

WYROK

Warszawa, dnia 15 stycznia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Anna Osiecka-Baran
Michał Pawłowski
Katarzyna Prowadzisz
Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 grudnia 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w składzie W.K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „W.K. Zakład Usługowy „LAS””, Miłocice 51A, 77-211 Miastko oraz T.K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „T.K. Zakład Usług Leśnych”, Miłocice 51, 77-200 Miastko postępowaniu prowadzonym przez Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Miastko, Pasieka 14A, 77-200 Miastko

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie w części i nakazuje Zamawiającemu w zakresie pakietu nr 04 zamówienia unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Usługi Leśne HUBERTUS P.C. w spadku Bielsko 70, 77-220 Koczała, F.H.U.P. MICHLAS D.G. Czermnica 4, 72-200 Nowogard oraz LEŚNIK-T M.C. i Zachodnia 4, 77-220 Koczała na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 oraz w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.
2. Zarzuty nr 3 i 4 odwołania uznaje za niezasadne.
3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Zamawiającego i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego, tytułem wpisu od odwołania;
 - 3.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 19 301 zł 10 gr (słownie: dziewiętnaście tysięcy trzysta jeden złotych dziesięć groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania w kwocie 15 000 zł, wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 zł oraz kosztów dojazdu na posiedzenie w kwocie 701,10 zł

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:.....
.....
.....

Uzasadnienie

Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Miastko dalej „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Miastko w roku 2024*. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), dalej „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 30 października 2023 r. pod numerem 2023/S 209- 00660733.

W dniu 20 grudnia 2023 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia W.K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „W.K. Zakład Usługowy „LAS””, Miłocice 51A, 77-211 Miastko oraz T.K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „T.K. Zakład Usług Leśnych”, Miłocice 51, 77-200 Miastko, dalej „Odwołujący”, wnieśli odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum firm 1. Usługi Leśne HUBERTUS P.C. w spadku Bielsko 70, 77-220 Koczała, 2. F.H.U.P. MICHLAS D.G. Czermnica 4, 72-20 Nowogard, 3. LEŚNIK-T M.C. ul. Zachodnia 4, 77-220 Koczała, dalej „Konsorcjum”, która została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania w sytuacji w której zamawiający 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;

2. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. z art. 109 ust. 1 pkt 8 ewentualnie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, która została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania w sytuacji w której zamawiający może stwierdzić, iż wykonawca zataił informacje istotne dla oceny oferty ww. wykonawcy. Tym samym koniecznym jest uznanie, iż ww. wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych. Ewentualnie który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu;

3. art. 226 ust. 7 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, która została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez naruszenie w rozumieniu art. 3 ust. 1 ww. ustawy, w szczególności przez działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta (ujawnionych powiązań (porozumień) pomiędzy wykonawcami);

4. art. 239 ust. 1 ustawy Pzp przez niedokonanie wyboru oferty Odwołującego, która jest jedyną ważną ofertą, ofertą najkorzystniejszą zgodnie z określonymi w postępowaniu kryteriami oceny oferty (w zakresie pakietu nr 04).

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

1. dokonania ponownego badania i oceny ofert w tym unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie pakietu nr 04;

2. powtórzenia oceny ofert, wskutek którego w zakresie pakietu nr 04 oferta złożona przez Konsorcjum zostanie uznana za nieważną wskutek naruszeń opisanych powyżej;

3. powtórzenia oceny ofert i dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej odpowiednio w pakiecie nr 04, na podstawie określonych w postępowaniu kryteriów oceny oferty.

Zamawiający pismem z dnia 9 stycznia 2024 r. złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie w części.

Izba uwzględniła przy rozpoznaniu odwołania dokumentację postępowania, w szczególności: specyfikację warunków zamówienia, oferty wykonawców, wyjaśnienia złożone przez wykonawców dot. JEDZ, informację o wyborze oferty najkorzystniejszej. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, piśmie procesowym Odwołującego, a także oświadczenia i stanowiska stron wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 11 stycznia 2024 r.

Izba dopuściła dowody załączone do odwołania, w tym decyzję Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 29 grudnia 2022 r. (decyzja nr RGD-12/2022) oraz decyzję Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 24 maja 2023 r. (decyzja nr RGD-3/2023).

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Miastko w roku 2024. Zamówienie zostało podzielone na osiem części (Pakietów). Przedmiotem postępowania odwoławczego są czynności dokonane w Pakiecie 04 obejmującym leśnictwa Miastko i Niesiłowo.

Zamawiający przewidział fakultatywne przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania, w tym z art. 109 ust. 1

pkt 8 i 10 ustawy Pzp (pkt. 6.2.7 i 6.2.9 SWZ).

Termin składania ofert określono na dzień 13 listopada 2023 r. na godzinę 9:00. W terminie składania ofert na Pakiet 04 wpłynęły dwie oferty: Odwołującego za cenę brutto 1 793 978,38 zł oraz oferta Konsorcjum za cenę brutto 1 675 338,04 zł.

Izba ustaliła, że żaden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w ramach Konsorcjum w złożonym i załączonym do oferty JEDZ nie uzupełnił w ogóle informacji dotyczących warunków udziału w postępowaniu, które należało podać w Części IV lit. B i C JEDZ.

W dniu 27 listopada 2023 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum, na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, do uzupełnienia JEDZ w ww. zakresie. Równocześnie Zamawiający wskazał, że jest w posiadaniu *Decyzji nr RGD-3/2023 wydanej przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 24 maja 2023 r., na podstawie której uznano, że jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia p. „Wykonanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Miastko w roku 2024” prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „LEŚNIK-T M.C. dopuścił się zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję na rynku usług gospodarki leśnej polegającego na uzgadnianiu warunków ofert dotyczących realizacji usług gospodarki leśnej na terenie Leśnictw Rudka i Głuszc* złożonych w Pakiecie VIII przetargu zorganizowanego przez Państwowe Gospodarstwa Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Niedźwiady w Przechlewie o udzielenie zamówienia na Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Niedźwiady w Przechlewie w latach 2019 – 2020, sygn.: SA.270.19.2018.KG oraz podejmowaniu w toku prowadzonego postępowania przetargowego czynności mających doprowadzić do zawarcia umowy na realizację usług w ww. pakiecie z tym z ww. przedsiębiorców, który zaproponował wyższą cenę.

