

WYROK

z dnia 7 lutego 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 lutego 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 stycznia 2020 r. przez wykonawców Konsorcjum Firm: 1) Usługi Leśne A. P., ul. Osiedlowa 6/7, 78-630 Człopa; 2) Zakład

Usług Leśnych i Transportowych W. S. (LIDER); 3) M. S. Usługi, Handel "Junior", Dzierżążno Wielkie 118, 64-730 Wieleń; 4) Zakład Usług Leśnych R. K., Brzegi 2, 64-761 Krzyż Wielkopolski; 5) Produkcja Handel Usługi C. B., Biernatowo 2, 64-980 Trzcianka;

6) "Magdar" D. B., Biernatowo 2, 64-980 Trzcianka; 7) S. A. "AFTBIK" Gieczynek 36, 64-730 Wieleń; z adresem na rzecz siedziby lidera konsorcjum: Dzierżążno Wielkie 118, 64-730 Wieleń w postępowaniu prowadzonym przez Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne „Lasy Państwowe”, Nadleśnictwo Krzyż, ul. Adama Mickiewicza 1 w Łokaczu Małym, 64-761 Krzyż Wielkopolski

przy udziale wykonawców Konsorcjum Firm: 1) T. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych T. K., (LIDER); 2) BIO-FOREST sp. z

o.o., Strzemiesze 2, 73-150 Łobez (Partner); 3) MIRGOL Sp. z o.o., ul. Orla 8, 78-650 Mirosławiec (Partner); z adresem na rzecz siedziby lidera konsorcjum: Antoniewo 27, 64-720 Lubasz zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża Konsorcjum Firm: 1) Usługi Leśne A. P., ul. Osiedlowa 6/7, 78-630 Człopa; 2) Zakład Usług Leśnych i Transportowych W. S.

(LIDER); 3) M. S. Usługi, Handel "Junior", Dzierżążno Wielkie 118, 64-730 Wieleń; 4) Zakład Usług Leśnych R. K., Brzegi 2, 64-761 Krzyż Wielkopolski; 5) Produkcja Handel Usługi C. B., Biernatowo 2, 64-980 Trzcianka; 6) "Magdar" D. B., Biernatowo 2, 64-980 Trzcianka; 7) S. A. "AFTBIK" Gieczynek 36, 64-730 Wieleń; z adresem na rzecz siedziby lidera konsorcjum: Dzierżążno Wielkie 118, 64-730 Wieleń i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr

(słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców

Konsorcjum Firm: 1) Usługi Leśne A. P., ul. Osiedlowa 6/7, 78-630 Człopa; 2) Zakład Usług Leśnych i Transportowych W. S. (LIDER); 3) M. S. Usługi, Handel "Junior", Dzierżążno Wielkie 118, 64-730 Wieleń; 4) Zakład Usług Leśnych R. K., Brzegi 2, 64-761 Krzyż Wielkopolski; 5) Produkcja Handel Usługi C. B.,

Biernatowo 2, 64-980 Trzcianka; 6) "Magdar" D. B., Biernatowo 2, 64-980 Trzcianka; 7) S. A. "AFTBIK" Gieczyniek 36, 64-730 Wieleń; z adresem na rzecz siedziby lidera konsorcjum: Dzierżążno Wielkie 118, 64-730 Wieleń tytułem wpisu od odwołania.

2.2. zasądza od wykonawców Konsorcjum Firm: 1) Usługi Leśne A. P., ul. Osiedlowa

6/7, 78-630 Człopa; 2) Zakład Usług Leśnych i Transportowych W. S. (LIDER);

3) M. S. Usługi, Handel "Junior", Dzierżążno Wielkie 118, 64-730 Wieleń; 4) Zakład Usług Leśnych R. K., Brzegi 2, 64-761 Krzyż Wielkopolski; 5) Produkcja Handel Usługi C. B., Biernatowo 2, 64-980 Trzcianka; 6) "Magdar" D. B., Biernatowo 2, 64-980 Trzcianka; 7) S. A. "AFTBIK" Gieczyniek 36, 64-730 Wieleń; z adresem na rzecz siedziby lidera konsorcjum: Dzierżążno Wielkie 118, 64-730 Wieleń na rzecz Skarbu Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne „Lasy Państwowe”, Nadleśnictwo Krzyż, ul. Adama Mickiewicza 1 w Łokaczu Małym, 64-761 Krzyż Wielkopolski kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 27 września 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Poznaniu.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 130/20

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Krzyż w roku 2020 - CZĘŚĆ (Pakiet) IV postępowania leśnictwa: Dzierżążno Małe, Gieczyniek”, nr referencyjny postępowania STO. 195.2019; zostało wszczęte ogłoszeniem w ogłoszeniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 23.10.2019 r. pod nr 2019/S 205-499822 przez: Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne „Lasy Państwowe”, Nadleśnictwo Krzyż, ul. Adama Mickiewicza 1 w Łokaczu Małym 64-761 Krzyż Wielkopolski zwane dalej: „Zamawiającym”.

W dniu 16.01.2020 r. (za pomocą Platformy ePUAP) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej - Konsorcjum Firm: 1) T. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych T. K., Antoniewo 27, 64-720 Lubasz (LIDER); 2) BIO-FOREST sp. z o.o., Strzemiesze 2, 73-150 Łobez (Partner); 3) MIRGOL Sp. z o.o., ul. Orla 8, 78-650 Mirosławiec (Partner) zwane dalej: „Konsorcjum Zakład Usług Leśnych” albo „Przystępującym po stronie Zamawiającego”. Drugą pozycję w rankingu złożonych ofert zajęła oferta - Konsorcjum Firm: 1) Usługi Leśne A. P., ul. Osiedlowa 6/7, 78-630 Człopa; 2) Zakład Usług Leśnych i Transportowych W. S., Dzierżążno Wielkie 118, 64-730 Wieleń (LIDER); 3) M. S. Usługi, Handel "Junior", Dzierżążno Wielkie 118, 64-730 Wieleń; 4) Zakład Usług Leśnych R. K., Brzegi 2, 64-761 Krzyż Wielkopolski; 5) Produkcja Handel Usługi C. B., Biernatowo 2, 64-980 Trzcianka; 6) "Magdar" D. B., Biernatowo 2, 64-980 Trzcianka; 7) S. A. "AFTBIK" Gieczyniek 36, 64-730 Wieleń zwane dalej: „Konsorcjum Zakład Usług Leśnych i Transportowych” albo „Odwołującym”.

W dniu 24.01.2020 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) Konsorcjum Zakład Usług Leśnych i Transportowych wniosło odwołanie na czynność z 16.01.2020 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w tym samym dniu (wpływ bezpośredni do Kancelarii Zamawiającego). W/w czynności zarzucam naruszenie szeregu

przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 16 października 2018 r. poz. 1986 ze zm.) zwanej dalej: „Pzp”, a w szczególności:

- 1) Art. 24 Pzp w zakresie zaniechania wykluczenia w/w konsorcjum pomimo nie spełniania przez niego warunków udziału w postępowaniu wskazanych w SIWZ,
- 2) Art. 23 w zw. z art. 9 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 1 oraz pkt 8 Pzp w zakresie zaniechania odrzucenia oferty w/w konsorcjum pomimo nie podpisania szeregu dokumentów składanych w postępowaniu przez lidera konsorcjum jako jedynego uprawnionego pełnomocnika do reprezentowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia,
- 3) Art. 89 ust. 1 pkt 1 oraz 24 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy i jego wykluczenia pomimo błędów w dokumentach JEDZ,
- 4) Art. 23 w zw. z art. 9 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 1 oraz pkt 8 Pzp w zakresie zaniechania odrzucenia oferty w/w konsorcjum pomimo nie udzielenia liderowi konsorcjum pełnomocnictwa przez osobę uprawnioną do reprezentowania Bio-Forest Sp. z o.o.,
- 5) Art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy pomimo sfalszowania przez niego dokumentów KRK,
- 6) Art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp poprzez brak wniesienia ważnego wadium,
- 7) Art. 91 w zw. z art. 24 i art. 89 Pzp poprzez wybór oferty, która powinna zostać odrzucona, a wybrany wykonawca wykluczony z postępowania. W związku z powyższym wnosił o:

- 1) Unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszego oferty,
- 2) Nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- 3) Zasądzenie zwrotu kosztów postępowania od Zamawiającego w wysokości przepisanej, w tym 3600 zł tytułem zastępstwa prawnego.

Zamawiający w dniu 16.01.2020 r. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w części IV zamówienia oferty Konsorcjum Firm: 1) T. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych T. K., Antoniewo 27, 64-720 Lubasz (LIDER); 2) BIO-FOREST sp. z o.o., Strzmiel 2, 73-150 Łobez (Partner); 3) MIRGOL Sp. z o.o., ul. Orła 8, 78-650 Mirosławiec (Partner). W/w wybór został dokonany błędnie z powodu szeregu błędów Zamawiającego w postępowaniu polegających na zaniechaniu wykluczenia w/w wykonawcy i zaniechaniu odrzucenia jego oferty.

