

Sygn. akt: KIO 434/23

WYROK

z dnia 2 marca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 lutego 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 lutego 2023 r. przez wykonawcę G. H., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą G. H. Usługi Leśne w Brennej w postępowaniu prowadzonym przez Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Ustroń

przy udziale wykonawcy P. G., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Winter Forest P. G. w Wiśle, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę G. H., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą G. H. Usługi Leśne w Brennej, i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę G. H., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą G. H. Usługi Leśne w Brennej tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 434/23

U z a s a d n i e n i e

I. Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Ustroń (dalej: Zamawiający), prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. -Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych albo PrZamPubl) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej i szkółkarskiej na terenie Nadleśnictwa Ustroń w roku 2023.”

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2022/S 223-642802w dniu 18.11.2022 r.2022 r.

W dniu 17 lutego 2023 r. w tymże postępowaniu, przez wykonawcę G. H., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą G. H. Usługi Leśne w Brennej (dalej: Odwołujący) zostało wniesione odwołanie.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 16 pkt 1 PrZamPubl poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, w szczególności wskutek odrzucenia wykonawcy Usługi Leśne H. G., który zaoferował cenę korzystniejszą niż oferta wybranego wykonawcy Winter Forest P. G., który poprzez złożenie oferty dokonał czynu nieuczciwej konkurencji, przede wszystkim polegającego na wprowadzeniu zamawiającego w błąd co do spełnienia wymogów finansowych przetargu, a także podania w kosztorysie cen jednostkowych niepokrywających wszelkich kosztów i ryzyk Wykonawcy związanych z realizacją czynności, której dotyczy;
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 7 PrZamPubl poprzez odrzucenie oferty wykonawcy Usługi Leśne H. G. wskutek uznania jej za złożoną w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, mimo braku podstaw do uznania, iż wykonawcy Usługi Leśne H. G. oraz Usługi Leśne s.c. G. A., G. K. weszli w niedozwolone porozumienie mające na celu naruszenie interesu klienta i zakłócenie konkurencji;
- 3) art. 226 ust. 1 pkt 2 ppkt a) w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 PrZamPubl poprzez odrzucenie oferty wykonawcy Usługi Leśne H. G. wskutek uznania, iż wykonawca podlega wykluczeniu

postępowania, mimo braku wiarygodnych przesłanek na wykazanie, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji (w sytuacji, gdy wykazali, że oferty składane były niezależnie od siebie), a także zaniechanie uwzględnienia szczegółowych wyjaśnień wykonawcy w tym przedmiocie, jak również zaniechanie wystąpienia o dalsze konieczne wyjaśnienia;

- 4) art. 17 ust. 2 PrZamPubl poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy Winter Forest P. G. niezgodnie z przepisami PrZamPubl, w szczególności wskutek zaniechania uzyskania od wykonawcy rzetelnych i kompleksowych wyjaśnień w sprawie zaoferowanej ceny jednostkowej realizacji usługi oraz w sprawie konieczności wykazania posiadania na dzień złożenia ofert wymaganych środków finansowych na kwotę 310.000,00 zł; a tym samym oparcie decyzji ws. wyboru oferty na danych, które nie pozwalają w obiektywny sposób ocenić zasadności i rynkowości zaoferowanej ceny;
- 5) art. 109 ust. 1 pkt 8) i 10) PrZamPubl poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Winter Forest P. G., który przedstawił informacje wprowadzające zamawiającego w błąd co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;
- 6) art. 223 ust. 1 PrZamPubl poprzez zaniechanie uzyskania od Winter Forest P. G. rzetelnych i kompleksowych wyjaśnień w sprawie złożonej oferty;
- 7) art. 226 ust. 1 pkt 3 PrZamPubl poprzez wybór oferty, która jest niezgodna z ustawą, a w szczególności zawiera ceny jednostkowe niepokrywających wszelkich kosztów i ryzyk Wykonawcy związanych z realizacją czynności, której dotyczy; co oznacza, że koszty realizacji danej czynności doliczył do kosztów realizacji innych czynności, zatem jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;
- 8) art. 226 ust. 1 pkt 7 PrZamPubl poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, w szczególności poprzez utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku;
- 9) art. 226 ust. 1 pkt 8 PrZamPubl poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, która zawiera cenę rażąco niski koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 10) art. 224 ust. 1 PrZamPubl poprzez zaniechanie ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niski koszt;
- 11) art. 224 ust. 5 PrZamPubl poprzez uwzględnienie ogólnych (nieprecyzyjnych) wyjaśnień P. G. i tym samym nieuwzględnienie obiektywnych czynników, które mają wpływ na wysokość zaproponowanej ceny.

W konsekwencji tak podniesionych zarzutów, Odwołujący wnosil o:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości;
- 2) nakazanie zamawiającemu unieważnienia decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty;
- 3) nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności:

– badania i oceny ofert,

– wyboru oferty najkorzystniejszej;

- 4) nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty złożonej przez Winter Forest P. G. i wykluczenie tego wykonawcy z postępowania.