W związku z powyższym Zamawiający wezwał do wyjaśnienia treści oświadczenia JEDZ złożonego przez konsorcjanta p. M.C. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Leśnik-T M.C. w zakresie informacji podanych w Części III lit. C wierszu czwartym JEDZ, dotyczącym zawarcia z innymi wykonawcami porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji, gdzie wykonawca ten udzielił odpowiedzi negatywnej.

W ramach wyjaśnień z dnia 4 grudnia 2023 r. Konsorcjum wskazało, że *faktycznie względem jednego z nas została wydana decyzja przez Prezesa UOKiK nr RGD-3/2023 w dniu 24 maja 2023 r. Decyzja ta dotyczy M.C. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „LEŚNIK-T M.C.”, która to stwierdza, że dopuścił się on zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję na rynku usług gospodarki leśnej polegającego na uzgadnianiu warunków ofert dotyczących realizacji usług gospodarki leśnej na terenie Leśnictw Rudka i Głuszc* złożonych w Pakiecie VIII przetargu zorganizowanego przez Państwowe Gospodarstwa Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Niedźwiady w Przechlewie o udzielenie zamówienia na Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Niedźwiady w Przechlewie w latach 2019 – 2020, sygn.: SA.270.19.2018.KG oraz podejmowaniu w toku prowadzonego postępowania przetargowego czynności mających doprowadzić do zawarcia umowy na realizację usług w ww. pakiecie z tym z ww. przedsiębiorców, który zaproponował wyższą cenę. Niemniej zwrócić należy uwagę, że czyn, jaki został zarzucony i stwierdzony jako praktyka naruszająca zasady uczciwej konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego miał miejsce ponad trzy lata temu, bowiem w roku 2019. Wówczas była składana oferta na zadanie pod nazwą *Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Niedźwiady w Przechlewie w latach 2019 – 2020, sygn.: SA.270.19.2018.KG. Dlatego też, mimo decyzji Prezesa UOKiK z bieżącego roku wykonawca w złożonym JEDZ w Części III lit. C wiersz czwarty dotyczącym zawarcia z innymi wykonawcami porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji udzielił odpowiedzi negatywnej. Zanim Wykonawca w taki sposób uzupełnił formularz JEDZ analizował swoje postępowanie w szeroko wypracowanej linii orzeczniczej KIO obrazującej podobne sytuacje, w jakiej znalazł się Wykonawca. (...) Mając na uwadze powyższe, absolutnie wolą Wykonawcy nie było wprowadzenie w błąd Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu, a prawidłowość wypełnienia dokumentów przetargowych. Wykonawca uważa, że wobec upływu 3-letniego terminu od dopuszczenia się praktyki naruszającej konkurencję przez M.C. brak było podstaw do zaznaczenia innej odpowiedzi w formularzu JEDZ niż została przez niego oznaczona. Niemniej w uzupełnianym JEDZ wobec innych jego braków Wykonawca poprawił także i w tym zakresie formularz zaznaczając odpowiedź pozytywną, jednak z argumentacją jak w niniejszym piśmie, z powołaniem się na przedawnienie czynu.*

Następnie, Zamawiający wezwał Konsorcjum do złożenia podmiotowych środków dowodowych, po czym dokonał w dniu 14 grudnia 2023 r. wyboru oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej.

Izba ustaliła również, że Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wydał dwie decyzje stwierdzające wobec wykonawcy LEŚNIK-T M.C. z siedzibą przy ul. Zachodnia 4, 77-220 Koczała dwie decyzje potwierdzające, iż ów wykonawca dopuścił się praktyk ograniczających konkurencję i naruszających zakaz, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ww. ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Pierwsza z decyzji została wydana w dniu 29 grudnia 2022 r. (decyzja nr RGD-12/2022), na str. 24 i 25 można wyczytać, że:

[16] M.C. w piśmie z 21 sierpnia 2020 r. oświadczył, że:

(1) z Józefem Czekieryło łączą go więzi rodzinne – [informacja chroniona], który też prowadzi działalność gospodarczą w zakresie usług leśnych,

(2) w toku czynności podejmowanych w związku z przeprowadzanymi postępowaniami dotyczącymi wykonywania usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Niedźwiady w Przechlewie w latach 2019 – 2020 konsekwentnie podkreślał, że jego działania nie zmierzały do naruszenia uczciwej konkurencji, wskazując przede wszystkim, że brak jest jakichkolwiek podstaw do twierdzenia, iż pomiędzy nim, a którymkolwiek innym oferentem doszło do zмовы cenowej czy naruszenia zasad uczciwej konkurencji,

(3) wszelkie podane w tym zakresie przez konkurencyjną firmę treści wynikają wyłącznie z niezadowolenia, iż to nie ona wygrała przetarg; argumenty użyte przez TAXFOREST, które miały wskazywać na istnienie bezpośrednich dowodów potwierdzający istnienie porozumienia między wykonawcami są pozbawione jakiegokolwiek logiki, co czyni je niezasadnymi,

(4) jeśli chodzi o zastosowanie cen w kalkulacji to należy podkreślić, że wszyscy wykonawcy są w stanie prezentować nie tylko podobne, ale i identyczne stawki na wykonanie poszczególnych czynności w zakresie usług leśnych, a wynika to przede wszystkim z posiadanej przez nich wiedzy o sposobie wyliczania proponowanych stawek oraz ich doświadczenia i nie może być uznawana jako praktyka naruszająca zasady konkurencji,

(5) nie może stanowić podstawy do twierdzenia o istnieniu zмовы cenowej pomiędzy oferentami podobne sporządzana kalkulacja i przedstawiony kosztorys i podobnie wypełnione oświadczenie JEDZ,

(6) zмова cenowa nie tylko nie istniała, ale nie mogła także wyrzucić skutku na konkurencję, pozostali oferenci mieli możliwość złożenia wyjaśnień czy uzupełnienia dokumentów przetargowych i z takiej możliwości korzystali,

(7) nie istniały jakiegokolwiek przesłanki, które pozwalałyby przyjąć, że inni oferenci pozbawieni zostali możliwości uczestniczenia w przetargu,

(8) w sprawie nie sposób doszukać się celu rzekomej zмовы, jakim byłoby zakłócenie warunków konkurencji, a jego oferta była racjonalna, wyważona, pozwalająca na realizację zamówienia i jednocześnie najkorzystniejsza dla zamawiającego, (9) składane przez niego oferty były przygotowane na jego zlecenie przez [informacja chroniona],

(10) nie posiadał w tamtym czasie wiedzy, że [informacja chroniona] pomagał również innym wykonawcom w redagowaniu ofert, skutkiem tego jest zbieżna szata graficzna ofert,

(11) oferowane przez niego ceny były indywidualizowane w oparciu o znane standardy, jakimi kieruje się zamawiający przeznaczając środki na realizację zamówienia.