Wybrana oferta została złożona bez właściwego umocowania dla Lidera ją podpisującego. Pełnomocnictwo dla lidera zostało udzielone przez:

- MIRGOL Sp. z o.o., ul. Orła 8, 78-650 Mirosławiec rep. przez P. B.
- BIO-FOREST Sp. z o.o., Strzmiel 2, 73-150 Łobez rep. przez D. O.
- Zakład Usług Leśnych, T. K., Antoniewo 21, 64-720 Lubasz.

Wskazał, iż zgodnie z odpisem z KRS BIO-FOREST Sp. z o.o. do działania w jej imieniu uprawniony jest wyłącznie D. B. O. . Tymczasem w/w pełnomocnictwo zostało podpisane przez D. O. , a więc osobę nie wskazaną w KRS. Z w/w względów oferta wykonawcy podlega odrzuceniu jako niezgodna z ustawą oraz odrębnymi przepisami (KC, KSH). /Dowód w aktach postępowania: pełnomocnictwo lidera, KRS Bio-forest/.

Zamawiający w pkt 6.2 pkt 3, ppkt IV SIWZ postawił warunek udziału w postępowaniu, aby każdy wykonawca dla Pakietu IV: „zrealizował lub realizuje (przy czym w tym przypadku będzie liczona wartość zrealizowanej części przedmiotu umowy) co najmniej 1 usługę (przez usługę rozumie się wykonywanie prac na podstawie 1 umowy) polegającą na wykonywaniu prac z zakresu zagospodarowania lasu, zrywki i pozyskania drewna, na kwotę nie mniejszą niż 838 900,00 zł brutto”. Wybrany wykonawca jako konsorcjum posłużył się w postępowaniu referencjami z Nadleśnictwa Wałcz na wartość ponad 1 mln 164 tys. zł, jednakże referencje te pochodzą z usług leśnych wykonanych nie przez członka wybranego konsorcjum w 100% czy samo konsorcjum - chodzi tutaj o firmę MIRGOL Sp. z o.o. - lecz przez zupełnie inne konsorcjum. W takiej sytuacji biorąc pod uwagę treść tych referencji, iż nie zawierają one kwotowego wskazania jakiej wartości usługi wykonała firma MIRGOL Sp. z o.o., należy uznać, iż wykonawca nie spełnił w/w warunku. Z w/w referencji wynika, iż kwota 1,164 mln zł to przerób i wykonanie usług całego konsorcjum wykonującego usługi dla Nadleśnictwa Wałcz, a nie tylko firmy Mirgol Sp. z o.o. Nie wskazano także w jakiej ew. części wykonawca ten wykonał te usługi. Ponadto

wykonawca zgodnie z SIWZ winien wykazać się referencjami z zakresu zagospodarowania lasu, zrywki i pozyskania drewna podczas gdy przedłożone referencje zawierają zakres prac z zakresu zagospodarowania lasu, zrywki i pozyskania drewna oraz gospodarki łąkowo-rolnej i łowiectwa. Zakres tych prac powinien być rozdzielony na osobne kwoty z zakresu zagospodarowania lasu, zrywki i pozyskania drewna wymaganej przez SIWZ oraz na gospodarki łąkowo-rolnej i łowiectwa. Jest to istotne z punktu widzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu ponieważ kwota samych prac wykonanych z zakresu zagospodarowania lasu, zrywki i pozyskania drewna może okazać się niewystarczająca celem spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W tej sytuacji posługiwanie się takimi referencjami jest praktyką, w ocenie Odwoławczego, niedozwoloną. Wskazał na wyrok z 26.05.2017 r., sygn. akt: KIO 905/15, 925/17, KIO 933/17 gdzie stwierdzono, iż wykonawca, który realizował zamówienie w ramach konsorcjum, nie może następnie udostępnić swoich zasobów w postaci zdolności oraz doświadczenia, w zakresie wykraczającym poza faktycznie wykonane prace. Udostępnione może zostać wyłącznie doświadczenie „nabyte w związku z konkretną i faktyczną realizacją czynności w ramach konsorcjum”. W uzasadnieniu orzeczenia KIO podkreśliła, że udział w postępowaniu wykonawcy, który w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, powołuje się na doświadczenie nabyte przez konsorcjum w toku realizacji zamówienia, gdy „faktycznie i konkretnie nie uczestniczył w jego realizacji”, sprzeciwia się zasadzie równego traktowania wykonawców. Skład orzekający lżyby odwołał się również do wydanego w maju 2017 r.

wyroku Trybunału Sprawiedliwości UE w sprawie C-387/14 (Esaprojekt), który w podobny

6

sposób odpowiedział na pytanie prejudycjalne zadane przez Krajową Izbę Odwoławczą. Z w/w powodów wykonawca powinien zostać wykluczony z postępowania. /Dowód w aktach postępowania: referencje, SIWZ/.

Kolejne naruszenie Pzp związane jest z faktem, iż zamawiający w dniu 13.01.2020 roku skierował do konsorcjum wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących referencji (nazwa pliku: Wezwanie do złożenia wyjaśnień S.270.195.2019 Pakiet IV). Do złożenia tych wyjaśnień został zobowiązany wykonawca, czyli de facto lider reprezentujący wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Jednakże odpowiedź na zadane zapytanie i wezwanie zostało udzielone przez jednego z członków z konsorcjum, a nie Lidera. Pismo z odpowiedzią zostało elektronicznie podpisane przez P. A. B., reprezentując firmę Mirgol Sp. z o.o., która nie jest Liderem konsorcjum uprawnionym do reprezentowania wykonawców wobec Zamawiającego. W związku z powyższym odpowiedź została udzielona w imieniu konsorcjum przez osobę, która nie miała umocowania, a tym samym należało potraktować tak udzieloną odpowiedź jako nie udzieloną, a wykonawca podlegał w tej sytuacji wykluczeniu a jego oferta odrzuceniu. /Dowód: Wezwanie: nazwa pliku: Wezwanie do złożenia wyjaśnień S.270.195.2019 Pakiet IV) Odpowiedź - nazwa pliku POD_Wyjaśnienie Krzyż 13-01-2020/

Zamawiający w zakresie wymaganego wadium żądał złożenia dokumentu potwierdzającego: informację banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo- kredytowej potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy. Zgodnie z SIWZ: „1.1. 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 następujące oświadczenia i dokumenty (w terminach wskazanych w niniejszej SIWZ):

d) informację banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert. Jeżeli z uzasadnionej przyczyny wykonawca nie może złożyć dokumentów dotyczących sytuacji finansowej lub ekonomicznej wymaganych przez zamawiającego, może złożyć inny dokument, który w wystarczający sposób potwierdza spełnianie opisanego przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu.

Dokumenty wskazane w pkt 7.1. lit. b - n Wykonawca będzie obowiązany złożyć w terminie wskazanym przez Zamawiającego, nie krótszym niż 10 dni, określonym w wezwaniu wystosowanym przez Zamawiającego do Wykonawcy po otwarciu ofert w trybie art. 26 ust. 1 PZP. Dokumenty wskazane w pkt 7.1. lit. b - n powinny być aktualne na dzień ich złożenia wyznaczony przez Zamawiającego.". Powyższy zapis oznacza, iż dokumenty

z banku powinny być opatrzone datą nie wcześniejszą niż 30 dni przed terminem składania ofert oraz nie późniejszą niż ten dzień, oraz powinny pozostawać ważne na dzień wskazany przez zamawiającego wyznaczony na złożenie tych dokumentów. Ważność dotyczy np. okresu udzielonej gwarancji wadialnej, który nie powinien być zbyt krótki itd.