Ponadto wnosil o:

- 1) dopuszczenie oraz przeprowadzenie dowodów z dokumentów:
 - a) zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 07.01.2023 r.
 - b) pismo Zamawiającego z dnia 12.01.2023 r. do Usługi Leśne H. G.;
 - c) pismo Zamawiającego z dnia 17.01.2023 r.
 - d) pismo Usługi Leśne H. G. z dnia 16.01.2023 r.
 - e) pismo Usługi Leśne H. G. z dnia 18.01.2023 r.
 - f) pismo Usługi Leśne H. G. z dnia 21.12.2022 r.
 - g) kosztorys ofertowy Czantoria wykonawcy Winter Forest P. G.;
 - h) JEDZ Winter Forest P. G.;

i) potwierdzenie posiadanych środków na rachunku bankowym Winter Forest P. G. w ING Banku Śląskim na dzień 24.11.2022 r.

j) Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia;

2) dopuszczenie oraz przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego sądowego z zakresu rachunkowości i finansów – na fakt minimalnych kosztów realizacji zaoferowanej ceny jednostkowej realizacji usługi, przewidywanych kosztów ponoszonych przez wykonawcę w ramach realizacji usługi spalanie gałęzi ułożonych w stosy oraz pozycji wynoszenie i układanie pozostałości w stosy niewymiarowe objętej przedmiotowym zamówieniem oraz przewidywanych przychodów uzyskiwanych przez wykonawcę.

3) zobowiązanie zamawiającego Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Ustroń do przedłożenia dowodów, na które powoływał się w piśmie z dnia 07.02.2023 r., w szczególności informacji dotyczących logowań do systemu Josephine wykonawców Usługi Leśne H. G. i Usługi Leśne s.c. G. A., G. K.;

4) zobowiązanie zamawiającego do przedłożenia dokumentów:

a) pisma z dnia 27.12.2022 r. wykonawcy Usługi Leśne s.c. G. A., G. K.;

b) pismo Winter Forest P. G. z dnia 05.01.2023 r.

c) pismo Usługi Leśne s.c. G. A., G. K. z dnia 13.01.2023 r.

d) pismo Zamawiającego z dnia 12.01.2023 r. do Usługi Leśne s.c. G. A., G. K.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie wnosił o oddalenie odwołania.

Do postępowania odwoławczego wykonawca P. G., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Winter Forest P. G. w Wiśle (dalej: Przystępujący), skutecznie zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego.

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 Prawa zamówień publicznych, skutkujących odrzuceniem odwołania.

II. Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie należy oddalić.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy.

Odnosząc się do wniosków dowodowych sformułowanych przez Odwołującego, Izba zauważyła, że nie ma potrzeby osobnego dopuszczania dowodów z dokumentów, wymienionych przez Odwołującego we wnioskach dowodowych, a które znajdują się w aktach postępowania. Ustaleń okoliczności, stanowiących podstawę rozstrzygnięcia, Izba dokonała na podstawie kopii dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej przez Zamawiającego do akt sprawy.

Ponadto Odwołujący wnosił o dopuszczenie oraz przeprowadzenie dowodu „z opinii biegłego sądowego z zakresu rachunkowości i finansów – na fakt minimalnych kosztów realizacji zaoferowanej ceny jednostkowej realizacji usługi, przewidywanych kosztów ponoszonych przez wykonawcę w ramach realizacji usługi spalanie gałęzi ułożonych w stosy oraz pozycji wynoszenie i układanie pozostałości w stosy niewymiarowe objętej przedmiotowym zamówieniem oraz przewidywanych przychodów uzyskiwanych przez wykonawcę”. Odnosząc się do tak sformułowanego wniosku dowodowego, Izba stwierdziła, że po pierwsze, dowód z opinii biegłego nie był konieczny dla rozstrzygnięcia, po drugie – dowód z opinii biegłego na okoliczność, jaka została powołana we wniosku dowodowym wydaje się niemożliwy do przeprowadzenia – biegły nie może się wypowiedzieć o minimalnych kosztach in abstracto. Pomijając jakiegokolwiek inne względy, to, mimo że nie było to ujęte we wniosku, można się domyślać, że Odwołujący składał ten wniosek w

kontekście zarzutu rażąco niskiej ceny podnoszonego wobec oferty Przystępującego, tymczasem nie zaprzeczał twierdzeniom Zamawiającego, że w kwestionowanym przez Odwołującego zakresie, zaoferował on cenę w porównywalnej wysokości (zresztą oferta Przystępującego była złożona z ceną wyższą, niż oferta Odwołującego).

Odwołujący wnioskował również o zobowiązanie Zamawiającego do przedłożenia dowodów, na które powoływał się w piśmie z dnia 07.02.2023 r., w szczególności informacji dotyczących logowań do systemu Josephine wykonawców Usługi Leśne H. G. i Usługi Leśne s.c. G. A., G. K. Izba stwierdziła, że Zamawiający załączył do odpowiedzi na odwołanie m.in. potwierdzenia z portalu Josephine złożenia pisma datowanego na dzień 13 stycznia 2023 r. oraz 16 stycznia 2023 r. z konta A. i K. G. oraz protokół z platformy Josephine w sprawie czynności na platformie i powiązanych z nim numerów IP urządzenia. Dokumentów tych Odwołujący w ogóle nie zakwestionował, przeciwnie, wyjaśniał, dlaczego doszło do logowania z tego samego konta na portalu, a co do numerów IP – na rozprawie wskazał, że „IP, zdaniem Odwołującego, nie jest związane z danym urządzeniem, a z systemem najprawdopodobniej od routera”. Wobec argumentacji Odwołującego, Izba uznała stanowisko Zamawiającego, poparte złożonymi przez niego dokumentami, za przekonujące i oparte na wiarygodnych przesłankach.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej i szkółkarskiej na terenie Nadleśnictwa Ustroń w roku 2023” poprzez przekazanie ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej.

Zamówienie zostało podzielone na 15 pakietów. Ponieważ oferta Odwołującego została odrzucona w postępowaniu w części obejmującej pakiet 13, Izba uznała, że odwołanie dotyczy pakietu 13.

W postępowaniu, w części dotyczącej pakietu 13, zostały złożone 3 oferty, przez następujących wykonawców odpowiednio o wartości:

1. Usługi Leśne s.c. G. A., G. K. ul. Jawornik 36 43-438 Brenna, kwota: 1 469 685,45 zł brutto.
2. Usługi Leśne H. G. ul. Liszki 5, 43-438 Brenna, kwota: 1 679 848,32 zł brutto.
3. Winter Forest P. G. 43-460 Wisła ul. Spokojna 24F, kwoty: 1 796 005,30 zł brutto.

Izba zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba odniosła się do zarzutów, podnoszonych przez Odwołującego wobec oferty Przystępującego.

Na wstępie należy stwierdzić, że interes Odwołującego w kwestionowaniu droższej oferty (a w szczególności w podnoszeniu wobec niej zarzutu rażąco niskiej ceny) jest wątpliwy – ewentualne doprowadzenie do odrzucenia oferty Przystępującego nie zwiększy szansy Odwołującego na możliwość zawarcia umowy i uzyskania zamówienia, zatem trudno dopatrzeć się tu naruszenia jego interesu na skutek naruszenia wskazywanych w odwołaniu przepisów ustawy. Izba jednak odniosła się merytorycznie do podnoszonych zarzutów i stwierdziła, że nie można ich uwzględnić.

Zarzut rażąco niskiej jest podnoszony wobec pojedynczych cen jednostkowych (nr 31 i 32 kosztorysu ofertowego Przystępującego). Przy czym Odwołujący nie wskazuje, że kwestionowane ceny jednostkowe są cenami za „istotne części składowe” o których mówi art. 224 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, zgodnie z którym jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Zatem Odwołujący nie wykazał (ani nawet nie uprawdopodobnił), że miałyby się ziścić przesłanki do wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Ponadto Izba ustaliła, że Przystępujący w pozycji 31 i 32 jako kwotę jednostkową wskazał 1zł, natomiast Odwołujący w pozycji nr 31 – cenę 1 zł (tj. w tej samej wysokości, co Przystępujący), a w pozycji nr 32 cenę 5 zł. Łącznie zsumowana cena tych pozycji w obu ofertach nie przekracza 0,6% zaoferowanej ceny. Rację zatem miał Zamawiający wskazując, że nie sposób uznać, że przedmiotowe pozycje stanowią istotny element wartości oferty czy są istotne z jakiegokolwiek innego powodu. W konsekwencji nie było podstaw do uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 224 ust. 1 Prawa zamówień publicznych.

Ponadto Odwołujący podnosił, że Przystępujący wprowadził Zamawiającego w błąd co do wysokości podanych środków finansowych.

Izba w tym zakresie ustaliła, że na wezwanie Zamawiającego Przystępujący przedstawił zaświadczeniu z ING Banku Śląskiego S.A. z dnia 23 grudnia 2023 r., które potwierdzało saldo konta na kwotę 315.924,61 zł. Odwołujący podnosił, że środki te zostały przebrane z innego konta. Izba stwierdziła, że Zamawiający dla pakietu 13 postawił warunek posiadania środków w wysokości 90 000 zł. Skoro Przystępujący posiada dostępne środki w wysokości ponad 315 000 zł, to nie ma podstaw, aby uznać że nie spełnia warunku udziału w postępowaniu. Izba nie znalazła podstaw, aby uznać, że przelew z innego konta jest wprowadzeniem Zamawiającego w błąd.

Wydaje się, że zasadniczym zarzutem odwołania było kwestionowanie zasadności odrzucenia oferty Odwołującego i wykluczenia go z postępowania.

Izba w tym zakresie ustaliła, co następuje:

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego z następującym uzasadnieniem:

„Zamawiający odrzuca oferty nr 11 i 18 złożone przez firmy Usługi Leśne H. G., z siedzibą ul. Liszki 5 w Brennej oraz Usługi Leśne s.c. G. A., G. K. z siedzibą ul. Jawornik 36, w Brennej na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 226 ust. 1 pkt 2 pkt a ustawy Prawo zamówień publicznych, w związku art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Oferta Wykonawców Usługi Leśne H. G. oraz Usługi Leśne s.c. G. A., G. K. zostały złożone w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jakim jest wejście w niedozwolone porozumienie między tymi wykonawcami mające na celu naruszenie interesu klienta, tj. Zamawiającego PGL Lasy Państwowe – Nadleśnictwo Ustroń. Wykonawcy Usługi Leśne H. G. oraz Usługi Leśne s.c. G. A., G. K. złożyli oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia nr ZG.270.19.2022 „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej i szkółkarskiej na terenie Nadleśnictwa Ustroń w roku 2023”, część 13 - Leśnictwo Czantorja.

Zamawiający może stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawcy zawarli ze sobą takie niedozwolone porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, w związku czym podlegają odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 226 ust. 1 pkt 2 pkt a ustawy Prawo zamówień publicznych, w związku art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

UZASADNIENIE PRAWNE:

Oferty zostają odrzucone na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 226 ust. 1 pkt 2 pkt a ustawy Prawo zamówień publicznych, w związku art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

UZASADNIENIE FAKTYCZNE:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia nr ZG.270.19.2022 „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej i szkółkarskiej na terenie Nadleśnictwa Ustroń w roku 2023”, część 13 - Leśnictwo Czantoria, zostały złożone trzy oferty, tj.:

- oferta wykonawcy Usługi Leśne s.c. G. A., G. K., z ceną brutto 1 469 685,45 zł,
- oferta wykonawcy Usługi Leśne H. G., z ceną brutto 1 679 848,32 zł,
- oferta wykonawcy Winter Forest P. G., z ceną brutto 1 796 005,30 zł.

Pismem z dnia 27 grudnia 2022 r., wykonawca Usługi Leśne s.c. G. A., G. K. próbował wycofać się z postępowania o udzielenie zamówienia, informując, że po analizie swojej sytuacji finansowej oraz mocy przerobowych, nie jest on w stanie zapewnić należytego wykonania zadania zamówieniu. Wykonawca ten stwierdził też, że jego oferta została

przygotowana pochopnie i bez przemyślenia, w związku czym musi on odmówić podpisania umowy.

Pismem z 5 stycznia 2023 r., Wykonawca Winter Forest P. G., który również złożył ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia nr ZG.270.19.2022

„Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej i szkółkarskiej na terenie Nadleśnictwa Ustroń w roku 2023”, część 13 - Leśnictwo Czantoria, poinformował Zamawiającego PGL Lasy Państwowe – Nadleśnictwo Ustroń o prawdopodobieństwie zawarcia przez wykonawców Usługi Leśne s.c. G. A., G. K. i Usługi Leśne H. G. z niedozwolonego porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji, ponieważ wykonawca Usługi Leśne s.c. G. A., G. K. wyraził wolę wycofania się z postępowania o udzielenie zamówienia pismem z dnia 27 grudnia 2022 r. Wykonawca Winter Forest P. G. podnosił w swoim piśmie, że wykonawców Usługi Leśne s.c. G. A., G. K. i Usługi Leśne H. G. z łączy wieloletnia współpraca, co ma sprawiać, że nieumiejętność odpowiedniej wyceny oferty jest nieprawdopodobna. Dodatkowo Wykonawca Winter Forest P. G. napisał, że istnieje „powszechna” wiedza o występowaniu konkurencji pomiędzy Usługi Leśne H. G. oraz firmą P. G. w zakresie wykonywania usług leśnych na terenie Nadleśnictwa Ustroń, co zdaniem Pana G. miało również wskazywać na wystąpienie nieuczciwej konkurencji spowodowanej przez wykonawców Usługi Leśne s.c. G. A., G. K. i Usługi Leśne H. G.

Zamawiający, pismem z dnia 12 stycznia 2023 r. przesłał do wykonawcy Usługi Leśne s.c. G. A., G. K. prośbę o wyjaśnienie, jakie czynniki wpłynęły na stwierdzenie o niemożności prawidłowego wykonania umowy z uwagi na sytuację finansową i niewystarczającą moc przerobową. Zamawiający zaznaczył, że od chwili złożenia oferty do momentu wezwania wykonawcy Usługi Leśne s.c. G. A., G. K. z art. 126 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie upłynął znaczny okres czasu i wydaje się niezrozumiałe popełnienie tego rodzaju niedopatrzenia przez podmiot, z tak dużym doświadczeniem w wykonywaniu usług leśnych. W związku tym, Zamawiający uznał za konieczne złożenie dodatkowych wyjaśnień przez wykonawcę Usługi Leśne s.c. G. A., G. K.

Wykonawca Usługi Leśne s.c. G. A., G. K., pismem z dnia 13 stycznia 2023 r., udzielił odpowiedzi, w której stwierdził, że dopiero na tym etapie postępowania uzyskał informację od firmy, której zamierzał powierzyć realizację elementów przedmiotu zamówienia, że ta firma nie udzieli wykonawcy Usługi Leśne s.c. G. A., G. K. wsparcia w zasoby techniczne i ludzkie oraz, że firma ta zażądała wyższych stawek, co w konsekwencji miało spowodować trudną ekonomicznie sytuację wykonawcy Usługi Leśne s.c. G. A., G. K.

Pismo to zostało wysłane w dniu 13 stycznia 2023 r. za pośrednictwem platformy elektronicznej JOSEPHINE z profilu wykonawcy Usługi Leśne s.c. G. A., G. K.

Jednocześnie z pismem do wykonawcy Usługi Leśne s.c. G. A., G. K., Zamawiający wysłał w dniu 12 stycznia 2023 r. pismo prośbą o wyjaśnienia do wykonawcy Usługi Leśne H. G.. W

piśmie tym Zamawiający poprosił o wyjaśnienia, czy w związku z rezygnacją wykonawcy Usługi Leśne s.c. G. A., G. K., wykonawca Usługi Leśne H. G. zamierza zatrudnić wykonawcę Usługi Leśne s.c. G. A., G. K., jako podwykonawcę w celu

realizacji pakietu nr 13. Jak dalej stwierdził Zamawiający, firma Usługi Leśne s.c. G. A., G. K., w złożonym Jednolitym Europejskim Dokumencie Zamówienia wykazała na potwierdzenie zdolności technicznych i zawodowych z zakresu pozyskania drewna, zrywki i zagospodarowania lasu w latach 2020-2022 wyłącznie zadania wykonywane na rzecz wykonawcy Usługi Leśne H. G.. Ponadto, Zamawiający wskazał, że jest w posiadaniu wiedzy, iż w ostatnich latach wykonawca Usługi Leśne s.c. G. A., G. K. wykonywał usługi jako podwykonawca firmy Usługi Leśne H. G., właśnie na

terenie dotyczącym leśnictwa Czantoria, który stanowi pakiet nr 13 prowadzonego przetargu.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie do wyjaśnień, wykonawca Usługi Leśne H. G., przysłał krótkie i lakoniczne pismo z dnia 16 stycznia 2023 r., w którym napisał, że nie będzie współpracować, ani zatrudniać w charakterze podwykonawcy firmy Usługi Leśne s.c. G. A., G. K., z powodu rzekomego wystąpienia konfliktu między tymi firmami. Konflikt ten miał, zdaniem wykonawcy Usługi Leśne H. G., wystąpić przed terminem składania ofert.

Pismo to, wykonawca Usługi Leśne H. G. przysłał za pośrednictwem platformy elektronicznej JOSEPHINE, lecz nie ze swojego profilu na tej platformie, ale z profilu wykonawcy Usługi Leśne s.c. G. A., G. K.

W związku z powyższym, niezrozumiałym działaniem wykonawcy Usługi Leśne H. G., został on wezwany przez Zamawiającego, pismem z dnia 17 stycznia 2023 r. do złożenia dodatkowych wyjaśnień. W piśmie tym, Zamawiający przypomniał, że jedynym uprawnionym do posługiwania się profilem wykonawcy Usługi Leśne s.c. G. A., G. K. do przesyłania wszelkiej korespondencji w ramach zamówienia publicznego „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej i szkółkarskiej na terenie Nadleśnictwa Ustroń w roku 2023” jest tylko wykonawca Usługi Leśne s.c. G. A., G. K. Zamawiający stwierdził również, że każdy z wykonawców uczestniczących w przetargu posiada swój unikalny profil wykonawcy (login i hasło) przez który składa oferty i przekazuje wszelką korespondencję do Zamawiającego – Nadleśnictwa Ustroń. W związku z tym całkowicie niezrozumiale wydało się Zamawiającemu dlaczego pismo przesłane przez Wykonawcę – Usługi Leśne H. G., zostało przekazane do Nadleśnictwa Ustroń za pośrednictwem profilu Wykonawcy Usługi Leśne s.c. G. A., G. K. Zamawiający zażądał niezwłocznego przedłożenia wyjaśnień w jaki sposób Wykonawca Usługi Leśne H. G. posiadał dostęp do przesyłania pism za pośrednictwem profilu Wykonawcy Usługi Leśne s.c. G. A., G. K. w ramach postępowania o udzielenie zamówienia na „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej i szkółkarskiej na terenie Nadleśnictwa Ustroń w roku 2023”? Dalej, Zamawiający uznał, że fakt przesłania oświadczenia za

pośrednictwem profilu konkurencyjnego Wykonawcy, kwestionuje deklarację o domniemanym konflikcie między G. H. a Panem K. G i Panią A. G..

Dlatego właśnie konieczne stało się niezwłoczne wyjaśnienie jak zaistniała możliwość, że wykonawca Usługi Leśne H. G. wysłał swoje pismo z profilu Wykonawcy Usługi Leśne s.c. G. A., G. K.

W odpowiedzi na powyższe pismo, wykonawca Usługi Leśne H. G. złożył wyjaśnienia w piśmie z dnia 18 stycznia 2023 r., w którym napisał że: wykonawcy K. i A. G. oraz G. H. znają się, gdyż w poprzednich latach współpracowali w realizacji zadania w nadleśnictwie Ustroń. G. H. podkreślił jednak, że w przypadku realizacji tegorocznego pakietu nr 13 na leśnictwo Czantoria strony nie zamierzają współpracować w jakikolwiek sposób i nie współpracowały podczas przebiegu całej procedury składania ofert, co, zdaniem Pana G. H., ma być dowodem na wykazanie że strony nie zamierzają współpracować.

Pan G. H. stwierdził również, że nie ma dostępu do loginu i hasła do profilu wykonawcy usługi leśne SC G. A. G. K. na platformie zakupowej Josephine. Jednocześnie, Pan G. H. napisał, że obsługą platformy zakupowej Josephine zajmuje się jego żona A. H. W dalszej części pisma, Pan G. H. napisał, że w dniu 14 stycznia 2023 roku pani A. G. zgłosiła się do żony G. H. z prośbą o pomoc w wysłaniu pisma do Nadleśnictwa Ustroń, gdyż miała problemy techniczne ze swoim komputerem, co z kolei miało wpływać na nią stresująco. Zdaniem Pana G. H., Pani A. G. przyszła do żony Pana H. bez swojego komputera, prosząc o pomoc, a żona Pana G. H. miała jej udostępnić swój komputer. Ciągając swoje twierdzenia, wykonawca G. H., twierdzi, że udostępniając komputer należący od A. H., pani A. G. załogowała się do systemu i wysłała swoje pismo do Zamawiającego – PGL Lasy Państwowe, Nadleśnictwo Ustroń. Następnie, komputer miał zostać wyłączony. Dodatkowo Pan G. H. poskarżył się swoim piśmie, że jego żona ukryła przed nim swoją pomoc dla Pani A. G., ponieważ pan G. H. nie wyrażał na to zgody.

Brnąc dalej w swoich twierdzeniach, Pan G. H., napisał, że 16 stycznia 2023 A. H. wysłała oświadczenie wykonawcy Usługi Leśne H. G.. Po włączeniu komputera, załogowała się do systemu platformy zakupowej Josephine i wysłała pismo. Pan G. H. wyraża jednak swoje zdziwienie dla sytuacji dlaczego pismo to zostało nadane z profilu wykonawcy usługi leśne Usługi Leśne s.c. G. A., G. K. Pan G. H. wyraził przypuszczenie, że A. G. mogła nie wylogować się z systemu platformy zakupowej Josephine.

Pan H. nie ma też ponoć wiedzy, dlaczego system Josephine sam nie wylogował, poprzednio załogowanego wykonawcy po tylu dniach nie korzystania z systemu. Sama A. H. miała być pewna, że logowała się do systemu swoim mailem i hasłem. Pan G. H. uważa, że doszło do błędu, który jednak nie może być uznany jako fakt podważający dotychczasowe deklaracje G. H. o konflikcie z wykonawcą Usługi Leśne s.c. G. A., G. K. (pełna treść pisma wykonawcy Usługi Leśne H. G. z dnia 18 stycznia, podobnie jak cała dokumentacja z

postępowania o udzielenie zamówienia jest dostępna w siedzibie zamawiającego i może być udostępniona na wniosek w formie zgodnej z prawem).

Zamawiający – PGL Lasy Państwowe – Nadleśnictwo Ustroń, na podstawie całokształtu dokumentacji z postępowania, po dogłębnym rozważeniu sprawy uznał, że oferty wykonawców Usługi Leśne H. G. i Usługi Leśne s.c. G. A., G. K. podlegają odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 226 ust. 1 pkt 2 ppkt a ustawy Prawo zamówień publicznych, w związku art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Dla Zamawiającego nie ulega wątpliwości, że istnieją wiarygodne przesłanki, by sądzić, że wykonawcy, których oferty są odrzucone weszli w niedozwolone porozumienie mające na celu ograniczenie uczciwej konkurencji. Świadczy o tym nie tylko oświadczenie firmy Usługi Leśne s.c. G. A., G. K., co do chęci wycofania się z postępowania o udzielenie

zamówienia, ale nade wszystko dowody świadczące o realnej, stałej współpracy między tymi wykonawcami. W piśmie wykonawcy Usługi Leśne H. G., z dnia 18 stycznia 2023 r. przyznano, że tych dwóch wykonawców współpracowało w trakcie przetargu, przesyłając z tego samego komputera pisma do zamawiającego. Zamawiający nie daje wiary wyjaśnieniom pana G. H., o rzekomej jednorazowej „pomocy” dla Pani A. G., ze strony pani A. H. Doświadczenie życiowe poucza, że dwóch konkurujących ze sobą wykonawców, a na dodatek, rzekomo skłóconych ze sobą, nie ma tak bliskich kontaktów w sprawie przysyłania ważnych pism przetargowych. Niemożliwe do przyjęcia jest, że obawy pani A. G. przed używaniem komputera, spowodowały, że zamiast np. do pana K. G., poszła do swojego największego konkurenta w przetargu. Co więcej, poszła tam bez swojego komputera, poprosiła o skorzystanie z komputera wykonawcy Usługi Leśne H. G., a tenże wykonawca zgodził się na to. Jeszcze bardziej niewiarygodne, wręcz infantylne wyjaśnienia, dotyczą rzekomej niewiedzy pani A. i pana G. H., co do wysłania pisma z profilu konkurencyjnego wykonawcy. Nie ma technicznej możliwości, aby po kilku dniach platforma zakupowa Josephine pozostawała w niewylogowaniu się z komputera, który dodatkowo był w międzyczasie wyłączony. Zdaniem Zamawiającego, świadczy to raczej o zachowaniu danych logowania na komputerze, a następnie o zalogowaniu się w profilu swojego konkurenta. Jedyne, czemu Zamawiający może dać wiarę, to fakt omyłkowego zalogowania się na platformę zakupową przez konto wykonawcy Usługi Leśne s.c. G. A., G. K., a nie przez swoje konto.

Tezę o rzekomo przypadkowym i jednorazowym skorzystaniu z komputera wykonawcy G. H., obala również fakt, że zamawiający posiada dowody wcześniejszego logowania się i wysyłania informacji z tego samego adresu IP na rzecz obydwu wykonawców, tj. wykonawcy Usługi Leśne H. G. i wykonawcy Usługi Leśne s.c. G. A., G. K. I tak, dla przykładu, z tego samego adresu IP przesłano w imieniu wykonawców prośbę o chęci otrzymywania informacji

i wiadomości w przetargu prowadzonym przez zamawiającego za pośrednictwem platformy zakupowej Josephine (odpowiednio 18 listopada 2022 r. wykonawca Usługi Leśne s.c. G. A., G. K., 24 listopada 2022 r. wykonawca Usługi Leśne H. G.) Platforma Josephine odnotowała również pobranie w dniu 1 grudnia 2022 r. dokumentów przez tych dwóch wykonawców z tego samego adresu IP. Oznaczać to może ścisłą współpracę między tymi wykonawcami, którzy zawarli niedozwolone porozumienie mające na celu naruszenie interesu finansowego Nadleśnictwa Ustroń, przez zamiar nakłonienia Zamawiającego do wybrania oferty droższej o dwieście tysięcy złotych, ze szkodą finansową dla Skarbu Państwa, który reprezentuje Zamawiający. W związku z powyższym stwierdzeniem, informujemy jednocześnie, że odpowiedni organ ścigania zostanie powiadomiony o podejrzeniu popełnienia przestępstwa przez wykonawców Usługi Leśne s.c. G. A., G. K. oraz Usługi Leśne H. G., na podstawie art. 304 ustawy Kodeks postępowania karnego, w związku art. art. 305 § 1 i § 3 ustawy Kodeks karny.”

Zamawiający jako podstawę odrzucenia oferty Odwołującego i jego wykluczenia podał przepisy art. 226 ust. 1 pkt 7 Prawo zamówień publicznych (Zamawiający uznał, że oferta Odwołującego została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji) oraz art. 226 ust. 1 pkt 2 pkt a ustawy Prawo zamówień publicznych, w związku art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 108 ust. 1 pkt 5 Prawa zamówień publicznych, zamawiający wyklucza wykonawcę jeżeli może stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, w szczególności jeżeli należąc do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, chyba że wykażą, że przygotowali te oferty lub wnioski niezależnie od siebie.

Aby zatem rozstrzygnąć zarzuty odwołania, kwestionujące zasadność wykluczenia Odwołującego z postępowania, Izba musiała ocenić, czy wykluczenie to nastąpiło na podstawie wiarygodnych przesłanek prowadzących do ustalenia, czy doszło do zawarcia porozumienia, mającego na celu zakłócenie konkurencji, względnie, czy wykonawcy wykluczeni wykazali, że przygotowali oferty niezależnie od siebie.

Po pierwsze, Izba ustaliła, że Zamawiający podjął decyzję o wykluczeniu na podstawie wiarygodnych przesłanek. Logowania z tego samego konta na portalu, wykaz numerów IP,

zbieżność graficzna kosztorysów, bezpośrednie kontakty między wykonawcami i „wycofanie się” jednego z nich z postępowania znajdują potwierdzenie w dokumentacji postępowania i dokumentach załączonych do odpowiedzi na odwołanie. Trzeba podkreślić, że Odwołujący tych okoliczności w ogóle nie zakwestionował. Zasadniczo je potwierdził, m. in. składając oświadczenie do protokołu, że „Odwołujący składa oświadczenie, że jego żona spotkała się z panią A. G., która poprosiła o możliwość skorzystania z komputera. To nie pani A. przyjechała do państwa H., ale żona pana H. pojechała z urzędzeniem do pani G.. Przekazała to urządzenie i pani Ania samodzielnie z niego korzystała. Pan H. dowiedział się o tym później.” W odwołaniu Odwołujący wyjaśniał, że „z ramienia wykonawcy G. H. obsługą systemu Platformy Zakupowej Josephine zajmuje się jego żona A. H.. W dniu 14 stycznia 2023 r. A. G. zgłosiła się do małżonki G. H. z prośbą o pomoc w wysłaniu oświadczenia do Nadleśnictwa Ustroń, gdyż miała problemy techniczne z komputerem. Sytuacja ta wpływała na A. G. bardzo stresująco, a nadmienić należy, że A. G. po wypadku samochodowym, którego była w zeszłym roku uczestnikiem ma problemy zdrowotne i adaptacyjne (dowody i notatki służbowe związane z tym zdarzeniem są dostępne w organach Policji, natomiast co do informacji w kwestii podjętego przez A. G. leczenia i jego kontynuowania Nadleśnictwo Ustroń może zwrócić się do samej poszkodowanej). W związku ze wskazanym wyżej faktem, A. H. zgodziła się jej pomóc w wysłaniu przedmiotowego dokumentu udostępniając jej komputer. A. G. zalogowała się do systemu i wysłała pismo. G. H. o całej sytuacji nie wiedział. W dniu 16 stycznia 2023 r. A. H. wysłała oświadczenie wykonawcy G. H.. Po załączeniu komputera zalogowała się do systemu Platformy Zakupowej Josephine jak zazwyczaj i wysłała pismo. Nie ma wiedzy, dlaczego pismo zostało nadane z profilu wykonawcy Usługi Leśne s.c. G. A., G. K. Przypuszcza, że A. G. mogła nie wylogować się z systemu Platformy Zakupowej Josephine bądź komputer zachował dane logowania.”

Nie ma w ocenie Izby znaczenia, kto do kogo jeździł, tak jak nie ma znaczenia fakt, że Odwołujący powierzył czynności związane z udziałem w postępowaniu swojej żonie, która kontaktowała się z innym wykonawcą (trzeba również zauważyć, że A. G. nie wniosła odwołania wobec wykluczenia jej z postępowania); istotny jest fakt korzystania z tego samego komputera przez obu wykonawców i logowania z tego samego konta na platformie. Odwołujący zdawał się powoływać na fakt, że zbieżności te są przypadkowe. Jednak taka strategia procesowa w ocenie Izby w ogóle nie prowadzi do wykazania, że Odwołujący przygotował ofertę samodzielnie, niezależnie od drugiego wykluczonego wykonawcy. Negatywnie również rzutuje na wiarygodność twierdzeń Odwołującego okoliczność, że wykonawca, który złożył ofertę z najniższą ceną, i został wykluczony z postępowania w oparciu o te same okoliczności, co Odwołujący, nie kwestionował decyzji Zamawiającego w tym zakresie. Nie można również mieć wątpliwości, że skutkiem zachowania się wykonawcy, który złożył ofertę z najniższą ceną i „wycofał się” z postępowania, korzyść odnosił

Odwołujący, którego oferta tym samym mogła zostać uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu. Zatem skutkiem tych czynności było naruszenie konkurencji w postępowaniu. Trzeba również dostrzec, że zgodnie z przywołanym przepisem art. 108 ust. 1 pkt 5 Prawa zamówień publicznych to obaj wykonawcy wykluczeni powinni podejmować inicjatywy dowodowe, zmierzające do wykazania, że nie doszło do zakłócenia konkurencji, tymczasem jeden z nich tego zupełnie zaniechał.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia – stwierdzenie, że przesłanki, na których Zamawiający oparł decyzję o wykluczeniu Odwołujący są wiarygodne, a Odwołujący nie wykazał, że przygotował ofertę samodzielnie, Izba uznała za wykluczenie Odwołującego nie skutkowało naruszeniem przepisów Prawa zamówień publicznych. W konsekwencji Izba oddaliła zarzuty odwołania w tym zakresie.

Ze względu na powyższe, Izba orzekła, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania, na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: