udziału w przetargu nie oznacza, że tego rodzaju porozumienie nie może podlegać ocenie jako sprzeczne z art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Powstaje pytanie, czy wyznacznikiem dla zastosowania tego przepisu jest liczba ofert złożonych w ramach przetargu, czy fakt zawarcia przez przedsiębiorców niedozwolonego porozumienia. Odwołujący zauważył, że w przypadku akceptacji pierwszego założenia zastosowanie przepisów ustawy antymonopolowej uzależnione byłoby od liczby ofert złożonych przez podmioty przystępujące do przetargu, jak i tego, czy złożyły je tylko konsorcja przedsiębiorców. Zatem w każdej sytuacji, gdy zostałaby złożona jedna wspólna oferta przez wszystkich przedsiębiorców startujących w przetargu, właśnie w ramach konsorcjum, a nawet gdyby oferty złożyły same konsorcja, ustawa nie miałaby w ogóle zastosowania. Innymi słowy, gdyby podmioty zainteresowane wygranem przetargu uznały, że ryzyko porażki jest zbyt wysokie, gdyż oznaczałaby ona eliminację z określonego rynku i zawarły umowę konsorcjum, w którym ustaliłyby zakres funkcjonowania każdego z nich na tym rynku po wygraniu przetargu i złożyły wspólną ofertę, eliminowałyby to możliwość ingerencji Prezesa UOKiK, a przepisy ustawy o ochronie konkurencji i prawo zamówień publicznych okazałyby się martwe. Nie można zgodzić się na taką wykładnię przepisów. W ten stosunkowo prosty sposób przedsiębiorcy mogliby wyłączyć w każdym postępowaniu przetargowym swoje zachowania spod działania ustawy antymonopolowej - wystarczyłoby, aby rezygnując z części, potencjalnego zysku (kwotowego), jaki mógłby zostać wypracowany przy wykonywaniu całego zamówienia, zgodzili się na nieco niższy kwotowy zysk w zamian za pewność, że dane

zamówienie będą wykonywać, chociaż w nieco mniejszym zakresie. Do tego wystarczające byłoby składanie przez przedsiębiorców jednej, wspólnej oferty w każdym przetargu, szczególnie w ramach zamówień publicznych, aby taką niepewność wyeliminować. W takiej sytuacji, przy zastosowaniu wykładni, że jedna oferta wyłącza zastosowanie art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji, doszłoby do wyłączenia możliwości badania ich zachowania z punktu widzenia tej ustawy, chociaż dochodzi do uzgodnienia przez przedsiębiorców warunków, jakie miałyby zostać zaproponowane zamawiającemu. Takie postępowanie ma miejsce w zakresie pakietu II. Co prawda odnośnie pakietu I złożono dwie oferty, jednakże powołując się na wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 24 marca 2004 r. XVII Ama 40/02 zakazane jest samo porozumienie, którego celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, nie jest więc koniecznym, aby wystąpił zamierzony skutek w całości lub w części. Sam fakt złożenia oferty przez innego wykonawcę nie wyklucza dokonania oceny postępowania konsorcjum jako niezgodnego z zasadami konkurencji. Nie bez znaczenia jest udział konsorcjantów FORST i SPÓŁKA w nienazwanym konsorcjum jedenastu przedsiębiorców, które zgłosiło ofertę na pakiet II. Uznanie nienazwanego konsorcjum jako zмовы przetargowej powinno powodować wykluczenie konsorcjantów z całości przetargu. Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający zupełnie zbagatelizował, że członkowie wybranego konsorcjum są podmiotami częściowo z jednej grupy kapitałowej, a mianowicie występujący w konsorcjum K. S. posiada 50 % udziałów w spółce Forst & Transport sp. z o.o., powiązani rodzinnie ze sobą są także G. U. i M. U. .

Odnośnie zarzutu dotyczącego zaangażowania zasobów osobowych wybranego wykonawcy tj. konsorcjum Forst i spółka w inne przedsięwzięcia gospodarcze, Odwołujący podniósł, że uczestnicy konsorcjum Forst i spółka złożyli oferty na wykonanie usług leśnych również w innych nadleśnictwach, w swoich ofertach jako sprzęt i personel wskazując tych samych ludzi i te same maszyny. Przy czym składając oferty członkowie konsorcjum Forst i spółka składali oferty w innych konfiguracjach „nie wchodząc sobie w drogę”. Jako dowody Odwołujący wskazał: informację z sesji otwarcia ofert z dnia 13.12.2016r Nadleśnictwo Ruszów, zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 24.01.2017r. Nadleśnictwo Szprotawa, informacja o wyniku postępowania przetargowego z dnia 17.02.2017r. Nadleśnictwo Lipinki, zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 19.01.2017r. Nadleśnictwo Żagań. Jak wynika ze wskazanych dokumentów oferty wykonawcy K. S. okazały się najkorzystniejsze dla pakietu I i II Nadleśnictwo Lipinki, pakietu II Nadleśnictwo Żagań, pakietu IV Nadleśnictwo Żagań, pakietu I i IV Nadleśnictwo Szprotawa. Oznacza to, że pracownicy i sprzęt zaangażowany będzie w pracach tam prowadzonych, co wpłynie ewidentnie na możliwość efektywnego wykonywania zadań objętych niniejszym postępowaniem, gdyż sprzęt i pracownicy, którymi dysponuje zostaną rozlokowani na terenie