Tymczasem dokumenty złożone przez członka konsorcjum firmę BIO-Forest Sp. z o.o. są opatrzone datą 21.11.2019 r., ale okres ich ważności został określony tylko do dnia 21.12.2019 r. Jest to okres zbyt krótki i niezgodny z SIWZ. Zamawiający wezwaniem

z 31.12.2019 r. wezwał wykonawcę do złożenia powyższych dokumentów, ale przedłożone dokumenty utraciły ważność przed dniem wskazanym przez zamawiającego czyli przed

31.12.2019r. Nie były zatem aktualne, tak jak wskazywała to SIWZ. Stanowi to podstawę do

odrzućenia oferty wykonawcy. /Dowód w aktach postępowania: Środki finansowe 2 bio-forest Środki finansowe 3 bio-forest Wezwanie z art. 26 ust. 1 PZP Pakiet IV T. K./

Oferta wykonawcy zawiera rażące błędy w zakresie dokumentów JEDZ skutkujące odrzućeniem oferty lub wykluczeniem wykonawcy. Pierwotnie konsorcjum złożyło JEDZ-e puste, nie wypełnione, bez daty, bez wykazania spełniania warunków udziału. Zamawiający wezwał konsorcjum do złożenia prawidłowych plików JEDZ wezwaniem z dnia 12.12.2019 roku (nazwa pliku: Wezwanie z art. 26 ust. 3 PZP Pakiet IV T. K. 16.12.2019 r.). Wykonawca odesłała pliki JEDZ z całą masą błędów:

- dokumenty JEDZ złożone są z datą 15.12.2019 r., czyli po terminie składania ofert. Termin Składania Ofert przypadał na dzień 26.11.2019 r. do godziny 9.00 (co ciekawe, Konsorcjum zostało wezwane w dniu 11.12.2019 do złożenia pełnomocnictwa, ponieważ na jednym z 3 pełnomocnictw nie było podpisu elektronicznego, i potrafiło złożyć druk pełnomocnictwa z właściwą datą czyli datą sprzed składania ofert czyli 25.11.2019. Tak samo powinno uczynić w zakresie złożenia JEDZy). /Dowód: Wezwanie do złożenia pełnomocnictwa plik o nazwie: Wezwanie do uzupełnienia pełnomocnictwa Pakiet IV T. K./

Zgodnie z SIWZ JEDZ trzeba złożyć z datą na dzień składania ofert: „7.1. 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 następujące oświadczenia i dokumenty (w terminach wskazanych w niniejszej SIWZ):

a) aktualne na dzień składania ofert 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”), którego wzór określa Rozporządzenie Wykonawcze Komisji (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiające standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (Dz. Urz. UE seria L 2016 r. Nr 3, s. 16). Treść JEDZ określona została w załączniku nr 6 do SIWZ. JEDZ należy złożyć wraz z ofertą. JEDZ Wykonawca sporządza, pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej, opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Zgodnie z art. 25a ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych „do oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawca dołącza aktualne na dzień składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oświadczenie w zakresie wskazanym przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia”.

Na temat daty wystawienia oraz tego co należy rozumieć przez pojęcie „dokumenty aktualne na dzień złożenia” wypowiedziała się KIO w wyroku z 19.12.2016 r.: „W ocenie Izby w omawianym zakresie zmiana przepisów Pzp wprowadzona nowelą z dnia 22 czerwca 2016 r. powoduje, iż dla Zamawiającego jest bez znaczenia, czy według stanu na dzień składania ofert wykonawca posiadał dokumenty, potwierdzające że nie podlega on wykluczeniu z postępowania i spełnia warunki udziału w postępowaniu. Istotnym jest to, że wykonawca obowiązany jest złożyć oświadczenie JEDZ, z którego ma wynikać potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania z terminem nie późniejszym niż termin składania ofert. Natomiast przedkładane przez zwycięskiego wykonawcę dokumenty, na podstawie art.26 Pzp, mają być dokumentami aktualnymi na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów, potwierdzającymi okoliczności, o których mowa w art. 25 ust.1 Pzp.” /Dowód w aktach postępowania: Pliki JEDZ złożone pierwotnie i po wezwaniu Wezwanie z art. 26 ust 3 PZP Pakiet IV T. K. 16.12.2019 r./

- ponadto całe konsorcjum wypełniło błędnie jeden z punktów, w Części IV JEDZ sekcję alfa , co jest niezgodne z treścią SIWZ. Wykonawca powinien wypełnić to pole jedynie w przypadku, gdy instytucja zamawiająca lub podmiot zamawiający wskazały w stosownym ogłoszeniu lub w dokumentach zamówienia, o których mowa w ogłoszeniu, że wykonawca może ograniczyć się do wypełnienia sekcji w części IV i nie musi wypełniać żadnej z

pozostałych sekcji w części IV: Zamawiający wezwał konsorcjum do poprawy tego błędu lecz nie został on poprawiony i w kolejnych plikach JEDZ również przesłano pliki z zaznaczonym w/w punktem. /Dowód w aktach postępowania: Wezwanie z art. 26 ust. 3 PZP Pakiet IV T. K. 16.12.2019 r., Pliki JEDZ/

- kolejny błąd w JEDZ dotyczy spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Wykonawca miał wykazać się określonym potencjałem osobowym i osobami skierowanymi do wykonania zamówienia. Wszystkie te osoby zgodnie z SIWZ należy wpisać w Części IV lit. C (pkt 2) JEDZ podczas gdy zostały one wpisane w zupełnie innym miejscu w JEDZ, a mianowicie w Części IV lit. C (pkt 6) JEDZ, czyli zamiast w punkcie 2 zostały umieszczone w punkcie 6. Świadczy to o tym jakby wykonawca nie dysponował osobami przeznaczonymi do realizacji zamówienia.

- Wykonawca również nie spełnił warunków udziału w postępowaniu, ponieważ nie wskazał w JEDZ zgodnie z SIWZ podstawy dysponowania osobami przeznaczonych do realizacji

zamówienia. BIO - Forest w swoim pliku JEDZ wskazał jednego pracownika: M. M. - Operator - Nr upraw.: 0/29/00282/12 - Umowa o pracę. Natomiast Zamawiający w SIWZ w pkt 7.1, lit a) wyraźnie wskazał: „(...) We wskazanej części JEDZ należy podać informacje nt. danych personalnych (imię i nazwisko) osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, zakresu wykonywanych przez nich czynności, posiadanych uprawnień (jeżeli są wymagane) oraz podstawy dysponowania, a w stosunku do osób nadzoru należy podać również ich wykształcenie. Przy pracowniku musi znajdować się informacja czy jest to pracownik własny czy oddany do dyspozycji”. Wykonawca nie wypełnił w/w dyspozycji, nie wskazał ani podstawy dysponowania ani wykształcenia. Brak tej informacji świadczy o braku spełnienia warunku udziału w postępowaniu, ponieważ bo nie znamy podstawy dysponowania pracownikiem, a stwierdzenie umowa o pracę nie jest wystarczające, bowiem może to być umowa o pracę zarówno z wykonawcą jak i z podmiotem udostępniającym pracownika wykonawcy do dyspozycji. Oczywistym jest fakt że pracownik musi być zatrudniony na o umowę o pracę, ale nie wiemy, gdzie jest zatrudniony, nie wiemy czy jest to pracownik wykonawcy. Brak tej informacji świadczy o tym, iż konsorcjum nie posiada wymaganej liczby osób do realizacji zamówienia, a tym samym nie spełnia warunku udziału w postępowaniu. Informacji tej nie ma ani w druku JEDZ, ani też w załączniku nr 11: wykaz osób. /Dowód w aktach postępowania: Pliki JEDZ, Załącznik nr 11/.

Zamawiający wskazał, aby wykonawca wykazał się określonym potencjałem technicznym do realizacji zamówienia. W SIWZ zamawiający wskazał na wykazanie się celem spełnia warunków udziału w postępowaniu ściśle określoną ilością sprzętu: „6.2. W postępowaniu mogą brać udział Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1b PZP dotyczące: 3) zdolności technicznej lub zawodowej

b) Warunek ten, w zakresie potencjału technicznego, zostanie uznany za spełniony, jeśli Wykonawca wykaże, że dysponuje lub będzie dysponować:

IV) dla Pakietu IV co najmniej 2 szt. ciągników zrywkowych lub ciągników przystosowanych do zrywki drewna"

Natomiast, konsorcjum zarówno w druku JEDZ, jak również w załączniku nr 12 - WYKAZ URZĄDZEŃ TECHNICZNYCH DOSTĘPNYCH WYKONAWCY wykazało dysponowanie tylko jednym ciągnikiem zrywkowym: Ciągnik do zrywki BIAŁORUŚ Nr. VIN 73419. Brak wymaganej liczby sprzętu wskazuje na brak spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający literalnie wskazał jakim sprzętem ma dysponować wykonawca, konkurencyjne konsorcjum musiało się wykazać jakim sprzętem będzie pracowało i co najważniejsze, jakie będzie przeznaczenie tego sprzętu, a ciągnik zrywkowy powinien występować w licznie 2 sztuk. /Dowód w aktach postępowania: SIWZ, Załącznik - wykaz urządzeń/.