Druga decyzja została wydana w dniu 24 maja 2023 r. (decyzja nr RGD-3/2023), na str. 24 i 25 można wyczytać, że:

[14] Pan M.C. w piśmie z 21 sierpnia 2020 r. oświadczył, że:

(1) z żadnym z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenia zamówienia dla Pakietu VIII – leśnictwa Rudka i Głuszec (w postępowaniu na Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Niedźwiady w Przechlewie w latach 2019 – 2020, sygn.: SA.270.15.2018.KG) nie łączą go relacje rodzinne lub gospodarcze,

(2) z panią A.W. zamieszkują w tej samej miejscowości i znają się od lat, co (...) nie może świadczyć o naruszeniu zasad konkurencji poprzez zawarcie porozumienia i w efekcie o zмовы cenowej (...),

(3) zna R.M. i R.M. i łączą ich jedynie relacje koleżeńskie, gdyż są to przedsiębiorcy, z którymi niejednokrotnie startował jako ich konkurent w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego na obszarze Nadleśnictwa Niedźwiady i innych jednostek,

(4) w toku czynności podejmowanych w związku z przeprowadzanymi postępowaniami dotyczącymi wykonywania usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Niedźwiady w Przechlewie w latach 2019 – 2020 konsekwentnie podkreślał, że jego działania nie zmierzały do naruszenia uczciwej konkurencji, wskazując przede wszystkim, że brak jest jakichkolwiek podstaw do twierdzenia, iż pomiędzy nim, a którymkolwiek innym oferentem doszło do zмовы cenowej czy naruszenia zasad uczciwej konkurencji,

(5) wszelkie podane w tym zakresie przez konkurencyjną firmę treści wynikają wyłącznie z niezadowolenia, iż to nie ona wygrała przetarg; argumenty użyte przez TAXFOREST, które miały wskazywać na istnienie bezpośrednich dowodów

potwierdzający istnienie porozumienia między wykonawcami są pozbawione jakiegokolwiek logiki, co czyni je niezasadnymi,

(6) jeśli chodzi o zastosowanie cen w kalkulacji to należy podkreślić, że wszyscy wykonawcy są w stanie prezentować nie tylko podobne, ale i identyczne stawki na wykonanie poszczególnych czynności w zakresie usług leśnych, a wynika to przede wszystkim z posiadanej przez nich wiedzy o sposobie wyliczania proponowanych stawek oraz ich doświadczenia i nie może być uznawana jako praktyka naruszająca zasady konkurencji,

(7) nie może stanowić podstawy do twierdzenia o istnieniu zмовy cenowej pomiędzy oferentami podobne sporządzana kalkulacja i przedstawiony kosztorys i podobnie wypełnione oświadczenie JEDZ,

(8) zмова cenowa nie tylko nie istniała, ale nie mogła także wyrzucić skutku na konkurencję, pozostali oferenci mieli możliwość złożenia wyjaśnień czy uzupełnienie dokumentów przetargowych i z takiej możliwości skorzystali,

(9) nie istniały jakiegokolwiek przesłanki, które pozwalałyby przyjąć, że inni oferenci pozbawieni zostali możliwości uczestniczenia w przetargu,

(10) w sprawie nie sposób doszukać się celu rzekomej zмовy, jakim byłoby zakłócenie warunków konkurencji, a jego oferta była racjonalna, wyważona, pozwalająca na realizację zamówienia i jednocześnie najkorzystniejsza dla zamawiającego,

(11) składane przez niego oferty były przygotowane na jego zlecenie przez [informacja chroniona], z którym współpracuje od dłuższego czasu i który [informacja chroniona],

(12) formularz ofertowy wraz z załącznikami został przez niego wysłany osobiście w sposób elektroniczny,

(13) nie posiadał w tamtym czasie wiedzy, że [informacja chroniona] pomagał również innym wykonawcom w redagowaniu ofert, skutkiem tego jest zbieżna szata graficzna ofert,

(14) oferowane przez niego ceny były indywidualizowane w oparciu o znane standardy, jakimi kieruje się zamawiający przeznaczając środki na realizację zamówienia,

(15) (...) nie można podzielić stanowiska zawađamiającego jeśli chodzi o tożsamość układu i treści odpowiedzi podmiotów na wezwanie ze strony zamawiającego do uzupełnienia dokumentów czy złożenia wyjaśnień. Każdy podmiot reprezentuje swoje interesy, każdy korzysta z pomocy różnych fachowców konsultując zasadność swojego stanowiska. Fakt, że odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego mają taki sam układ i podobną treść świadczyć może o zarówno o korzystaniu z pomocy profesjonalnego podmiotu do przygotowywania odpowiedzi, jak i wypracowanemu przez lata schematowi udzielania odpowiedzi. Nie natomiast o stosowaniu praktyk antymonopolowych. (...)

Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje.

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

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonych w odwołaniu czynności.

Następnie, Izba stwierdziła, że w postępowaniu zgłoszenie przystąpienia zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Usługi Leśne HUBERTUS P.C. w spadku Bielsko 70, 77-220 Koczała, F.H.U.P. MICHLA D.G. Czermnica 4, 72-200 Nowogard oraz LEŚNIK-T M.C. ul. Zachodnia 4, 77-220 Koczała.