w/w nadleśnictw. Ponadto Odwołujący wskazał, że Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, strona 13 pkt 6.5 wskazuje, iż jeżeli Wykonawca ubiega się o udzielenie kilku Pakietów zamówienia, to nie może celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu wskazać tego samego doświadczenia, tzn. tej samej wartości przerobu, tego samego potencjału technicznego, tych samych osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, ani tych samych środków finansowych lub zdolności kredytowej w więcej niż jednym Pakiecie. W oparciu o wykładnię celowościową tego zapisu jakim jest zapobieganie sytuacjom wskazywania na pozorny potencjał należy uznać, iż skoro nie wolno wskazywać tego samego doświadczenia i potencjału odnośnie różnych pakietów tego samego zamówienia, tym bardziej nie jest dopuszczalne wskazywanie tego samego doświadczenia przez zainteresowanego wykonawcę, w odrębnych i konkurencyjnych postępowaniach. Skutek będzie bowiem taki sam tj. brak zdolności do realizacji zamówienia. Nie bez znaczenia jest to, że wszystkie przetargi organizowane przez wskazane Nadleśnictwa miały ten sam wzór SIWZ, czyli wszystkie wykluczały używanie tego samego potencjału w ramach pakietów.

Dodał, że wszystkie Nadleśnictwa są to jednostki organizacyjne wchodzące w skład Skarbu Państwa Państwowego Gospodarstwa Leśnego i dlatego, choć na gruncie ustawy Pzp każde nadleśnictwo jest samodzielnym zamawiającym, to z punktu widzenia prawa cywilnego działają oni w imieniu jednego podmiotu Lasów Państwowych jako jednostki organizacyjnej Skarbu Państwa. Wskazał na decyzję nr 499 Dyrektora Generalnego Lasów Państwowych z dnia 30.09.2017r w sprawie jednolitych wzorów dokumentacji i postępowań dotyczących zamawiania usług leśnych z zakresu gospodarki leśnej. Odwołujący przywołał treść art. 22d ust. 2 ustawy Pzp i wskazał, że użycie przez ustawodawcę sformułowania „może” we wskazanym przepisie nie oznacza jednak, że Zamawiający może bez przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego dokonać takiej oceny. Słowo „może” rozumieć należy w ten sposób, że dopiero po przeprowadzanej weryfikacji zamawiający może zdecydować czy wykorzystanie tego samego potencjału ma wpływ na realizację jego zamówienia. Działalność konsorcjum FORST i SPÓŁKA, objawiająca się składaniem licznych ofert, zakładających wykorzystanie tego samego sprzętu i tego samego potencjału pracowniczego przekroczyło granice zdrowej rywalizacji i konkurencji. Uczestnicy ww. konsorcjum nie będą w stanie pogodzić obowiązków związanych realizacją usług na rzecz różnych Nadleśnictw, co wpłynie negatywnie na realizację zadań dla Nadleśnictwa Wymiarki. Zamawiający pomimo, że był informowany przez Odwołującego się o mającej miejsce praktyce zaniechał nawet przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w tej sprawie. Przyjmując zasadę racjonalnego ustawodawcy Odwołujący zauważył, że celem wprowadzenia do ustawy zapisu o konieczności posiadania potencjału było doprowadzenie do sytuacji, że potencjał ten będzie wykorzystywany właśnie do wykonania konkretnego zamówienia. Zamawiający powinien wykazać maksimum staranności, aby tak było. W przeciwnym przypadku, w ocenie

Odwołującego mielibyśmy do czynienia ze swego rodzaju fikcją polegającą na „formalnym” spełnianiu warunków w dniu składania ofert a następnie wykonywaniu zamówienia przy pomocy zupełnie innego potencjału technicznego czy zasobów ludzkich. Znamienne jest także to, że zgodnie z § 7 ust. 1 wzoru umowy wykonawca zobowiązał się do wykonywania przedmiotu umowy przez osoby wskazane w ofercie. Wybrany wykonawca posługuje się tym samym potencjałem dla wykazania warunków udziału w postępowaniu w kilku nadleśnictwach:

- a. zgłasza w ofercie w dokumencie JEDZ K. S. prowadzącego działalność pod nazwą Zakład Usług Leśnych „GAJ” K. S. te same osoby w Nadleśnictwach Wymiarki i Lipinki Łużyckie. Są to: K. M., A. G., Z. G., W. H., P. K.,
- b. zgłasza w ofercie w dokumencie JEDZ K. S. prowadzącego działalność pod nazwą Zakład Usług Leśnych „GAJ” K. S. ten sam sprzęt w Nadleśnictwach Wymiarki, Szprotawa i Lipinki Łużyckie. Są to: FORWARDER JOHN DEERE 810 D, rok prod.2005, FORWARDER JOHN DEERE 1110 D, rok prod. 2007,
- c. zgłasza w ofercie w dokumencie Laspol M. U. ten sam wykaz dostaw i usług określonego rodzaju w Nadleśnictwach Wymiarki i Ruszów tj. realizację usług leśnych na kwotę 983 203,48 zł w dniach 01.2015-31.12.2015 na rzecz Nadleśnictwa Ruszów.