Wykonawca nie złożył ważnego wadium. Wykonawca jako wadium wniósł Oświadczenie Poręczyciela o udzieleniu poręczenia zapłaty wadium. Oświadczenie powinno zostać udzielone całemu konsorcjum lub jednego z członków ze wskazaniem w treści wadium, iż zabezpiecza ono wadium z tytułu oferty składanej wspólnie z innymi wykonawcami przez tego wykonawcę. Istotne jest bowiem czy poręczyciel poręczył za wadium z tytułu samodzielnego złożenia oferty przez wykonawcę czy też z tytułu oferty wspólnej. Oświadczenie Poręczyciela o udzieleniu poręczenia zapłaty wadium wystawione

jest jedynie na jednego z wykonawców: Zakład Usług Leśnych, T. K. z siedzibą: Antoniewo 27, 64-720 Lubasz. Zgodnie z literalnym zapisem w SIWZ w punkcie: „9.6. Treść gwarancji wadium musi zawierać następujące elementy: 1) nazwę dającego zlecenie (Wykonawcy), beneficjenta gwarancji/poręczenia (Zamawiającego), gwaranta (banku lub instytucji

ubezpieczeniowej udzielających gwarancji/poręczenia) oraz wskazanie ich siedzib.". W zaistniałej sytuacji powołując się na zapisy SIWZ gwarancja musi być wystawiona na konsorcjum, a nie na jednego członka konsorcjum, ponieważ wykonawcą jest tu konsorcjum jako związana umową organizacja zrzeszająca kilka podmiotów gospodarczych na określony czas. Wadliwość wadium wynika z tego, iż w oświadczeniu poręczyciela wskazano z nazwy tylko jednego członka konsorcjum (Lidera), jednakże nigdzie nie wskazano, iż działa on w charakterze Lidera konsorcjum czy chociaż członka składającego wspólnie ofertę. Oznaczało to, że gwarancja zabezpieczała ofertę samodzielnie, a nie ofertę złożoną w postępowaniu przez całe Konsorcjum.

Stanowisko takie znalazło odzwierciedlenie w wyroku KIO z 17.09. 2015 r, sygn. akt: KIO 1936/15, gdzie Izba nakazała wykluczenie Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Zdaniem Prezesa UZP przesłanki zatrzymania wniesionego przez oferenta wadium materializują się odrębnie dla każdego konsorcjanta, co skutkuje koniecznością wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia z uwagi na niewniesienie wadium. Ponadto Prezes UZP stanął na stanowisku, że solidarna odpowiedzialność konsorcjantów występuje już na etapie postępowania przetargowego, a nie dopiero po wyborze najkorzystniejszej oferty. Roszczenia wynikające z poręczenia czy też innego dokumentu gwarancyjnego powstają wyłącznie w odniesieniu do okoliczności przewidzianych w treści tej gwarancji, zarówno jeśli chodzi o jej zakres przedmiotowy, jak i podmiotowy, a założenie, że profesjonalny podmiot będący gwarantem obejmie swoją odpowiedzialnością okoliczności dotyczące wykonawcy, o którym nie miał wiedzy zawierając umowę, należy uznać za bezpodstawne zarówno z prawnego, jak i z praktycznego punktu widzenia. Jak wskazuje się w praktyce „Oferenci występujący w formie konsorcjum muszą mieć świadomość, że gwarancja wadialna wystawiona wyłącznie na jednego członka konsorcjum może się okazać bezskuteczna w sytuacjach, w których zamawiający będzie chciał z niej skorzystać z przyczyn leżących po stronie konsorcjanta nieobjętego gwarancją, a wtedy zamawiający zostanie pozbawiony ochrony, gdyż nie będzie mógł skorzystać ustanowionego zabezpieczenia”. (Eugeniusz Kowalewski oraz Władysław Wojciech Mogiński w „Gwarancji ubezpieczeniowej członka konsorcjum jako wadium w postępowaniu o uzyskanie przez konsorcjum zamówienia publicznego”; źródło: „Wiadomości Ubezpieczeniowe”, nr 1/2014 r.). Wniesienie wadium należy uznać za prawidłowe, jeżeli daje ono Zamawiającemu możliwość skutecznego zrealizowania swoich roszczeń w przypadku zaistnienia okoliczności uzasadniających zatrzymanie wadium, wtedy bowiem spełnia ono swoją zabezpieczającą rolę. W świetle przedstawionej powyżej argumentacji stwierdzić należy, że w przypadku objęcia gwarancją (poręczaniem) tylko jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, gwarant będzie miał możliwość uchylenia się od zapłaty sumy gwarancyjnej, w sytuacji, gdy przyczyny uzasadniające zatrzymanie wadium zaistnieją po stronie drugiego z wykonawców (wyroki KIO: z dnia 20 lipca 2010 r., sygn. akt KIO 1408/10 oraz z dnia 15 września 2014 r., sygn. akt KIO 1785/14). Nie można więc uznać, że oferta wspólna została prawidłowo zabezpieczona wadium. Analogiczne stanowisko wyrażono w orzecznictwie KIO, tj. w wyroku z dnia 7 stycznia 2015 r., sygn. akt KIO 2694/14, w wyroku z dnia 5 maja 2015 r., sygn. akt KIO 813/15, w wyroku z dnia 22 maja 2015 r., sygn. akt KIO 974/15 oraz w wyroku z dnia 1 lipca 2015 r., sygn. akt KIO 1251/15, jak również w orzecznictwie sądów okręgowych, np. w wyrok Sąd Okręgowy w Katowicach, Wydział III Cywilny - Odwoławczy z dnia 24 marca 2005 r., sygn. akt: III Ca 39/05.

Ponadto co jest niezwykle istotne: Firma wystawiające poręczenie zapłaty wadium zgodnie z KRS poręcza tylko za firmy z województwa wielkopolskiego. W skład Konsorcjum wchodzi 2 firmy spoza województwa wielkopolskiego : 1. BIO-FOREST Sp. z o.o. , Strzemieszko

2, 73-150 Łobez (województwo zachodniopomorskie), 2. MIRGOL Sp. z o.o. , ul. Orla 8, 78-650 Mirosławiec (województwo zachodniopomorskie). Poręczyciel nie zabezpiecza ofert i oferentów spoza tego województwa. Powiadomiliśmy o tym Nadleśnictwo, które to wysłało zapytanie do poręczyciela: /Dowód: Pismo w postępowaniu S.270.195.2019 Poręczyciel udzielił odpowiedzi: Dowód: Odpowiedź FRiPWW/ - „W ocenie funduszu jako poręczyciela wspólne ubieganie się (wchodzenie w skład konsorcjum) przez Pana T. K. o udzielenie zamówienia nie ma wpływu na ważność udzielonego poręczenia i zabezpiecza złożona przez niego ofertę .”

Wydaje się, iż taka odpowiedź to nadużycie i stanowi zmianę treści udzielonego poręczenia, co nie jest dopuszczalne przez Pzp. Poręczenie nie może budzić wątpliwości i musi być ważne na dzień składania ofert. Konieczność w/w zapytania powoduje, iż na dzień składania ofert nie było pewności, czy wadium będzie skutecznie zabezpieczone. A w przypadku konieczności wypłaty z wadium, być może odpowiedź poręczyciela byłaby zupełnie inna. Wskazał na wyrok KIO z 22.12.2017 r., sygn. akt KIO 2593/17, gdzie Izba stwierdziła: „dokument gwarancji wadialnej nie może zostać uzupełniony na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, ani też nie może podlegać wyjaśnieniom na podstawie art. 87 ust. 1 ww. ustawy, bowiem nie stanowi treści oferty.”; „gwarancja bankowa, jak i ubezpieczeniowa nie są jednostronnymi czynnościami prawnymi, ale umowami, co powoduje, że do wykładni

oświadczeń woli w nich zawartych znajduje zastosowanie nie tylko przepis art. 65 § 1, ale i 65 § 2 k.c. Gwarancja jest bowiem umową pomiędzy bankiem - gwarantem a beneficjentem gwarancji, przy czym stroną jednostronnie zobowiązaną jest bank wystawiający gwarancję";

Powyższe należy odpowiednio odnieść do poręczenia jako dokumentu zbliżonego do gwarancji. Dlatego uważamy za bezprawne działanie Nadleśnictwa w tym zakresie. Jeżeli zamawiający miał wątpliwości co do wadium, miał prawo wystąpić o wyjaśnienia wyłącznie do wykonawcy a nie wystawcy, a jakakolwiek odpowiedź wystawcy poręczenia nie może po terminie składania ofert skutecznie rozszerzyć treści dokumentu o objęcie nim oferty wspólnej. /Dowód w aktach postępowania: Wadium Pismo w postępowaniu S.270.195.2019 Odpowiedź FRiPWW/.

Wykonawca nie spełnił warunku udziału w postępowaniu w zakresie wykazania niekaralności oraz popełnił czyn karalny przeciwko zamówieniom publicznym. Konkurencyjne konsorcjum złożyło w postępowaniu dokumenty KRK z błędami: KRK osoba a. D. O. BIO FOREST Pakiet IV KRK osoba a. P. B. MIRGOL KRK osoba a. P. B. MIRGOL Pakiet IV KRK osoba a. T. K. . Dokumenty te mają wykreślone dane i 2 z nich opatrzone są pieczęcią za zgodność z oryginałem i podpisane przez Lidera T. K. i opatrzone jego pieczęcią. Oryginalne dokumenty nie posiadają żadnych wykreśleń, ponieważ nie zostałyby przyjęte przez oddział Sądu wydającego informacje KRK. Takie przedłożenie dokumentu i potwierdzanie go za

13

zgodność z dokumentem oryginalnym uważam czyn przestępczy, ponieważ nie odzwierciedlają one autentycznej treści - zawierają skreślenia naniesione na dokument po jego wystawieniu przez sąd. Czyn zabroniony odnoszący się wprost do systemu zamówień publicznych został opisany w art. 297 par. 1 k.k. Przestępstwo z tego przepisu popełnia ten, „kto w celu uzyskania dla siebie lub kogoś innego od organu lub instytucji dysponujących środkami publicznymi zamówienia publicznego przedkłada podrobiony, przerobiony, poświadczający nieprawdę albo nierzetelny dokument albo nierzetelne pismemne oświadczenie dotyczące okoliczności o istotnym znaczeniu dla uzyskania wymienionego zamówienia". Jako że przestępstwo z art. 297 par. 1 k.k. jest przestępstwem formalnym, dla wypełnienia jego znamion nie ma znaczenia, czy został osiągnięty cel w postaci uzyskania zamówienia publicznego. W odniesieniu do zamówień publicznych znamionami przestępstwa są zatem:

- działanie w zamiarze uzyskania zamówienia publicznego, - przedłożenie podrobionego, przerobionego, poświadczającego nieprawdę albo nierzetelnego dokumentu albo nierzetelnego pismemnego oświadczenia dotyczącego okoliczności o istotnym znaczeniu dla uzyskania wymienionego zamówienia.

W tym miejscu warto jest podkreślić to, że przedmiotem czynności przedłożenia ma być: - dokument, który jest dokumentem podrobionym, przerobionym (art. 270 k.k.), poświadczającym nieprawdę (art. 271 k.k.), ale także:

- dokument, który nie jest sfalszowany, lecz jest nierzetelny (art. 297 k.k.), oraz
- nierzetelne oświadczenie (złożone w formie pismemnej) dotyczące okoliczności o istotnym znaczeniu dla uzyskania m.in. zamówienia publicznego. A zatem jeśli tylko dokument lub oświadczenie ma istotne znaczenie, a w przypadku zamówień publicznych niemal zawsze takie znaczenie ma, to wypełnione są znamiona strony przedmiotowej ww. przepisu. Dlatego należy przypomnieć, że zgodnie z art. 115 par. 14 k.k. dokumentem jest każdy przedmiot lub inny zapisany nośnik informacji, z którym jest związane określone prawo, albo który ze względu na zawartą w nim treść stanowi dowód prawa, stosunku prawnego lub okoliczności mającej znaczenie prawne. Nie ma przy tym znaczenia, kto podrobi czy przerobi taki dokument. Istotne znaczenie ma jedynie jego niezgodność z rzeczywistością.

/Dowód w aktach postępowania: KRK osoba a. D. O. BIO FOREST Pakiet IV KRK osoba a. P. B. MIRGOL KRK osoba a. P. B. MIRGOL Pakiet IV KRK osoba a. T. K./.

Konsorcjum złożyło załączniki które zostały podpisane przez osobę, która nie posiadała umocowania do reprezentowania konsorcjum. Zgodnie z pełnomocnictwem wszystkie dokumenty ma podpisywać lider, a zostały one podpisane :

- Załącznik 10 - WYKAZ WYKONANYCH USŁUG - podpisany został przez MIRGOL Sp. z o.o. Ul. Orła 8, 78-650 Mirosławiec reprezentowaną przez A. B.

- Załącznik 11 - WYKAZ OSÓB SKIEROWANYCH PRZEZ WYKONAWCĘ DO REALIZACJI ZAMÓWIENIA, został podpisany przez BIO-FOREST Sp. z o.o. Strzemie 2, 73-150 Łobez

REPREZENTOWANY PRZEZ D. B. O. . W załączniku tym nie podano również podstawy dysponowania pracownikiem, co jest wymagane i stanowi przesłankę wykluczenia

wykonawcy.

Zamawiający w dniu 24.01.2020 r. (za pomocą Platformy ePUAP) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 27.01.2020 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) Konsorcjum Zakład Usług Leśnych zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 07.02.2020 r. (email) Konsorcjum Zakład Usług Leśnych przesało swoje pismo procesowe wraz ze szczegółową argumentacją na 22 stronach. Wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopie przekazano na posiedzeniu.

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO nie wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołanie. Stosowna odpowiedź została złożona przez Zamawiającego po otwarciu posiedzenia i przekazana stronie oraz Przystępującemu. Zawierała szczegółową argumentację na 13 stronach.

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

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia. Odwołujący, którego oferta uplasowała się na drugiej pozycji w rankingu złożonych ofert, w wypadku potwierdzenia zarzutów ma szansę na uzyskanie zamówienia.

Skład orzekający Izby dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego na płycie CD.

Podobnie, Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego również złożone wraz z odpowiedzią na odwołanie przez Zamawiającego jako dowód:

- informacje od wystawcy referencji złożonej przez Przystępującego w postępowaniu, tj. pismo z 06.02.2020 r. z Nadleśnictwa Wąlcz.

Dodatkowo, Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego również złożone na rozprawie przez Zamawiającego jako dowód:

- wydruk z skrzynki e-PUAP z 13.01.2020 r.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także złożone pisma procesowe w sprawie, stanowiska i oświadczenia złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu następujące zarzuty:

1) Art. 24 Pzp w zakresie zaniechania wykluczenia w/w konsorcjum pomimo nie spełniania przez niego warunków udziału w postępowaniu wskazanych w SIWZ; 2) Art. 23 w zw. z art. 9 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 1 oraz pkt 8 Pzp w zakresie zaniechania odrzucenia oferty w/w konsorcjum pomimo nie podpisania szeregu dokumentów składanych w postępowaniu przez lidera konsorcjum jako jedyne uprawnione pełnomocnika do reprezentowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia; 3) Art. 89 ust. 1 pkt 1 oraz 24 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy i jego wykluczenia pomimo błędów w dokumentach JEDZ; 4) Art. 23 w zw. z art. 9 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 1 oraz pkt 8 Pzp w zakresie zaniechania odrzucenia oferty w/w konsorcjum pomimo nie udzielenia liderowi

konsorcjum pełnomocnictwa przez osobę uprawnioną do reprezentowania Bio-Forest Sp. z o.o.; 5) Art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy pomimo sfalszowania przez niego dokumentów KRK; 6) Art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp poprzez brak wniesienia ważnego wadium; 7) Art. 91 w zw. z art. 24 i art. 89 Pzp poprzez wybór oferty, która powinna zostać odrzucona, a wybrany wykonawca wykluczony z postępowania.

Dokonał ich także uszczegółowienia, według którego zostaną one rozpoznane:

- 1) Zarzut zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego pomimo nie udzielenia Liderowi Konsorcjum pełnomocnictwa przez osobę uprawnioną do reprezentowania BIO-FOREST Sp. z o.o.,
- 2) Zarzut niespełnienia warunków udziału w postępowaniu przez Przystępującego - tj. warunku w zakresie doświadczenia wykonawcy,
- 3) Zarzut dotyczący braku prawidłowego umocowania osoby podpisującej odpowiedź na wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 13.01.2020 r.,
- 4) Zarzut dotyczący rzekomych nieprawidłowości informacji z banku przedłożonych w postępowaniu przez Przystępującego,
- 5) Zarzut dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 oraz art. 24 ustawy Pzp Zarzuty dotyczące rzekomych „błędów” w Jednolitym Europejskim Dokumencie Zamówienia oraz w złożonych dokumentach,
- a) Zarzut dotyczący uzupełnienia oświadczenia JEDZ z datą po terminie składania ofert,
- b) Zarzut dotyczący dodatkowego wypełnienia sekcji alfa w oświadczeniach JEDZ Przystępującego,
- c) Zarzut dotyczący wpisania osób, którymi dysponuje Konsorcjum, w nieodpowiedniej rubryce JEDZ,
- d) Zarzut braku określenia podstawy dysponowania w odniesieniu do p. M. M., wskazanego w JEDZ wykonawcy BIO-FOREST na stanowisko Operatora,
- 6) Zarzut dotyczący nie wskazania dwóch sztuk ciągników zrywkowych lub ciągników przystosowanych do zrywki drewna, tak w JEDZ-u, jaki i wykazie urządzeń,
- 7) Zarzut dotyczący wadium,
- 8) Zarzut dotyczący domniemanego „czynu przestępczego”, który miałby polegać na wypełnieniu znamion art. 297 § 1 Kodeksu karnego - przez „wykreślenia” na dokumentach składanych w postępowaniu - jest całkowicie bezzasadny.
- 9) Zarzut dotyczący podpisania załączników złożonych na wezwanie - tj. wykazu usług oraz wykazu osób - odpowiednio przez Konsorcjantów, których dotyczyły te oświadczenia.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie do przedmiotowego odwołania:

W pierwszej kolejności Izba przywołuje stan faktyczny wynikający z treści odwołania oraz złożonej na posiedzeniu odpowiedzi na odwołanie Zamawiającego oraz pisma procesowego Przystępującego. Skład orzekający Izby stwierdził, że nie było sporu co do zaistniałego stanu faktycznego, ale dopuszczalności określonych działań ze strony Zamawiającego w kontekście sformułowanych wymogów w postępowaniu oraz wszystkich okoliczności zaistniałych w postępowaniu. Ich ocena był odmienna między stronami.