Izba postanowiła nie dopuścić ww. wykonawców do postępowania odwoławczego z uwagi na niedopełnienie obowiązków dotyczących poświadczenia sposobu reprezentacji podmiotu. W złożonym do Izby zgłoszeniu przystąpienia brakuje dokumentów, z których wynika możliwość reprezentacji wykonawców przez p. M.C.. Do zgłoszenia załączono jedynie dokumenty z CEiDG. W przesłanym zgłoszeniu nie ma pełnomocnictwa dla p. M.C., który podpisał zgłoszenie przystąpienia podpisem kwalifikowanym.

Natomiast pełnomocnictwo przesłane do Prezesa KIO na posiedzeniu z udziałem stron jest tym samym pełnomocnictwem, które zostało załączone do oferty. Zgodnie z jego treścią wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia ustanowili pełnomocnikiem p. M.C. do

1) reprezentowania ww. wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia, „ WYKONYWANIE USŁUG ; ZAKRESU GOSPODARKI LEŚNEJ NA TERENIE NADLEŚNICTWA MIASTKO PAKIET 4 (MIASTKO NIES w tym do:

- reprezentowania konsorcjum przed Zamawiającym we wszystkich sprawach dotyczących postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;
- podpisywania dokumentów w imieniu i za zgodą członków konsorcjum, w tym oferty przetargowej i umowy o realizacji przedmiotu zamówienia publicznego (w tym do złożenia oferty),
- nadzoru nad pracami członków konsorcjum uczestniczących w przygotowaniu oferty, który polega na żądaniu niezbędnych informacji i dokumentów pozostających w związku z przygotowaniem oferty oraz wydawaniu członkom Konsorcjum wiążących wskazówek i zaleceń związanych z przygotowaniem oferty

opublikowanego w Urzędzie Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich i stronie internetowej https://bip.lasy.gov.pl/pl/bip/dg/rdlp_szczecinek/nadl_miastko

2) zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego opublikowanego w Urzędzie Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich oraz na tablicy ogłoszeń w siedzibie i stronie internetowej.

Aby skutecznie zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego konieczne jest pełnomocnictwo rodzajowe, a nie ogólne. Z treści zaś przedłożonego pełnomocnictwa nie wynika, aby pełnomocnik był uprawniony do reprezentowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Tym samym w dniu zgłoszenia przystąpienia pełnomocnik nie wykazał, że był uprawniony do działania w imieniu podmiotu zgłaszającego przystąpienie. Uzupelnienie tego braku zgłoszenia ma charakter niedopuszczalny, bowiem regulacja art. 525 ustawy Pzp nie zawiera odesłania do art. 518 ustawy Pzp. Ponadto, choć art. 511 ust. 2 ustawy Pzp umożliwia uzupełnienie braków w zakresie pełnomocnictwa albo w składzie właściwych organów, to by taki brak stwierdzić, konieczne jest złożenie samego dokumentu, który braki zawiera. Tymczasem w przedmiotowej sprawie przy zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego brakowało dokumentu podstawowego, czyli samego pełnomocnictwa.

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

W odniesieniu do zarzutu nr 1 odwołania, Odwołujący podnosił, że Konsorcjum winno zostać wykluczone z postępowania na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, ponieważ nie wskazało w składanym na podstawie art. 125 ust. 1 ustawy Pzp wstępnym oświadczeniu własnym, iż dopuściło się praktyk ograniczających konkurencję i naruszających zakaz, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Fakt, że do zмовy doszło został potwierdzony przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, który wydał dwie decyzje wobec jednego z konsorcjantów (LEŚNIK-T M.C. z siedzibą przy ul. Zachodnia 4, 77-220 Koczała) potwierdzające, iż wykonawca dopuścił się praktyk ograniczających konkurencję i naruszających zakaz, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Powyższe decyzje zostały wydane 29 grudnia 2022 r. oraz 24 maja 2023 r., zatem nie upłynął 3-letni termin, w jakim wykonawca podlega wykluczeniu.

Zamawiający wskazywał zaś, że Konsorcjum nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, bowiem upłynął 3-letni termin od udziału przez jednego z członków Konsorcjum w zмовie przetargowej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Niedźwiady w Przechlewie w latach 2019 – 2020”. W ocenie Zamawiającego, art. 111 pkt 4 ustawy Pzp odnosi się do momentu „zdarzenia będącego podstawą wykluczenia”, czyli odnosi się do wystąpienia okoliczności będącej podstawą wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, którą w omawianym przypadku była zмова przetargowa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pm. „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Niedźwiady w Przechlewie w latach 2019 – 2020”.

Istota sporu dotyczyła ustalenia czy początkiem biegu terminu 3 lat jest wystąpienie samego zdarzenia wyczerpującego przesłankę wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp czy też wydanie decyzji odpowiedniego organu w sprawie.

Zgodnie z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę jeżeli zamawiający 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. Stosownie do art. 111 ust. 4 ustawy Pzp wykluczenie wykonawcy następuje w przypadkach, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5, art. 109 ust. 1 pkt 4, 5, 7 i 9, na okres 3 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia.

Przepis art. 111 pkt 4 ustawy stanowi odzwierciedlenie art. 57 ust. 7 dyrektywy 2014/24/UE, zgodnie z którym *Państwa członkowskie określają w przepisach ustawodawczych, wykonawczych lub administracyjnych, z uwzględnieniem prawa unijnego, warunki wykonania niniejszego artykułu. W szczególności państwa członkowskie ustalają maksymalny okres wykluczenia w przypadku, gdy wykonawca nie podejmie środków określonych w ust. 6 w celu wykazania swojej rzetelności. Jeżeli okres wykluczenia nie został określony w prawomocnym wyroku, nie przekracza on pięciu lat od daty skazania prawomocnym wyrokiem w przypadkach, o których mowa w ust. 1, i trzech lat od daty odnośnego zdarzenia w przypadkach, o których mowa w ust. 4.*