Oznacza to, że wybrany Wykonawca nie posiadał w dniu składania ofert oraz nie posiada w tej chwili potencjału ludzkiego i potencjału sprzętowego umożliwiającego realizację wszystkich zamówień, a które złożył oferty z zamiarem uzyskania zamówienia. Jako dowód powołał dokumenty Jedz złożone przez konsorcjum w przetargu organizowanym przez Nadleśnictwo Wymiarki, dokumenty Jedz K. S. złożone w przetargu w Nadleśnictwach Szprotawa i Lipinki Łużyckie, dokument Jedz złożony przez Laspol M. U. w przetargu w Nadleśnictwie Ruszów.

Odnosnie zarzutu dotyczącego nieprawidłowego umocowania pełnomocnika do reprezentowania konsorcjum i zaniechania wyjaśnień w tej kwestii, Odwołujący zwrócił uwagę, że umowa konsorcjum z dnia 31 grudnia 2016 r. wybranego wykonawcy tj. konsorcjum FORST i SPÓŁKA w jej § 2 ustanawia liderem konsorcjum Panią A. S. . Tymczasem podmiot taki nie jest nawet stroną przedmiotowego konsorcjum. Uczestnikiem konsorcjum jest bowiem osoba prawna spółka Forst & Transport sp. z o.o., reprezentowana przez Prezesa A. S. . Wadliwe jest także pełnomocnictwo na rzecz lidera konsorcjum złożone do oferty, z którego treści wynika, że liderem jest A. S., która jak już wskazano nie jest uczestnikiem konsorcjum. Pełnomocnictwa nie udzieliło natomiast wcale podpisującej ofertę Pani S. spółka Forst & Transport sp. z o.o. Jeśli liderem miałyby być spółka Forst & Transport sp. z o.o. to wówczas jak orzekła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 18 maja 2010 r. sygn.: KIO/UZP 773/10 „W przypadku pełnomocnictwa udzielonego osobie prawnej nie ma potrzeby wskazywania w jego treści upoważnienia do udzielania dalszych pełnomocnictw, gdyż osoba prawna z istoty swej nie działa osobiście, lecz za pośrednictwem

osób fizycznych, które wchodzi w skład organów upoważnionych do jej reprezentacji, lub są jej pełnomocnikami." Jeśli natomiast intencją stron było, aby ich pełnomocnikiem była osoba trzecia jako Pani A. S., to nie powinna ona być nazywana liderem.

Równocześnie w formularzu JEDZ jako lidera wskazano spółkę Forst &Transport sp. z o.o. Niezależnie od tego jaki wariant zostanie przyjęty, czy że liderem jest A. S., czy, że liderem jest spółka Forst &Transport sp. z o.o. oferta złożona została przez podmiot nieuprawniony, o nieustalonym składzie, a zamawiający zaniechał czynności wyjaśniających i nie wezwał wykonawcy do przedstawienia prawidłowego pełnomocnictwa. Jako dowód powołał dokument umowa konsorcjum Forst i spółka z dnia 31 grudnia 2016r. oraz pełnomocnictwo na rzecz Lidera konsorcjum Forst i spółka.

Odnosnie zarzutu dotyczącego nieprzedłożenia przez spółkę Forst&Transport sp. z o.o. informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp zaniechania przez zamawiającego do wezwania do uzupełnienia tego dokumentu, Odwołujący podniósł, że w dokumentach udostępnionych mu przez Nadleśnictwa nie znalazł w ofercie konsorcjum Forst i spółka informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp dotyczącego członka zarządu spółki Forst &Transport sp. z o.o. Zamawiający miał zatem obowiązek albo wezwać wykonawcę do uzupełnienia brakującego dokumentu albo miał obowiązek go wykluczyć.

Odnosnie zarzutu dotyczącego zaniechania wezwania przez Zamawiającego wybranego konsorcjum do przedstawienia dokumentu potwierdzającego w sposób prawidłowy jego zdolność finansową, Odwołujący podniósł, że wybrany wykonawca przedłożył opinię o zdolności kredytowej dla M. U. z dnia 9 stycznia 2017 tj. po dacie składania i otwarcia ofert, co może wskazywać, że na dzień otwarcia ofert nie został spełniony warunek posiadania środków finansowych. Przywołując treść opinii bankowej Odwołujący podniósł, że istotą warunków finansowych opisanych przez zamawiającego na podstawie art.22 ust.1 b ustawy Pzp jest udowodnienie, że wykonawca ma dostęp do finansowania realizacji zamówienia publicznego w określonej kwocie, bądź w postaci środków własnych, bądź w postaci środków, które może uzyskać w drodze kredytu. Na poczet zdolności finansowej mogą być zatem zaliczone jedynie środki pochodzące z uruchomionego kredytu. Zadaniem wykonawcy jest wykazanie, że ma dostęp do środków, które umożliwiają mu poniesienie kosztów realizacji zamówienia. Chodzi tu o dostęp realny na sfinansowanie konkretnego zamówienia. Zasadą jest, że Zamawiający ma mieć tu pewność, a nie snuć tu przypuszczenia i domysły. Przedstawiony przez wybrane konsorcjum dokument jest zatem nieprawidłowy, a Zamawiający zaniechał nawet skorzystania z instytucji wyjaśnienia wątpliwości w tym zakresie. Jako dowód powołał opinię o zdolności kredytowej dla M. U. z dnia 9 stycznia 2017r.

Wykonawca konsorcjum firm: K. S., prowadzący działalność gospodarczą pn. Zakład Usług Leśnych Gaj K. S., Forst&Transport Sp. z o.o., M. U., prowadząca działalność gospodarczą pn. Laspol M. U., G. U., prowadzący działalność gospodarczą pn. Laspol G. U., G. K., prowadzący działalność gospodarczą pn. Zakład Usług Leśnych G. K. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania.

Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania zaprezentowane w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Izba ustaliła, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek, określonych w art. 189 ust. 2 ustawy skutkujących odrzuceniem odwołania.

W ocenie Izby wypełnione zostały przesłanki do 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.

Odnosnie zarzutu dotyczącego naruszenia zasad uczciwej konkurencji, Izba na wstępie wskazuje, że zgodnie z 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. Powołując się na utrwalone orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (np. wyrok 15 stycznia 2013 r. Sygn. akt KIO 2865/12, wyrok z dnia 3 marca 2014 r. Sygn. akt KIO 309/14 i 23 grudnia 2013 r. Sygn. akt KIO 2851/13), wskazać należy, że przy ocenie czy dane działanie lub zaniechanie nosi znamiona czynu nieuczciwej konkurencji należy brać pod uwagę nie tylko przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ale i przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.) stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Przepis ten statuuje tzw. klauzulę generalną, co oznacza, że każde działanie mające taki charakter powinno być uznane za czyn nieuczciwej konkurencji. Z kolei, art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j.

Dz. U. z 2007 r. Nr 50, poz. 331 ze zm.), zakazuje porozumień, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegających na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu pracy i ceny. Porozumienia stypizowane w art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik określane są w praktyce mianem „zmowy przetargowej”.

Zgodzić się należy z Odwołującym, że dla wykazania istnienia zmywy przetargowej nie jest możliwe a zatem i wymagane dysponowanie bezpośrednim dowodem np. w postaci pisemnego porozumienia określającego bezprawny czyn. Wystarczające jest, aby całokształt okoliczności sprawy pozwalał na racjonalne i logiczne wyprowadzenie wniosku, że doszło do zawarcia „zmowy przetargowej”.

Zauważyć trzeba, że art. 23 ustawy Pzp zezwala wykonawcom na wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia, a umowa konsorcjum jest umową cywilnoprawną, zawieraną na zasadzie swobody umów. Celem umowy konsorcjum jest połącznie przez przedsiębiorców, nie spełniających wymagań zamawiającego, swoich potencjałów i wspólne dążenie do uzyskania zamówienia publicznego i późniejszej jego realizacji. Nie można zatem *a priori* zakładać, że każde zawarcie umowy konsorcjum jest czynem nieuczciwej konkurencji. Ocena czy przez zawarcie umowy konsorcjum doszło do niedozwolonego porozumienia, określonego w art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik, musi być dokonywana w konkretnych okolicznościach sprawy (*ad casum*).

W powołanym przez Odwołującego wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 8 czerwca 2016r. Sygn. akt VI ACa 651/15, sąd stwierdził istnienie „zmowy przetargowej”, bowiem doszedł do przekonania, że celem porozumienia spółek tworzących konsorcjum był terytorialny podział rynku pomiędzy dwóch największych odbiorców odpadów komunalnych, a nie kumulacja potencjałów i kooperacja w ramach konsorcjum. Każda ze spółek, biorących udział w porozumieniu spełniała wszystkie wymogi określone w SIWZ, a złożenie odrębnych ofert nie przekraczało możliwości finansowych i organizacyjnych żadnej z nich. W uzasadnieniu tego orzeczenia sąd wskazał, że „zawarcie konsorcjum będzie naruszeniem prawa konkurencji, jeśli jego uczestnicy byliby w stanie samodzielnie złożyć ofertę z realną szansą na wygranie przetargu. Jeśli bowiem mogliby konkurować ze sobą, a nie robią tego ze względu na zawiązane przez siebie konsorcjum, doszło do wyeliminowania konkurencji między nimi - ze szkodą dla zamawiającego”.

Z przywołanego uzasadnienia wynika, że oceniając czy zawarcie umowy konsorcjum nosi cechy czynu nieuczciwej konkurencji, należy przeanalizować przede wszystkim realną (rzeczywistą) szansę uczestników konsorcjum na uzyskanie danego zamówienia. Zauważyć także należy, że potencjał danego przedsiębiorstwa niekoniecznie musi odpowiadać jego faktycznym możliwościom w danym momencie czasu. Przy ocenie tzw. „realnej szansy” na wygranie przetargu należy mieć na uwadze takie okoliczności jak np. zaangażowanie

potencjału kadrowego, finansowego czy sprzętu w inne zamówienia i przedsięwzięcia, które w danym okresie czasu obniżają zdolność wykonawcy do samodzielnego wykonania zamówienia.

W analizowanym stanie faktycznym, jedynym argumentem Odwołującego przemawiającym za istnieniem „zmowy przetargowej” pomiędzy członkami konsorcjum Forst i spółka był fakt, iż uczestnicy tego konsorcjum byli w stanie samodzielnie wziąć udział w przetargu na wykonanie usług z zakresu gospodarki leśnej w roku 2017 w Nadleśnictwie Wymiarki. Jednak twierdzenia Odwołującego w tym zakresie pozostały gołosłowne. Odwołujący nie przeprowadził żadnej analizy, z której wynikałoby, że wymagania określone przez Zamawiającego w siwz nie przekraczają indywidualnych możliwości organizacyjnych czy finansowych każdego z członków konsorcjum. Nie wykazał także, że samodzielnie przedsiębiorcy mogliby bez trudu złożyć ofertę z realną szansą na uzyskanie i realizację zamówienia.

Przeciwnie, zdaniem Izby, z całokształtu okoliczności sprawy nie wynika, aby poszczególni członkowie konsorcjum, mieli realne szanse na wygranie przetargu. Przy ocenie tego aspektu, Izba wzięła pod uwagę: szeroki zakres usług, objętych przedmiotem zamówienia; szczegółowe i wysokie wymagania Zamawiającego co do potencjału kadrowego, finansowego oraz technicznego; okoliczność, że członkowie konsorcjum to głównie przedsiębiorcy prowadzący samodzielne działalności gospodarcze, którzy dodatkowo ubiegają się o zamówienia w innych nadleśnictwach, co w sposób istotny zmniejsza ich potencjał do samodzielnego udziału w przedmiotowym zamówieniu publicznym. Okoliczność, jaką powoływał Odwołujący, że członkowie konsorcjum są podmiotami częściowo z jednej grupy kapitałowej (K. S. posiada 50% udziałów w spółce Forst §Transport sp. z o.o.) a także są powiązani rodzinie (M. U. i G. U.), świadczy raczej o tym, że intencją członków konsorcjum było faktyczne połączenie potencjałów i kooperacja celem wspólnej realizacji przedsięwzięcia a nie dążenie do podziału rynku i wyeliminowanie konkurencji. Ponadto trzeba mieć na uwadze, że w świetle art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp, wykonawcy należący do tej samej grupy kapitałowej co do zasady nie mogą składać odrębnych ofert.

Dostrzeżenia wymaga także, że w analizowanym postępowaniu Zamawiający przewidział kryterium „samodzielną realizacją kluczowych elementów zamówienia” o wadze 20%. Być może kryterium to, w którym Zamawiający dodatkowo punktował samodzielne wykonanie zamówienia stanowiło zachętę dla wykonawców do ubiegania się o udzielenie zamówienia w ramach konsorcjum i nie korzystania z podwykonawstwa.

Podsumowując, wskazać należy, że brak jest jakichkolwiek poszlak, które pozwalałyby w sposób logiczny uzasadnić twierdzenie, że w wyniku złożenia wspólnej oferty przez konsorcjum Forst i spółka pomiędzy wykonawcami tego konsorcjum doszło do

niedozwolonego porozumienia, którego celem było wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym.

Izba nie podzieliła także zarzutu naruszenia art. 22d ust. 2 ustawy Pzp polegającego na pominięciu przy ocenie ofert faktu, że zaangażowanie zasobów osobowych wybranego wykonawcy w inne przedsięwzięcia może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia i zaniechania wykluczenia konsorcjum z postępowania na podstawie art. 24 ust.1 pkt 12 ustawy Pzp. Wprowadzony ustawą nowelizująca z dnia 22 czerwca 2016 roku przepis art. 22d ust. 2 ustawy Pzp przewiduje możliwość uznania przez Zamawiającego na każdym etapie postępowania, że wykonawca nie posiada wymaganych zdolności, jeżeli zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia. W konsekwencji, aktualnie na każdym etapie postępowania o zamówienie publiczne Zamawiający może ocenić potencjał techniczny i zawodowy wykonawcy niezbędny do realizacji zamówienia oraz stwierdzić, czy zaangażowanie tego potencjału w inne przedsięwzięcia gospodarcze nie wywiera negatywnego wpływu na realizację zamówienia. Podkreślić należy, że samo zaangażowanie zasobów w inne przedsięwzięcia gospodarcze nie powoduje automatycznie utraty zdolności do realizacji danego zamówienia przez wykonawcę. Istotnym z punktu widzenia analizowanego przepisu jest bowiem wykazanie czy owo zaangażowanie zasobów w inne przedsięwzięcia gospodarcze może wywołać negatywny wpływ na realizację tego zamówienia publicznego. W rozpatrywanym stanie faktycznym Odwołujący, podnosząc naruszenie art. 22d ust. 2 ustawy Pzp wskazał jedynie, że kilku członków konsorcjum podało w ofertach składanych w krótkim odstępie czasowym w innych nadleśnictwach ten sam potencjał kadrowy i sprzęt, co w tym postępowaniu. Odwołujący, na którym spoczywał ciężar udowodnienia (zgodnie z art. 6kc oraz art. 190 ust. 1 ustawy Pzp) nie uprawdopodobnił nawet, że zaangażowanie zasobów w inne przedsięwzięcia może mieć negatywny wpływ na realizację tego zamówienia publicznego. Ponadto, w ocenie Izby, sam fakt powołania się na te same zasoby kadrowe i sprzęt w różnych postępowaniach (w ofertach) nie oznacza, że zasoby te są faktycznie „zaangażowane w inne przedsięwzięcia gospodarcze”.

Członkowie konsorcjum jako podmioty aktywnie działające w branży usług leśnych, biorą udział w licznych przetargach, składają oferty, ale nie wiadomo ile i które zamówienie będą ostatecznie realizować.

Zauważyć także należy, że powołane przez Odwołującego przetargi, w których podano te same zasoby sprzętowe i kadrowe prowadzone są przez sąsiadujące gminy (Lipiniki, Szprotawa, Żagań), a zatem nic nie stoi na przeszkodzie, aby wykonawca zaangażował w miarę potrzeb ten sam sprzęt czy kadrę do realizacji zamówień. Nie można także wykluczyć sytuacji, że po uzyskaniu zamówienia, wykonawca wskaże do realizacji zamówienia inny niż

pierwotnie podany w ofercie sprzęt czy kadre. Stąd niezasadnym jest stanowisko Odwołującego, że udostępnienie zasobów przez konsorcjum Forst i spółka ma jedynie charakter pozorny.

Nie zasługuje także na uznanie zarzut dotyczący nieprawidłowego umocowania pełnomocnika do reprezentowania konsorcjum i zaniechania wyjaśnień w tej kwestii. W treści dokumentów JEDZ poszczególni członkowie wskazali, że osobą upoważnioną do reprezentowania jest pani A. S. - Lider Konsorcjum, a liderem konsorcjum jest Forst &Transport Sp. z o.o. W § 2 umowy konsorcjum z dnia 30 grudnia 2016r. członkowie konsorcjum wskazali, że ustanawiają liderem konsorcjum panią A. S. . Co istotne, umowę tę podpisała także Forst & Transport sp. z o.o. Na stronie 8 oferty zamieszczono pełnomocnictwo na rzecz Lidera Konsorcjum, w którym członkowie konsorcjum: K. S., prowadzący działalność gospodarczą pn. Zakład Usług Leśnych Gaj K. S., M. U., prowadząca działalność gospodarczą pn. Laspol M. U., G. U., prowadzący działalność gospodarczą pn. Laspol G. U. oraz G. K., prowadzący działalność gospodarczą pn. Zakład Usług Leśnych Grzegorz Kustra, upoważnili A. S. - Prezesa Zarządu uprawnionego do reprezentacji firmy Forst &Transport sp. z o.o. jako lidera zawartego na podstawie art. 23 ustawy konsorcjum o nazwie „Forst i spółka” m.in. do reprezentowania członków konsorcjum na wszystkich etapach prowadzonego przez Nadleśnictwo Wymiarki postępowania o udzielenie zamówienia. Z załączonego do oferty rejestru przedsiębiorców wynika, że pani A. S. jest Prezesem Zarządu Forst &Transport Sp. z o.o., uprawnionym do jednoosobowej reprezentacji spółki. Wyjaśniając treść udzielonego pełnomocnictwa oraz zawartej umowy konsorcjum należy mieć na uwadze reguły, wynikające z art. 65§1kc, zgodnie z którymi treść oświadczenia woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało oświadczenie woli, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje.

Mając na uwadze powyższe, w ocenie Izby, treść złożonych przez konsorcjum Forst i spółka dokumentów nie pozostawia wątpliwości, że członkowie konsorcjum udzielili pełnomocnictwa pani A. S., pełniącej funkcję Prezesa Zarządu lidera konsorcjum Forst &Transport Sp. z o.o. Skoro Pani A. S., co oczywiste, jest Prezesem Zarządu Forst &Transport Sp. z o.o., uprawnionym do jednoosobowej reprezentacji, to zbędnym jest udzielanie jej odrębnego pełnomocnictwa przez Forst &Transport Sp. z o.o. Tym niemniej jednak, umocowanie takie wynikało z umowy konsorcjum z 30 grudnia 2016 r. podpisanej także przez Forst &Transport Sp. z o.o.

Bezpodstawny jest także zarzut braku przedłożenia przez spółkę Forst &Transport sp. z o.o. informacji z KRK w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp i zaniechania

wezwania do uzupełnienia tego dokumentu. Izba ustaliła, że przedmiotowe zaświadczenie KRK dotyczące członka zarządu spółki Forst & Transport sp. z o.o. zostało złożone wraz z ofertą na zadanie nr 2, czego Odwołujący nie kwestionował. W sytuacji, gdy zamawiający posiada oświadczenia lub dokumenty, wprowadzony ustawą nowelizującą z dnia 22 czerwca 2016r., przepis art. 26 ust. 6 ustawy Pzp zwalnia wykonawcę z obowiązku ponownego składania tych dokumentów lub oświadczeń.

Za niezasadny Izba uznała także zarzut dotyczący braku potwierdzenia zdolności finansowej wybranego konsorcjum oraz zaniechania wezwania tego konsorcjum do przedstawienia dokumentu potwierdzającego w sposób prawidłowy zdolność finansową.

W pkt 6.2 siwz Zamawiający podał, że warunek w odniesieniu do sytuacji finansowej zostanie spełniony, jeśli wykonawca wykaże, że dysponuje środkami finansowymi lub zdolnością kredytową nie mniejszą niż dla pakietu nr I- 178 000 zł. W treści ogłoszenia o zamówieniu oraz Siwz Zamawiający wskazał że w celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia z postępowania, o których mowa w pkt 6.1. oraz w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt 6.2. Wykonawca będzie obowiązany przedstawić Zamawiającemu oświadczenie Wykonawcy stanowiące wstępne potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w niniejszej SIWZ i braku podstaw do wykluczenia, złożone na formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (dalej: JEDZ). Na potwierdzenie spełniania warunku w zakresie zdolności ekonomicznej Wykonawca złoży:

- a. informacje nt. środków finansowych lub zdolności kredytowej, którymi dysponuje wykonawca, które podać należy w Części IV lit. B wiersz szósty JEDZ;
- b. informację banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert.

Ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu dokonana zostanie zgodnie z formułą „spełnia”/„nie spełnia”, w oparciu o informacje zawarte w JEDZ, następnie potwierdzone w dokumentach lub oświadczeniach złożonych przez Wykonawców

Zamawiający wskazał także, że postępowanie jest prowadzone zgodnie z zasadami przewidzianymi dla tzw. „procedury odwróconej”, o której mowa w art. 24aa ust. 1 i 2 Pzp. Stosownie do przywołanych przepisów Zamawiający najpierw dokona oceny ofert, a następnie zbada, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Izba ustaliła, że termin składania ofert został wyznaczony na 3.01.2017 roku. Konsorcjum Forst i spółka wraz z ofertą na pakiet nr 1 złożyło w pkt 6 dokumentu JEDZ dotyczącego

członka konsorcjum Laspol M. U. oświadczenie o spełnieniu wymogów ekonomicznych lub finansowych, wskazując na zdolność kredytową w wysokości 1 000 000 zł Alior Bank Centrum Biznesowe Poznań. W wyniku dokonania oceny ofert zamawiający uznał, że oferta konsorcjum Forst i spółka jest ofertą najkorzystniejszą i wezwał tego wykonawcę do przedłożenia dokumentów potwierdzających spełnianie wymagań, w tym dotyczących potwierdzenie zdolności finansowej i ekonomicznej.

W odpowiedzi, konsorcjum złożyło informację z Alior Bank S.A. z dnia 9 stycznia 2017r. dotyczącą pani. M. U., w której wskazano m.in. „ w oparciu o analizę dokumentów finansowych tj. sprawozdania za ubiegły okres obrachunkowy oraz książki przychodów i rozchodów za miesiąc październik, przy założeniu, że nie posiada zaangażowań kredytowych o charakterze obrotowym w innych bankach (..) posiada zdolność kredytową do obsługi kredytów krótkoterminowych o charakterze obrotowym w Alior Bank SA do wysokości 1000000PLN” Dalej w treści opinii wskazano: „Warunkiem przyznania kredytu jest podjęcie przez Alior Bank wiążącej decyzji kredytowej po przeprowadzeniu pełnej analizy kredytowej zgodnie z obowiązującymi w Alior Bank regulacjami na podstawie złożonego przez klienta wniosku wraz z kompletem wymaganych dokumentów oraz pozytywnej ocenie zdolności kredytowej Klienta” „Przedmiotowa opinia nie stanowi decyzji kredytowej i nie jest formą przyrzeczenia kredytu”

W ocenie Izby nie zasługuje na uznanie stanowisko Odwołującego, że przedstawiona przez konsorcjum Forst i spółka opinia bankowa nie potwierdza w sposób jednoznaczny zdolności kredytowej członka konsorcjum. Potwierdzenie zdolności kredytowej wystawiane w informacjach z banku stanowi ogólną ocenę kondycji wykonawcy, jego zdolności i możliwości kredytowych. W żadnej mierze nie można wymagać, aby opinia taka nosiła cechy wiążącej decyzji kredytowej lub przyrzeczenia udzielenia kredytu. Wydanie takich decyzji jest bowiem uzależnione od spełnienia szeregu, ściśle określonych przez bank wymagań.

Celem złożenia opinii z banku w postępowaniu przetargowym jest uzyskanie informacji o potencjalnej możliwości uzyskania przez dany podmiot środków finansowych na wymaganym przez zamawiającego poziomie a nie udzielenie konkretnego kredytu. Złożona przez konsorcjum Forst i spółka opinia bankowa, wystawiona przez Alior Bank S.A. spełnia wymagania, bowiem bank po przeanalizowaniu dokumentów księgowych stwierdził, że wykonawca posiada zdolność kredytową do obsługi kredytów krótkoterminowych o charakterze obrotowym w Alior Bank SA do wysokości 1 000 000PLN, co w sposób znaczący przewyższa wymagania określone przez Zamawiającego dla pakietu nr1.

Niezasadną jest także argumentacja Odwołującego, że złożenie informacji z banku z datą 9 stycznia 2017r. tj. po dacie składania i otwarcia ofert, może wskazywać że na dzień składania ofert warunek nie został spełniony.

Jak wyżej wskazano, Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w tzw. „procedurze odwróconej”, uregulowanej w art. 24aa ustawy Pzp, który został wprowadzony ustawą nowelizującą z dnia 22 czerwca 2016r. Zgodnie z tą procedurą Zamawiający w pierwszej kolejności dokonuje oceny ofert pod kątem przesłanek odrzucenia (art. 89 ust. 1 ustawy Pzp) oraz kryteriów oceny ofert, a następnie bada, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. Dokonując oceny podmiotowej wykonawcy Zamawiający opiera się na informacjach zawartych w dokumentach JEDZ, które stanowią wstępne potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw wykluczenia a następnie, przed udzieleniem zamówienia, wzywa wykonawcę, którego oferta została oceniona najwyżej do przedłożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni terminie, aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1. (tak: art. 26 ust. 1 i 2 ustawy Pzp).

Mając na uwadze powyższe regulacje, w ocenie Izby dokumenty składane w wyniku wezwania Zamawiającego w trybie art. 26 ust.1 ustawy Pzp mają być aktualne na dzień złożenia tych oświadczeń lub dokumentów, co oznacza, że mogą być one wystawione po dacie składania ofert, gdyż stan spełnienia warunków i niepodlegania wykluczeniu musi być utrzymany również na moment ich złożenia. Za przyjęciem takiego stanowiska przemawia przede wszystkim cel wprowadzenia w przepisach Pzp regulacji, zgodnie z którą wykonawcy nie mają obowiązku składania wraz z ofertą dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw do wykluczenia. Przypomnieć należy, że celem ustawodawcy było odformalizowanie i uproszczenie procedur przetargowych przez zmniejszenie wymagań formalnych po stronie wykonawców polegających na braku konieczności składania wraz z ofertą wszystkich dokumentów i oświadczeń, potwierdzających spełnianie wymagań i brak podstaw wykluczenia.

Zamawiający, dokonuje oceny spełniania wymagań wyłącznie w oparciu o dostarczone dokumenty JEDZ, które zgodnie z art. 25a ust. 1 stanowią wstępne potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu i spełnia kryteria selekcji nie później niż na dzień składania ofert, z tym zastrzeżeniem, że w przypadku tzw. „procedury odwróconej” zamawiający ocenia dokumenty JEDZ tylko takiego wykonawcy, którego ofertę oceniono jako najkorzystniejszą. To zatem rolą dokumentu JEDZ jest potwierdzenie warunków i braku podstaw wykluczenia na moment upływu terminu składania ofert. Przedłożone w trybie art. 26 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp dokumenty i oświadczenia stanowią jedynie potwierdzenie okoliczności uprzednio wykazanych w dokumentach JEDZ a przez fakt,

że przedłożone dokumenty są aktualne na dzień ich złożenia potwierdzają, że stan spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wybranego wykonawcę i brak podstaw wykluczenia nie uległ zmianie i ma charakter ciągły. Wymaganie, aby wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia, składając wraz z ofertą dokument JEDZ jednocześnie dysponował kompletem dokumentów, potwierdzających spełnienie wymagań i brak podstaw wykluczenia nie później niż na dzień składania ofert, byłoby zaprzeczeniem celu nowelizacji ustawy, jakim było odformalizowanie i uproszczenie procedur przetargowych. Przyjęte przez Izbę stanowisko, znajduje także uzasadnienie w treści art. 26 ust. 2 f ustawy Pzp, który zezwala Zamawiającemu na każdym etapie postępowania wezwać wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych oświadczeń lub dokumentów potwierdzających, że nie podlegają wykluczeniu, spełniają warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, a jeżeli zachodzą uzasadnione podstawy do uznania, że złożone uprzednio oświadczenia lub dokumenty nie są już aktualne, do złożenia aktualnych oświadczeń lub dokumentów.

Zwrócić należy także uwagę, że również ustawodawca unijny przykładą dużą wagę do oceny spełniania wymagań i braku podstaw wykluczenia wg stanu aktualnego, bieżącego. W dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, poz. 85 preambuły wskazano m.in., że „istotne jest, by decyzje instytucji zamawiających opierały się na aktualnych informacjach, w szczególności jeśli chodzi o podstawy wykluczenia, z uwagi na to, że ważne zmiany mogą zachodzić dość szybko, np. w przypadku trudności finansowych, które sprawiałoby, że dany wykonawca staje się nieodpowiedni, lub, przeciwnie, z racji spłacenia w międzyczasie zaległych zobowiązań z tytułu składek na ubezpieczenia społeczne (...)”.

Odnosząc się do określonego w przepisach rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, okresu ważności dokumentów składanych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, Izba wskazuje, że prawodawca określając terminy ważności tych dokumentów podał jedynie dolną granicę ich ważności.

W przypadku informacji z banku potwierdzającej wysokość posiadanych środków lub zdolność kredytową, termin jej ważności określono „nie wcześniej niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert”. Oznacza to, że nie można złożyć celem potwierdzenia spełniania wymagań dokumentu „starszego” niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert, ale dopuszczalne jest złożenie dokumentu bardziej aktualnego tj. wystawionego po dacie składania ofert.

Podobne stanowisko co do aktualności dokumentów składanych w trybie art. 26 ust. 1 i 2 ustawy Pzp zajęła Krajowa Izba Odwoławcza w wyrokach z dnia 19 grudnia 2016 r. Sygn. akt KIO 2249/16 oraz Sygn. akt KIO 366/17.

Z tych też względów, w ocenie Izby Zamawiający w sposób prawidłowy ocenił, że złożona w wyniku wezwania w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, informacja z banku Alior S.A. z dnia 9 stycznia 2017 roku, mimo iż wystawiona po dacie składania ofert, jest dokumentem aktualnym i w sposób prawidłowy potwierdza spełnienie wymagań w zakresie zdolności finansowej.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

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

Przewodniczący:

.....

.....