Szczegółowe odniesienie do poszczególnych kwestii będzie miało miejsce w ramach rozpatrywanych zarzutów.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Izba oddaliła zarzut pierwszy, zgodnie bowiem z literalnym brzmieniem zarzutu, chodził w nim o to, iż pełnomocnictwo lidera z 25.11.2019 r. zostało podpisane przez osobę nie wskazaną w KRS-ie BIO-Forest Sp. z o.o. W przedmiotowym stanie faktycznym zgodnie z dokumentacją postępowania przekazaną przez Zamawiającego, Izba stwierdziła, że pełnomocnictwo z ramienia członka konsorcjum BIO-Forest Sp. z o.o. zostało podpisane przez osobę wskazaną w KRS-ie, zarazem umocowaną do reprezentowania, tj. p. D. O..

Odmienne stanowisko Odwołującego zawarte w odwołaniu jest nieuzasadnione i

błędne. Powyższe potwierdza kwalifikowany podpis elektroniczny złożony pod pełnomocnictwem (co zostało zweryfikowane na podstawie załączonego do dokumentacji przez Zamawiającego raporty weryfikacji podpisu). Pozwala on na ustalenie tożsamości tej osoby. Inne kwestie poruszone przez Odwołującego na rozprawie stanowią modyfikację zarzut i nie podlegają rozpatrzeniu (art. 192 ust. 7 Pzp). Niewątpliwie lider konsorcjum został prawidłowo umocowany przez konsorcjanta do reprezentacji, w tym do złożenia oferty.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Izba oddaliła zarzut drugi. W pierwszej kolejności należy zauważyć, że ciężar dowodu w zakresie tego, że firma wskazana w referencji nie realizowała określonych usług o zakresie i wartości oczekiwanej przez Zamawiającego, spoczywał na Odwołującym. Nie przedłożył żadnych dowodów chociażby pochodzących od innych członków tego konsorcjum wskazujących na tą okoliczność. Po drugie, Izba wskazuje że z orzeczenia Esaprojekt, wcale nie wynika, iż musi to być doświadczenie w zakresie prac osobiście wykonanych. Wymagany jest natomiast osobisty i bezpośredni udział w wykonaniu co najmniej części zamówienia (vide pkt 62 i 63 orzeczenia C- 387/14). Podobnie w wyroku KIO z 02.07.2019 r., sygn. akt: KIO 108219: „W pkt 64 orzeczenia C-387/14 Trybunał Sprawiedliwości wskazał, że wykonawca nie może polegać na realizacji świadczeń przez innych członków grupy wykonawców, w których realizacji faktycznie i konkretnie nie brał udziału. Ze stanowiska TS nie wynika zatem, jak chciałby odwołujący, możliwość powołania doświadczenia wyłącznie w zakresie prac osobiście wykonanych przez członka konsorcjum. Wymagany jest natomiast osobisty i bezpośredni udział w wykonaniu co najmniej części zamówienia (vide pkt 62 i 63 orzeczenia C- 387/14). Oznacza to, że możliwość powołania się przez wykonawcę na doświadczenie uzyskane w ramach konsorcjum należy oceniać indywidualnie, mając na względzie indywidualne okoliczności danego przypadku.”.

Taki udział Przystępującego, jest bezpośredni i wynika z referencji z 11.12.2019 r., a twierdzenia, że udział jest niewystarczający nie został w żaden sposób wykazany. Tym bardziej, że firma MIRGOL Sp. z o.o. była liderem ówczesnego konsorcjum, a całość wynagrodzenia była płatna na rachunek tego lidera, co wynika wprost z referencji.

W rezultacie należy zauważyć, że warunkiem powoływania się pojedynczego Wykonawcy członka konsorcjum jest jego czynny udział w zarządzaniu sprawami konsorcjum. W tym zakresie Izba wskazuje za wyrokiem KIO z 04.12.2017 r., sygn. akt: KIO 2413/17 „Podkreślenia wymaga, że sam Trybunał Sprawiedliwości UE podnosił, że warunkiem uznania możliwości powołania się na doświadczenie całego konsorcjum przez pojedynczego wykonawcę jest jego czynny udział w zarządzaniu sprawami konsorcjum (Wyrok z dnia 18 lipca 2007 r. w sprawie Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Grecji sygn. C-399/05 - za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO 1854/17). Powyżej wskazane stanowisko dostrzegalne jest w orzecznictwie jak również doktrynie tematu, bowiem ma ono szczególne znaczenie, z jednej strony dające podmiotom realizującym w znacznym rozmiarze kontrakt możliwość wykazywania się nabytym doświadczeniem, z drugiej strony eliminuje możliwość posługiwania się doświadczeniem całego „konsorcjum” przez wykonawców, którzy realizowali kontrakt w marginalnym zakresie”. Odwołujący nie wykazał, że tak nie było, w rezultacie brak jest podstaw do ewentualnego wzywania do wyjaśnień, czy też uzupełnienia Przystępującego.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Izba oddaliła zarzut trzeci. Uznając zasadność argumentacji Zamawiającego i Przystępującego. Należy także wskazać bazując, chociażby na dowodzie złożonym przez Zamawiającego (wydruk z skrzynki e-PUAP z 13.01.2020 r.), iż lider konsorcjum złożył wyjaśnienia, dokonując czynności w imieniu całego konsorcjum, zaś same wyjaśnienia z 13.01.2020 r. zostały podpisane przez danego członka konsorcjum, czyli dany podmiot w zakresie, który jego dotyczyły. Nadto, na mocy postanowień SIWZ oraz we wzywaniu do wyjaśnień także z 13.01.2020 r. znajdowało się pouczenie, że można było poświadczyć za zgodność z oryginałem składane dokumenty, które każdego z nich dotyczyły, to tym bardziej składane wyjaśnienia mogły zostać podpisane przez tego Wykonawcę, którego one dotyczyły: „Poświadczenia za zgodność z oryginałem dokonuje odpowiednio wykonawca, podmiot, na którego zdolnościach lub sytuacji polega wykonawca albo wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego, w zakresie dokumentów lub oświadczeń, które każdego z nich dotyczą”.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Izba oddaliła zarzut czwarty.

W tym zakresie Izba, podnosi za wyrokiem KIO z 09.03.2017 r., sygn. akt: KIO 352/17: „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.”. Izba podzieliła stanowisko wynikające z niniejszego orzeczenia w całej rozciągłości.

W dalszej zaś części tego orzeczenia stwierdza się, względem informacji z banku -

że: „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.”. Izba podzieliła stanowisko wynikające z niniejszego orzeczenia w całej rozciągłości. Dodatkowo, Izba wskazuje, że przedmiotowe wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp jest z 31.12.2019 r. Zaś termin ważności dokumentów wskazany w odwołaniu jest jedynie nadinterpretacją Odwołującego, gdyż jest to data wydruków potwierdzeń salda rachunków. Brak jest podstaw do twierdzenia, że te dokumenty z banku są nieważne, brak jest jakiegokolwiek dowodu w tym zakresie, tzn. że utraciły ważność przed datą wezwania, tj. datą widniejącą na piśmie wzywającym do uzupełnienia. Bazowanie jedynie na dacie wydruku z salda rachunków to zbyt mało. Zgodnie z informacjami wynikającymi z kwalifikowanego podpisu elektronicznego (raport weryfikacji podpisu z dokumentacji przekazanej przez Zamawiającego) - wydruki zostały podpisane - 02.01.2020 r. Z kolei data weryfikacji podpisu dokonana przez Zamawiającego to 14.01.2020 r. Brak jest więc także podstaw do twierdzenia, że owe wydruki nie zostały złożone w terminie - do 13.01.2020 r. W ocenie Izby dokumenty były ważne i aktualne na dzień ich złożenia, przez cały okres postępowania.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Izba oddaliła zarzut piąty.

Odnosnie daty w uzupełnionym JEDZ, Izba nie podzieliła argumentacji

Odwołującego. Data ta ma bowiem charakter wtórny, ważne jest aby informacje podane w tym oświadczeniu były aktualne na dzień składania ofert. Izba w tym zakresie przywołuje wyrok KIO z 10.01.2017 r., sygn. akt: KIO 172/17: „W przypadku uzupełnienia oświadczenia JEDZ, wykonawca składa taki dokument do Zamawiającego, przy czym podkreślenia wymaga, że „zadaniem” tego oświadczenia jest potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz spełnia kryteria selekcji na dzień składania ofert. Fakt tego, że oświadczenie JEDZ potwierdza wstępnie spełnienie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz spełnia

kryteria selekcji na dzień składania ofert - co jednoznacznie wynika z obowiązujących przepisów - prowadzi do wniosków, że data sporządzenia tego dokumentu jest wtórna w stosunku do zawartego w nim oświadczenia, które zawsze składane jest na dzień składania ofert. (...)