Zarówno w ustawie Prawo zamówień publicznych, jak również w ww. dyrektywie, brak jest jednoznacznych wytycznych, od którego momentu należy liczyć okres 3 lat, na jaki wykonawca zostaje wykluczony z uwagi na stwierdzone porozumienie pomiędzy wykonawcami. Interpretacji pojęcia „odnośnego zdarzenia” dokonał Trybunał Sprawiedliwości UE w wyroku z dnia 24 października 2018 r. w sprawie C-124/17 Vossloh Laeis GmbH v. Stadtwerke Munchen GmbH, gdzie wskazał w pkt 34 orzeczenia, że *Poprzez pytania trzecie i czwarte, które należy rozpatrywać łącznie, sąd odsyłający zmierza zasadniczo do ustalenia, czy art. 57 ust. 7 dyrektywy 2014/24 należy interpretować w ten sposób, że gdy wykonawca dopuścił się zachowania objętego podstawą wykluczenia określoną w art. 57 ust. 4 lit. d) tej dyrektywy, za które właściwy organ nałożył sankcję, maksymalny okres wykluczenia należy liczyć od daty wydania decyzji tego organu.*

Zatem, przedmiotem rozstrzygnięcia Trybunału była właśnie przesłanka wykluczenia z postępowania dotycząca zawarcia z innymi wykonawcami porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji (przesłanka wykluczenia z postępowania uregulowana w art. 57 ust. 4 lit. d dyrektywy) i ocena, od jakiego momentu należy liczyć okres wykluczenia. Sprawa będąca przedmiotem rozstrzygnięcia Trybunału dotyczyła decyzji federalnego urzędu antykartelowego, który nałożył na Vossloh Laeis karę za to, że brała ona do roku 2011 udział w porozumieniach dążących do zakłócenia konkurencji w ramach kartelu szynowego. Trybunał rozstrzygał, czy okres wykluczenia należy liczyć od dnia wydania decyzji przez federalny urząd antykartelowy, czy od dnia zakończenia uczestnictwa w kartelu.

Rozstrzygając powyższą kwestię Trybunał wskazał w pkt 37 orzeczenia, że *Choć art. 57 ust. 7 dyrektywy 2014/24 nie zawiera dalszych wyjaśnień co do charakteru „odnośnego zdarzenia”, ani w szczególności momentu, w którym ono następuje, należy zauważyć, że przepis ten przewiduje w odniesieniu do obowiązkowych podstaw wykluczenia, o których mowa w ust. 1 tego artykułu, że jeżeli okres wykluczenia nie został określony w prawomocnym wyroku, okres pięciu lat powinien być liczony od daty skazania tym prawomocnym wyrokiem, bez względu na datę, w której miały miejsce okoliczności faktyczne leżące u podstaw tego skazania. Tym samym w odniesieniu do tych podstaw wykluczenia okres ten oblicza się od daty przypadającej niekiedy sporo po popełnieniu czynów wypełniających znamiona naruszenia.*

Trybunał uznał zatem, że w świetle art. 57 ust. 7 dyrektywy zasadą jest, że okres wykluczenia liczy się nie od dnia popełnienia czynu wypełniającego znamiona naruszenia (np. zawarcia zmywej przetargowej), ale od daty skazania, która przypada niekiedy sporo po popełnieniu czynu.

W dalszej części orzeczenia Trybunał podnosił:

38 W niniejszej sprawie za zachowanie objęte odpowiednią podstawą wykluczenia została nałożona sankcja na mocy decyzji właściwego organu wydanej w ramach postępowania uregulowanego przez prawo Unii lub prawo krajowe, której celem było stwierdzenie zachowania stanowiącego naruszenie normy prawnej. W takiej sytuacji, w trosce o spójność z zasadami obliczania terminu przewidzianego dla obowiązkowych podstaw wykluczenia, lecz także o przewidywalność i pewność prawa, należy uznać, że okres trzech lat przewidziany w art. 57 ust. 7 dyrektywy 2014/24 oblicza się od daty zapadnięcia tej decyzji.

39 Rozwiązanie to wydaje się tym bardziej uzasadnione, skoro – jak wskazał rzecznik generalny w pkt 83–85 opinii – wykazanie istnienia zachowań ograniczających konkurencję może zostać uznane dopiero po wydaniu takiej decyzji, zawierającej taką kwalifikację prawną okoliczności faktycznych.

40 Ponadto, jak podkreśliła Komisja, zainteresowany wykonawca nadal ma w tym okresie możliwość podjęcia środków, o których mowa w art. 57 ust. 6 dyrektywy 2014/24, w celu wykazania swojej rzetelności, jeżeli mimo wszystko pragnie wziąć udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

41 W rezultacie okres wykluczenia oblicza się nie od chwili uczestnictwa w kartelu, lecz od daty, w której to zachowanie stało się przedmiotem stwierdzenia naruszenia przez właściwy organ.

42 Z powyższego wynika, że odpowiedź na pytania trzecie i czwarte powinna brzmieć: art. 57 ust. 7 dyrektywy 2014/24 należy interpretować w ten sposób, że gdy wykonawca dopuścił się zachowania objętego podstawą wykluczenia określoną w art. 57 ust. 4 lit. d), za które właściwy organ nałożył sankcję, maksymalny okres wykluczenia oblicza się od daty wydania decyzji tego organu.

Trybunał doprecyzował rozumienie „daty odnośnego zdarzenia” wskazując, że „data odnośnego zdarzenia” służąca do ustalenia momentu rozpoczęcia biegu okresu wykluczenia odpowiada dacie, w której właściwy organ wydał decyzję dotyczącą niezgodnego z prawem zachowania wykonawcy, bez uwzględniania daty, w której doszło do wystąpienia okoliczności faktycznych dających podstawy do wydania wyroku skazującego. W powyższych motywach Trybunał stwierdził jednoznacznie, że liczenie okresu wykluczenia musi następować od dnia wydania decyzji właściwego organu z uwagą na troskę o przewidywalność i pewność prawa.

Podobne stanowisko zajęł też Rzecznik Generalny w opinii z dnia 16 maja 2018 r., C 124-17 podnosząc, że

84. Artykuł 57 ust. 7 dyrektywy 2014/24 nie odnosi się zatem, biorąc pod uwagę okoliczności niniejszej sprawy, do zachowania o znamionach zмовy, które należy rozumieć jako „odnośne zdarzenie”, lecz raczej do stwierdzenia jego istnienia z prawnego punktu widzenia; lub, mówiąc inaczej, do kwalifikacji prawnej czynu, który został już ukarany przez organ jako bezprawne zachowanie.

85. Innymi słowy, jeżeli istniało orzeczenie, w którym wyraźnie stwierdzono udział wykonawcy w kartelu, „odnośnym zdarzeniem”, aby instytucja zamawiająca – jako podmiot, któremu przysługuje kompetencja lub, w stosownych przypadkach, uprawnienie do wykluczenia tego wykonawcy – mogła obliczyć maksymalny okres wykluczenia, nie jest samo w sobie zachowanie przedsiębiorstwa dopuszczającego się naruszenia, lecz jego kwalifikacja i ukaranie jako zachowania ograniczającego konkurencję.

Także Urząd Zamówień Publicznych w Komentarzu do PZP wydanym w 2023 r., pod. red. H. Nowaka, M. Winiarza (str. 431) podkreśla że w zakresie przesłanki art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp - okres wykluczenia wykonawcy, który zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, wynosi 3 lata od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. Jak już wcześniej wspomniano, w przypadku uczestnictwa w kartelu takim zdarzeniem jest co do zasady decyzja właściwego organu do spraw ochrony konkurencji.

Równocześnie warto zauważyć, iż Komisja Europejska w Zawiadomieniu w sprawie narzędzi służących do zwalczania zмов przetargowych oraz w sprawie wytycznych dotyczących stosowania podstaw wykluczenia związanych ze zmovą (Dz.U.UE C z dnia 18 marca 2021 r. 2021/C 91/01) wskazuje przy ocenianiu uczciwości lub rzetelności oferenta w świetle art. 57 ust. 4 lit. d) dyrektywy instytucja zamawiająca jest uprawniona do wzięcia pod uwagę wszelkich okoliczności faktycznych świadczących o dopuszczaniu się zachowań antykonkurencyjnych przez tego oferenta, niezależnie od tego, czy miało to miejsce w ramach toczącego się postępowania o udzielenie zamówienia, czy też w ramach innego, aktualnego lub wcześniejszego, postępowania. W art. 57 ust. 4 lit. d) dyrektywy nie sprecyzowano, czy okoliczności faktyczne stanowiące podstawy wiarygodnych przesłanek świadczących o wystąpieniu zмовy muszą dotyczyć toczącego się postępowania o udzielenie zamówienia, czy też mogą odnosić się do innych (aktualnych lub wcześniejszych) postępowań, postępowań toczących się w innym sektorze gospodarki lub postępowań prowadzonych w sektorze prywatnym. Przeciwnie, w art. 57 ust. 5 akapit drugi dyrektywy wprost potwierdzono, że instytucja zamawiająca może wziąć pod uwagę "czyny popełnione lub czynności zaniechane zarówno przed postępowaniem, jak i w jego trakcie". W związku z powyższym przy ocenianiu rzetelności oferenta w ramach toczącego się postępowania instytucja zamawiająca może wziąć pod uwagę wcześniejszą decyzję innej instytucji zamawiającej o wykluczeniu wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia lub decyzję organu ochrony konkurencji bądź wyrok sądu krajowego, na mocy których wykonawca lub członek jego zarządu lub jego pracownik zostali uznani za winnych zмовy w kontekście wcześniejszych postępowań o udzielenie zamówienia. Powyższe potwierdza, że właśnie decyzja właściwego organu do spraw ochrony konkurencji lub orzeczenie stanowi w gruncie rzeczy dowód potwierdzający wystąpienie zмовy.

Inna kwalifikacja okresu wykluczenia prowadziłaby do sytuacji, iż do momentu wydania decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wykonawca twierdziłby, że w zmovie nie był, czyli tym samym wobec niego nie ziszcili się przesłanki wykluczenia, bowiem nie wykazywałby w swych oświadczeniach faktu zawarcia niedozwolonego porozumienia, skoro twierdził, iż w zmovie nie uczestniczył. Natomiast już po wydaniu decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wykonawca twierdziłby, iż wobec niego nie ziszcili się przesłanki wykluczenia, bowiem upłynął trzyletni okres, od dnia w którym w tej zmovie uczestniczył. W konsekwencji nigdy nie doszłoby do wykluczenia wykonawcy, który zawarł niedozwolone porozumienie.

Skład orzekający stwierdził, za wyrokiem TSUE, że dla pewności i przewidywalności prawa, przyjęć należy w niniejszym stanie faktycznym, że wykonawca, który zawarł porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji podlega wykluczeniu na okres 3 lat od daty wydania decyzji właściwego organu do spraw ochrony konkurencji.

Dlatego też Izba powyższy zarzut uwzględniła i nakazała Zamawiającemu w zakresie pakietu nr 04 zamówienia unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Usługi Leśne HUBERTUS P.C. w spadku Bielsko 70, 77-220 Koczała, F.H.U.P. MICHLAS D.G. Czermnica 4, 72-200 Nowogard oraz LEŚNIK-T M.C. ul. Zachodnia 4, 77-220 Koczała na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Izba uwzględniła także zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, uznając, że Konsorcjum dopuściło się kwalifikowanej postaci czynności wprowadzenia zamawiającego w błąd, stypizowanego w art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Przepis art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp dotyczy wykonawców, którzy w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadzili zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlegają wykluczeniu, spełniają warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub którzy zataili te informacje lub nie są w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych. Przepis art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp przede wszystkim dotyczy sytuacji, w której wykonawca oświadcza nieprawdę, czyli przeinacza fakty albo potwierdza nieistniejące okoliczności. Wprowadzenie w błąd musi przybrać formę zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa.

Do wykluczenia wykonawcy konieczne jest więc w tym przypadku kumulatywne spełnienie następujących przesłanek: - wykonawca działał w sposób zamierzony lub w warunkach rażącego niedbalstwa, - wskutek tego zachowania zamawiający został wprowadzony w błąd, - błąd dotyczy informacji, co do istnienia podstaw wykluczenia wykonawcy, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji.

W analizowanym stanie faktycznym Izba uznała, że Konsorcjum miało pełną świadomość i wiedzę o wydaniu wobec jednego z członków Konsorcjum dwóch decyzji potwierdzających, iż ów wykonawca dopuścił się praktyk ograniczających konkurencję i naruszających zakaz, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ww. ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Okoliczność tę wykonawca zataił wobec Zamawiającego, wskazując w JEDZ, iż nie zachodzą wobec niego podstawy wykluczenia określone przez Zamawiającego w dokumentach zamówienia. Swoim działaniem Konsorcjum wprowadziło Zamawiającego w błąd. Ustawodawca wymaga dla zastosowania art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp wykazania, iż działaniu wykonawcy można przypisać winę umyślą lub rażące niedbalstwo. Działanie Konsorcjum w postaci zatajenia faktu wydania wobec jednego z członków dwóch decyzji Prezesa UOKiK należy ocenić szczególnie negatywnie z uwagi na fakt, że okoliczność ta była wykonawcy znana i wykonawca miał pełną możliwość poinformowania Zamawiającego o tej okoliczności już w pierwotnie złożonym JEDZ.

Zatajenie powyższej informacji odbiega, w ocenie Izby, w sposób znaczący od właściwego modelu postępowania w przetargach publicznych. Modelu, który oparty jest w pierwszej kolejności na obowiązku wykonawcy ujawnienia wszystkich okoliczności związanych z jego rzetelnością, w tym m.in. okoliczności, które skutkować mogą wykluczeniem wykonawcy z postępowania. Model ten ma na celu odpowiednią weryfikację działalności wykonawcy przez Zamawiającego tak, aby dbając o właściwe gospodarowanie środkami publicznymi, dążył do wyboru wykonawcy gwarantującego prawidłowe wykonanie zamówienia. (por. wyrok KIO z dnia 9 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 2630/19). Izba podziela również pogląd wyrażony w wyroku KIO z dnia 3 lutego 2020 r., sygn. akt KIO 104/20, że zamówienia publiczne są realizowane w celu zaspokajania potrzeb społecznych, wykonania zadań państwa wobec obywateli, stąd też wykonawca, który pozyskuje takie zamówienia, tym bardziej musi być wykonawcą rzetelnym i zdolnym do wykonania zamówienia.

Konsorcjum jako profesjonalista winno mieć, w ocenie Izby, świadomość charakteru postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, obowiązujących reguł, zaś jego decyzja o braku ujawnienia decyzji Prezesa UOKiK była przejawem dążenia do uzyskania zamówienia za wszelką cenę. W orzecznictwie KIO ugruntowany jest pogląd, iż do oceny czynności wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, co wynika z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 355 § 1 Kodeksu cywilnego dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 10 marca 2004 r., sygn. akt IV CK 151/03, przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej

staranności. Przy czym wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny i abstrakcyjny, jest ustalany niezależnie od osobistych przynajmniej i cech konkretnej osoby, a jednocześnie na poziomie obowiązków dających się wyegzekwować w świetle ogólnego doświadczenia życiowego oraz konkretnych okoliczności (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 23 października 2003 r., sygn. akt V CK 311/02). W tym zakresie należy dodać, że w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu - jak stanowi art. 355 § 2 Kodeksu cywilnego należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Należyta staranność określana przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej działalności gospodarczej uzasadnia zwiększone oczekiwania co do umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania, a przez to nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości (por. m.in. wyrok KIO z dnia 19 października 2017 r., sygn. akt KIO 2056/17, wyrok KIO z dnia 3 grudnia 2018 r., sygn. akt KIO 2372/18).

W ocenie składu orzekającego, w okolicznościach niniejszej sprawy można było od Konsorcjum obiektywnie oczekiwać zachowania zgodnego z powszechnie znanym wśród profesjonalnych podmiotów wzorcem postępowania, tj. obowiązkiem ujawnienia wobec Zamawiającego informacji związanych z możliwością wykluczenia wykonawcy z postępowania, w tym m.in. z tytułu wydania wobec jednego z członków dwóch decyzji Prezesa UOKiK. Informacje te niewątpliwie rzutują na rzetelność wykonawcy i sposób prowadzonej przez niego działalności.

Zarówno stanowisko Konsorcjum w wyjaśnieniach złożonych na wezwanie Zamawiającego w odniesieniu do braku wskazania dwóch decyzji Prezesa UOKiK w JEDZ, jak również argumentacja Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, o odmiennej interpretacji przepisów ustawy Pzp i intencjach ustawodawcy w żaden sposób nie niweluje stopnia naganności zachowania Konsorcjum. Wykonawca bowiem, nawet zakładając, iż miał wątpliwości co do interpretacji zakresu zastosowania podstawy wykluczenia określonej w art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, w żaden sposób nie poinformował Zamawiającego w pierwotnie złożonym JEDZ o fakcie wydania wobec jednego z członków dwóch decyzji Prezesa UOKiK.

W ocenie Izby czynnościom Konsorcjum, informującego o braku podstaw do wykluczenia jednego z członków Konsorcjum, można przypisać cechy zamierzonego działania, a więc jego działanie cechuje wina umyślna, zarówno w zamiarze bezpośrednim, jak i ewentualnym. Zamiar bezpośredni występuje wtedy, gdy wykonawca chce wprowadzić zamawiającego w błąd, natomiast zamiar ewentualny wtedy, gdy nie chce, ale przewidując możliwość wprowadzenia w błąd, godzi się na to.

Izba podkreśla, że w sytuacji, gdy informacje dotyczą jednego z konsorcjantów, prowadzącego jednoosobową działalność gospodarczą, zamierzone wprowadzenie w błąd zamawiającego nie budzi wątpliwości. Nieprawdziwe informacje dotyczyły oceny oferty Konsorcjum na podstawie ustalonych przesłanek wykluczenia wykonawcy. Tym samym żądanie wykluczenia Konsorcjum na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp Izba uznała za w pełni uzasadnione.

Dalej, Izba uznała, że zarzut oznaczony nr 2 w *petitum* odwołania, a dotyczący naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp nie podlegał rozpoznaniu z uwagi na fakt, że został podniesiony jako zarzut ewentualny.

W orzecznictwie Izby, ale również sądów powszechnych i Sądu Najwyższego - uchwała Sądu Najwyższego z dnia 18 października 2013 r. III CZP 58/13- utrwaliła się jednolita obecnie praktyka, że w postępowaniu odwoławczym możliwe jest kształtowanie zarzutów ewentualnych. Tym samym, zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 1 października 2021 roku sygn. akt XXIII Zs 53/21 Zarzut ewentualny na gruncie niniejszego postępowania należy zestawiać z powszechnie przyjętym i uznanym cywilistycznym roszczeniem ewentualnym. Ani prawo zamówień publicznych ani kodeks postępowania cywilnego nie precyzują pojęcia zarzutu ewentualnego. Jednakże ani jeden, ani drugi akt prawny nie ograniczają możliwości sformułowania zarzutu czy też roszczenia ewentualnego. Dodatkowo judykatura dopuszcza taką konstrukcję procesową. Skoro zatem dopuszczalne jest podnoszenie roszczenia ewentualnego w postępowaniach prowadzonych na podstawie KPC, to także w pełni dopuszczalne jest podnoszenie zarzutu ewentualnego w postępowaniach prowadzonych na podstawie sPzp.

W orzecznictwie Sądu Najwyższego przyjmuje się, iż żądanie ewentualne zgłaszane jako dodatkowe na wypadek niemożności uwzględnienia przez Sąd żądania zasadniczego, jest szczególnym przypadkiem kumulacji roszczeń. Przy uwzględnieniu żądania zasadniczego Sąd nie orzeka w ogóle o żądaniu ewentualnym, a czyni to jedynie, gdy brak podstaw do uwzględnienia żądania zasadniczego (tak: wyroki Sądu Najwyższego z dnia 31 stycznia 1996 r., III CRN 58/95, nie publ., z dnia 12 stycznia 2012 r., IV CSK 219/11, nie publ. i z dnia 4 października 2012 r., I CSK 100/12, nie

publ.). Podobnie wskazał Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 18 października 2013 r., sygn. akt III CZP 58/13, OSNC 2014 nr 6, poz. 62 stwierdzając, że powód może sformułować w powództwie żądanie ewentualne, na wypadek nieuwzględnienia przez sąd żądania głównego, oraz w wyroku z dnia 26 stycznia 1979 r. (sygn. akt IV CR 403) wskazując, iż zgłoszenie żądania ewentualnego stanowi szczególnie przypadek kumulacji przedmiotowej w procesie - mianowicie sąd orzeka o żądaniu ewentualnym wtedy, gdy oddali powództwo o świadczenie zgłoszone na pierwszym miejscu.

Wniosek więc jest taki, że zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą uwzględnienie zarzutu głównego skutkuje brakiem podstaw do rozpoznawania zarzutu ewentualnego, a tym samym i braku podstaw badania dowodów czy też okoliczności faktycznych dotyczących żądania ewentualnego skoro żądanie ewentualne nie jest przedmiotem orzeczenia wskutek uwzględnienia zarzutu głównego.

W ocenie Izby brak jest więc przeszkód ku temu, aby w odwołaniu podnieść zarzut główny oraz - na wypadek jego nieuwzględnienia - zarzut ewentualny, i tak też Odwołujący uczynił. W konsekwencji powyższy zarzut oznaczony nr 2 w *petitum* odwołania nie podlegał rozpoznaniu z uwagi na fakt, że został podniesiony jako zarzut ewentualny.

Izba oddaliła zarzut nr 3 odwołania. Odwołujący podnosił naruszenie przez Zamawiającego art. 226 ust. 7 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, która została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez naruszenie w rozumieniu art. 3 ust. 1 ww. ustawy, w szczególności poprzez działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta (ujawnionych powiązań (porozumień) pomiędzy wykonawcami).

Izba biorąc pod uwagę powyższą treść zarzutu oraz fakt, że art. 226 ustawy Pzp nie posiada ustępu o numerze 7, uznała, że zamysłem Odwołującego było odniesienie się do art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, a nie do art. 226 ust. 7.

W ocenie Izby, w okolicznościach przedmiotowej sprawy, zasadnym jest przedstawienie uwag odnoszących się do wymogów formalnych odwołania, określonych przepisami ustawy Pzp. Izba wskazuje, że stosownie do treści art. 516 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Tym samym należy podkreślić, że właśnie określone w ww. przepisie wymogi konstrukcyjne odwołania przesądzają, że treść zarzutu nie jest ograniczona wyłącznie do twierdzeń zawartych we wstępnej części odwołania (*petitum*), a dotyczy również okoliczności faktycznych zawartych w sformułowanej przez odwołującego argumentacji. Biorąc pod uwagę powyższe, Izba wskazuje, że w zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp Odwołujący nie poczynił żadnego uzasadnienia faktycznego oraz prawnego dla sformułowanego zarzutu

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał okoliczności, które przesądzałyby o popełnieniu przez Konsorcjum czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa powyżej. Ponadto, czyn ten musi być popełniony świadomie i z winy umyślnej. Odwołujący stawiając ten zarzut powinien był więc udowodnić, że czyn został dokonany celowo i z zamiarem wyeliminowania innych przedsiębiorców z rynku. Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał okoliczności, potwierdzających podniesiony zarzut co do tego, że złożenie oferty przez Konsorcjum stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, a tym samym w ocenie Izby, zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Izba oddaliła również zarzut nr 4 odwołania, tj. naruszenie art. 239 ust. 1 ustawy Pzp przez niedokonanie wyboru oferty Odwołującego, która jest jedyną ważną ofertą, ofertą najkorzystniejszą, zgodnie z określonymi w postępowaniu kryteriami oceny ofert.

Izba stwierdziła, że w żadnej części odwołania nie było przedstawionej argumentacji odnoszącej się do naruszenia postanowień dokumentów zamówienia w zakresie kryteriów oceny ofert, ich zastosowania lub nie, czy też stosowania kryteriów niewyartykułowanych w dokumentach zamówienia. Odwołujący nie poczynił żadnego uzasadnienia faktycznego naruszenia powyższej podstawy prawnej odnoszącego się do nieprawidłowej czynności Zamawiającego w zakresie oceny ofert w ramach ukształtowanych kryteriów oceny ofert. Argumentacja jaka została zawarta w odwołaniu stanowi wynikową innych podnoszonych zarzutów i w żaden sposób nie jest powiązana z czynnością oceny oferty w ramach kryteriów, tj. na podstawie i w granicach tychże kryteriów oceny ofert jakie przyjął Zamawiający w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. (por. wyrok KIO z dnia 16 stycznia 2023 r. sygn. akt KIO 22/23).

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy

na podstawie art. 575 ustawy Pzp 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:.....

.....

.....