Przechodząc do uzupełnienia oświadczenia JEDZ na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, w ocenie Izby - przy uwzględnieniu powyższej argumentacji - można uznać, że niezależnie od tego, jaką datą będzie opatrzony dokument, to oświadczenia złożone są - co wynika z przepisów - zawsze na dzień składania ofert / wniosków. Bowiem to nie data zawarta w oświadczeniu JEDZ stanowi o aktualności tego oświadczenia (oświadczeń zawartych w poszczególnych częściach JEDZA) na dany moment, a przepis ustawy, który jasno i jednoznacznie precyzuje, że oświadczenia są aktualne na dzień składania ofert /wniosków.”.

Odwołujący nie podważył informacji zawartych w JEDZ, tzn. nie wykazał, że są one, tj. uzupełnione JEDZ-e nieaktualne na termin składania ofert. Dodatkowo Izba podkreśla, że pierwotne JEDZ-e członków konsorcjum miały datę w terminie składania ofert (zgodnie

bowiem z raportami weryfikacji podpisu zostały podpisane przez BIO-Forest Sp. z o.o. oraz Mirgol Sp. z o.o. 25.11.2019 r.). Wykonawcy więc działając w tym zakresie, w taki a nie inny sposób mogli kierować się zasadą przywołaną na wstępie. Izba wskazuje też i przytacza ponownie, że data zawarta w JEDZ w przypadku uzupełniania tego oświadczenia „nie stanowi żadnej determinanty, która miałaby wpływ na złożone przez wykonawcę oświadczenia wiedzy zawarte w JEDZ” (za wyrokiem z 04.12.2017 r., sygn. akt: KIO 2413/17). Data sporządzenia poprawionego JEDZ jest „pochodną momentu wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentu. (...) przyjmując to rozumowania Odwołującego, Zamawiający w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia złożonego razem z ofertą dokumentu powinien żądać, by ten złożony w odpowiedzi na wezwanie był podpisany w dacie złożenia oferty, a nie uzupełnienia braków. W praktyce oznaczałoby to antydatowanie dokumentu. Taki rodzaj rozumowania w świetle przepisów prawa jest nieakceptowalny” (za wyrokiem KIO z 30.11.2017 r., sygn. akt: KIO 2429/17). Istnieje zatem zgodny pogląd w orzecznictwie, jak i w doktrynie, że JEDZ uzupełniany na wezwanie z art. 26 ust. 3 Pzp może być opatrzony datą bieżącą.

Odnosnie sekcji alfa, Izba uznała, że decydujące jest, iż pozostałe rubryki o których wypełnienie wnosil Zamawiający w wezwaniu z 16.12.2019 r. zostały wypełnione. W uzupełnionych bowiem przez Przystępującego JEDZ-ach członkowie Konsorcjum poprawili oświadczenia zgodnie z wezwaniem Zamawiającego. Zaznaczenie sekcji alfa stało się w tej sytuacji bezprzedmiotowe, ponieważ członkowie Konsorcjum, czyli Przystępujący - wypełnili wymagane rubryki dotyczące doświadczenia, sytuacji finansowej, zdolności technicznej i zawodowej.

Odnosnie omyłkowego wpisania w niewłaściwym miejscu JEDZ informacji

dotyczących osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia (wypełniono

część IV lit. C. pkt 2 JEDZ zamiast pkt 6). W ocenie Izby, tego typu okoliczność, nie zmienia faktu, że Zamawiający posiadał wiedzę w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej w tym zakresie, a opisywana omyłka mogła mieć co najwyżej charakter formalny, lecz nie materialny. W okolicznościach przedmiotowej sprawy, odmienne stanowisko byłoby zbyt daleko idącym przejawem formalizmu.

Odnosnie braku wskazania „podstawy dysponowania ani wykształcenia” p. M. M.

(operator harwestera), tak w JEDZ-u, jak i wykazie osób - zarzut w tym zakresie jest

niezasadny. Po pierwsze, Zamawiający wymagał wskazania wykształcenia tylko w przypadku osób do nadzoru (a nie operatorów harwestera). Po drugie, wskazanie „umowa o pracę” jest wystarczające do uznania, że p. M. M. powinien być kwalifikowany jako pracownik własny spółki BIO-Forest Sp. z o.o. Tego rodzaju wpis jest także dość powszechny w praktyce zamówień publicznych dla określenia pracownika własnego.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Izba oddaliła zarzut szósty. Zarzut w tej części odnosi się „braku wymaganej liczby sprzętu”. Zamawiający wymagał w SIWZ, aby wykonawca dysponował minimum 2 szt. ciągników zrywkowych lub ciągników przystosowanych do zrywki drewna. Przystępujący wykazał dysponowanie - w ramach zał. nr 12 do SIWZ /Wykaz urządzeń technicznych dostępnych Wykonawcy - złożony na wezwanie z 31.12.2019 r. w trybie art. 26 ust. 1 Pzp /:

- ciągnikiem do zrywki BIAŁORUŚ nr rej. PCT 08..., nr VIN 734...,
- Forwarderem John Deere 1010 D EKO 3, nr VIN WJB1010D004...

W tym zakresie Odwołujący sam przyznał na rozprawie (okoliczność przyznana - art. 190 ust. 5 zd. 2 Pzp), że tym drugim ciągnikiem był forwarder. Nadto, Zamawiający potwierdził, że była to dla niego wiedza notoryjna, z racji charakteru prowadzonej przez niego działalności. W konsekwencji, Izba przychyliła się do stanowiska Zamawiającego z jego odpowiedzi na odwołanie, że forwarder jest typowym ciągnikiem zrywkowym.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Izba oddaliła zarzut siódmy. W tym zakresie dzieląc stanowisko Zamawiającego (za wyrokiem SO w Warszawie z 25.08.2015 r., sygn. akt: XXIII Ga 1072/15: „Izba ma prawo

podzielić zarzuty i wartościową argumentację jednego z uczestników, zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów, co słusznie zauważył uczestnik w odpowiedzi na skargę.”), że

o zakres odpowiedzialności poręczyciela decyduje zakres odpowiedzialności dłużnika. Zgodnie bowiem z przepisem art. 45 ust. 6 pkt 5 Pzp wadium może być wnoszone w formie poręczeń udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (tekst jednolity: Dz. U. z 2019 r., poz. 310 ze zmianami). Są to tzw. fundusze poręczeniowe. Warto w tym miejscu zaznaczyć, że uregulowana w ustawie z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (tekst jednolity: Dz. U. z 2019 r., poz. 1145 ze zmianami) umowa poręczenia ma inny charakter niż gwarancja ubezpieczeniowa, czy gwarancja bankowa. Przede wszystkim zgodnie z przepisem art. 879 §1 KC o zakresie zobowiązania poręczyciela rozstrzyga każdorazowy zakres zobowiązania dłużnika. Jest to swoista cecha poręczenia, czy nawet element essentialia negotii — akcesoryjność poręczenia, czyli uzależnienie zobowiązania poręczyciela od zakresu zobowiązania głównego (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 24 października 2014 r., sygn. I ACa 505/14). Oznacza to, że o zakresie odpowiedzialności poręczyciela decyduje zakres odpowiedzialności dłużnika głównego (tak m.in. J. Gołaczyński, Komentarz do art. 879, [w:] (red.) E. Gniewek, P. Machnikowski, Kodeks cywilny. Komentarz 9. wydanie, Warszawa 2019, wyd. C. H. Beck). Zatem jest to odmienna sytuacja prawna, niż w przypadku gwarancji ubezpieczeniowej, czy też gwarancji bankowej. W przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, czyli u Przystępującego, zakres odpowiedzialności dłużnika głównego (czyli lidera) jest wyznaczany przez solidarną odpowiedzialność wszystkich członków konsorcjum, która występuje już na etapie postępowania przetargowego. Z tej przyczyny złożone poręczenie z 25.11.2019 r. Funduszu Rozwoju i Promocji Województwa Wielkopolskiego było wiążące dla całego konsorcjum z uwagi na zakres odpowiedzialności dłużnika głównego, czyli lidera, tym bardziej, że w momencie wystawienia poręczenia na mocy pełnomocnictwa z 25.11.2019 r. był pan T. K. już liderem całego konsorcjum.

W zakresie pozostałych wątpliwości Odwołującego, Izba po pierwsze przywołuje wyrok KIO z 20.09.2018 r., sygn. akt: KIO 1782/18, który zapadł w podobnych okolicznościach sprawy: „Izba odnosząc się do stanowiska Odwołującego, jakoby Podlaski Fundusz Poręczeniowy nie był podmiotem uprawnionym o którym mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy o PARP do wystawienia poręczenia wadialnego na rzecz Przystępującego z uwagi na okoliczność, iż Przystępujący ten nie spełnia wymagań, aby posiadać status MSP wskazuje, iż Izba uprawniona jest do rozpatrywania odwołań wnoszonych przez podmioty o których mowa w art. 179 ustawy Pzp na sprzeczne z prawem czynności i zaniechania Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Izba nie posiada natomiast kognicji do kontrolowania prawidłowości działania podmiotów, które nie posiadają

statusu wykonawcy bądź Zamawiającego w postępowaniu. Tym samym Izba w przedmiotowym postępowaniu nie mogła ocenić, czy Podlaski Fundusz Poręczeniowy był uprawniony do udzielenia poręczenia wadialnego Przystępującemu i czy nie przekroczył w tym zakresie przyznanych mu uprawnień z uwagi na okoliczności podnoszone przez Odwołującego, tj. iż Przystępujący nie może zostać potraktowany jako przedsiębiorca posiadający status MSP oraz z uwagi na okoliczność, iż siedziba Przystępującego wykracza

poza obszar działalności Funduszu. Tym samym Izba, wbrew stanowisku Odwołującego nie mogła ocenić, że Fundusz w rozpatrywanej sprawie nie działał jako fundusz poręczeniowy na podstawie art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy o PARP.

Wskazać należy, że prawidłowość działania Podlaskiego Funduszu Poręczeniowego jest nadzorowana przez Polską Agencję Rozwoju Przedsiębiorczości i to właśnie Agencja jest podmiotem uprawnionym do ewentualnej kontroli, czy Fundusz udzielając poręczenia wadialnego Przystępującemu działał w zakresie przyznanych mu uprawnień, czy też je przekroczył. W sprawie wskazać należy, że zgodnie z art. 190 ust.1 ustawy Pzp strony i uczestnicy postępowania są zobowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą określone skutki prawne. Stosownie do art. 6 Kodeksu cywilnego stosowanego do postępowań odwoławczych poprzez przepis art. 14 ustawy Pzp wskazać należy, że ciężar udowodnienia faktu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania Izby dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami poniesienia realizacji tego obowiązku lub jego nieskuteczności. Tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania odwoławczego. Interpretacja pojęcia „faktu” musi prowadzić do łączenia go wyłącznie z faktami prawnymi. Tylko z takimi faktami bowiem normy prawa materialnego wiążą w swych hipotezach określone konsekwencje prawne (vide: Wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z 2007-11-07 II CSK 293/07).

Należy zauważyć, że de lege lata postępowanie przed Izbą ma charakter całkowicie kontrydiktoryjny. Zatem obowiązkiem strony na której spoczywa ciężar dowodu jest

wskazanie wszystkich okoliczności, od których zależy powodzenie wnoszonego odwołania. Tutaj niewątpliwym jest, iż ciężar dowodowy obciążał Odwołującego, który jednak na poparcie swoich twierdzeń żadnego dowodu, który w sposób kategoryczny i pewny przesądzałby o zasadności podniesionych zarzutów, nie przedstawił.

Odwołujący na rozprawie i w piśmie procesowym wywodził, iż z uwagi na fakt, że Przystępujący nie może zostać zaliczony do kategorii przedsiębiorców posiadających status MŚP to Podlaski Fundusz Poręczeniowy udzielił poręczenia niezgodnie z art. 4 ust. 1b ustawy o utworzeniu PARP, w konsekwencji czego powyższe nie stanowi skutecznego udzielania wadium przez podmiot, o którym mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy o utworzeniu PARP. Powyższe twierdzenia nie zostały poparte jakimkolwiek dowodem. Pierwszym i podstawowym dowodem mogącym mieć znaczenie dla rozstrzygnięcia przedmiotowej

sprawy byłoby np. pismo Podlaskiego Funduszu Poręczeniowego w którym Fundusz stwierdzałby, że wystawił dokument wadialny, gdyż złożone dokumenty przez

Przystępującego dla zawarcia umowy o wadium wprowadzały go w błąd. Podkreślić należy, że Odwołujący nie tylko takiego dokumentu nie złożył, ale jak stwierdził na rozprawie nawet nie podjął czynności, aby stanowisko Funduszu w tej sprawie uzyskać.

Wobec tego Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał, iż udzielone Przystępującemu poręczenie wadialne było obarczone wadą prawną i tym samym było nieprawidłowe."

W następnej kolejności podnosząc, że w przedmiotowej sprawie, tak jak w przytoczonej na wstępie były podmioty, które miały siedzibę poza obszarem działalności funduszu (inny niż lider członkowie konsorcjum), w tym wypadku - Funduszu Rozwoju i Promocji Województwa Wielkopolskiego, który zgodnie ze swoim KRS-em zabezpiecza interesy przedsiębiorców działających na obszarze województwa wielkopolskiego, czyli poza województwem wielkopolskim. W okolicznościach sprawy Odwołujący nie przedstawił dowodu, np. pisma Funduszu Rozwoju i Promocji Województwa Wielkopolskiego, w którym

Fundusz stwierdzałby, że wystawił dokument wadialny, gdyż złożone dokumenty przez

Przystępującego dla zawarcia umowy o wadium wprowadzały go w błąd. Wręcz przeciwnie Izba jest w dyspozycji pisma z Funduszu, który uzyskał bezpośrednio Zamawiający (w odpowiedzi na pismo z 07.01.2020 r.), w którym Fundusz stwierdził m.in., że na ważność poręczenia nie ma wpływu okoliczność, że część członków konsorcjum tworzącego Przystępującego stanowią podmioty spoza województwa wielkopolskiego. Wynika więc z niego i na tą wyłącznie okoliczność Izba uznała przedmiotowe pismo, jako dowód w sprawie, że Funduszu Rozwoju i Promocji Województwa Wielkopolskiego nie cofnął poręczenia.

Nadto, w tym kontekście Izba uznała za wiarygodne stanowisko Zamawiającego z odpowiedzi na odwołanie, że: „(.) dla Funduszu najistotniejsze jest to, że jeden z członków Konsorcjum jest z woj. wielkopolskiego, to po pierwsze, a po drugie to, że zamówienie publiczne będzie realizowane na terenie woj. wielkopolskiego. (...)”.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Izba oddaliła zarzut ósmy. Z okoliczności bowiem przedmiotowej sprawy wynika, że dokumenty KRK zostały złożone przez wszystkich członków Konsorcjum w sposób prawidłowy, bez żadnych skreśleń, co ma odzwierciedlenie w dokumentacji z przedmiotowego postępowania dostarczonej przez Zamawianego. Zarzut, jako taki jest, zaś wynikiem nieporozumienia i błędnego przeświadczenia Odwołującego, który uznał dokumenty przesłane mu przez Zamawiającego w ramach wglądu do dokumentacji (e-mailem), a które podlegały anonimizacji, za dokumenty złożone w postępowaniu przez Przystępującego. Izba potwierdza okoliczność złożenia dokumentów bez skreśleń, bazując na dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego, jak i okazanym e-mailem przez Odwołującego na rozprawie, z którego wynikało, iż wykreśleniu podlegały dane wrażliwe, takie jak PESEL. Nadto, po wyjaśnieniu istoty zarzutu i zaistniałych okoliczności na rozprawie, Odwołujący wycofał złożone na rozprawie wnioski dowodowe i w replice nie przedstawiał żadnych dodatkowej argumentacji, choć zarzut jako taki nie został wycofany.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Izba oddaliła zarzut ósmy. Zarzut dotyczył - zarówno wykazu osób (zał. nr 11 do SIWZ), jak i wykazu usług wykonanych (zał. nr 10 do SIWZ). W tym zakresie, Izba podzieliła argumentację przedstawioną w ramach zarzutu drugim. Należy też zgodzić się z Przystępującym, iż samo złożenie tych dokumentów przez Lidera Konsorcjum -

p. T. K. - w taki sposób, że to on przedkłada je Zamawiającemu za pośrednictwem swojej skrzynki ePuap oraz podpisuje całą przesyłkę (podpisem w ePuap) na etapie składania w ePuap - ma istotne znaczenie. Niewątpliwie też spełnia niniejsze /co do istoty/, w ocenie Izby, warunki od których Odwołujący uzależniał na rozprawie uznanie dokumentów złożonych na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 Pzp z 31.12.2019 r., za ważne. W pozostałym zakresie tak jak przy zarzucie drugim.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

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

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. b oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j.: Dz. U. z 2018 r. poz. 972). Izba uznała wniosek

Zamawiającego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł, tj. zgodnie z przedłożonym rachunkiem (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

Przewodniczący: