

WYROK
z dnia 26 stycznia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz
Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 stycznia 2015 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 stycznia 2015 r. przez:

1. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – G. M. (M.) prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą „Jemiola” G. M., ul. Żeromskiego 19, 74-407 Boleszkowice, D. K. (K.) prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „DOMIX” D. K., Osiecznica, ul. Konopnickiej 23, 66-600 Krosno Odrzańskie, K. Ł. (Ł.) prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą „Olcha” K. Ł., ul. Dworzec 8/4, 89-642 Ryteł (sygn. akt KIO 4/15),
 2. wykonawcę P. M. (M.) prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych P. M., ul. Strażacka 17C, 66-015 Przylep (sygn. akt KIO 5/15),
- w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe – Nadleśnictwo Mieszkowice, ul. Moryńska 1, 74-505 Mieszkowice,

orzeka:

1. uwzględnić odwołania i nakazuje zamawiającemu:

- 1.1. unieważnienie czynności wyboru ofert najkorzystniejszych w częściach 4, 5, 6, 8, 9, 11, 13 zamówienia,
- 1.2. unieważnienie czynności wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – G. M. (M.) prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą „Jemiola” G. M., ul. Żeromskiego 19, 74-407 Boleszkowice, D. K. (K.) prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „DOMIX” D. K., Osiecznica, ul. Konopnickiej 23, 66-600 Krosno Odrzańskie, K. Ł. (Ł.) prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą

1

„Olcha” K. Ł., ul. Dworzec 8/4, 89-642 Ryteł oraz wykonawcy P. M. (M.) prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych P. M., ul. Strażacka 17C, 66-015 Przylep,

- 1.3. dokonanie ponownej oceny ofert i wyboru ofert najkorzystniejszych w częściach 4, 5, 6, 8, 9, 11, 13 zamówienia;
2. kosztami postępowania odwoławczego obciążyć zamawiającego – Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe – Nadleśnictwo Mieszkowice, ul. Moryńska 1, 74-505 Mieszkowice i:
- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30.000,00 zł (słownie: trzydzieści tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – G. M. (M.) prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą „Jemiola” G. M., ul. Żeromskiego 19, 74-407 Boleszkowice, D. K. (K.) prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „DOMIX” D. K., Osiecznica, ul. Konopnickiej 23, 66-600 Krosno Odrzańskie, K. Ł. (Ł.) prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą „Olcha” K. Ł., ul. Dworzec 8/4, 89-642 Ryteł oraz wykonawcę P. M. (M.) prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych P. M., ul. Strażacka 17C, 66-015 Przylep tytułem wpisów od odwołań,
 - 2.2. zasądza od Zamawiającego – Skarbu Państwa – Państwowego Gospodarstwa Leśnego Lasy Państwowe – Nadleśnictwo Mieszkowice, ul. Moryńska 1, 74-505 Mieszkowice na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – G. M. (M.) prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą „Jemiola” G. M., ul. Żeromskiego 19, 74-407 Boleszkowice, D. K. (K.) prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „DOMIX” D. K., Osiecznica, ul. Konopnickiej 23,

66-600 Krosno Odrzańskie, K. Ł. (Ł.) prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą „Olcha” K. Ł., ul. Dworzec 8/4, 89-642 Rytel oraz wykonawcy P. M. (M.) prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych P. M., ul. Strażacka 17C, 66-015 Przylep kwoty po 18.600,00 zł (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych 00/100) każda, stanowiące koszty postępowania odwoławczego poniesione przez wykonawców z tytułu wpisów od odwołań i wynagrodzeń pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 j.t. ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Szczecinie.

Przewodniczący:

2

3

Sygn. akt: KIO 4/15
KIO 5/15

Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe – Nadleśnictwo Mieszkowice, ul. Moryńska 1, 74-505 Mieszkowice prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest wykonywanie usług leśnych w Nadleśnictwie Mieszkowice w roku 2015 (znak sprawy: ZPB-2710/01/14), zwane dalej „Postępowaniem”. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.759 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 8 listopada 2014 r., pod nr 2014/S 216-382425.

W dniu 23 grudnia 2014 r. Zamawiający poinformował wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – G. M. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą „Jemiola” G. M., ul. Żeromskiego 19, 74-407 Boleszkowice, D. K. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą „DOMIX” D. K., Osiecznica, ul. Konopnickiej 23, 66-600 Krosno Odrzańskie, K. Ł. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą „Olcha” K. Ł., ul. Dworzec 8/4, 89-642 Rytel, zwanych dalej „Konsorcjum GM”, a w sprawie o sygn. akt KIO 4/15 również „Odwołującym” oraz wykonawcę P. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych P. M., ul. Strażacka 17C, 66-015 Przylep, zwanego dalej „Wykonawcą PM”, a w sprawie o sygn. akt KIO 5/15 również „Odwołującym” o wykluczeniu ich z Postępowania, wskazując za podstawę tej czynności przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Powyższa czynność zaskarżona została odwołaniami wniesionymi przez ww. do Prezesa Izby w dniu 2 stycznia 2015 r.

sygn. akt KIO 4/15

Konsorcjum GM zarzuciło Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust 1 Pzp,
2. art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp przez wykluczenie go mimo braku przesłanek wynikających z powołanego przepisu,
3. art. 24 ust. 4 Pzp przez uznanie oferty Odwołującego za odrzuconą mimo braku podstaw do jego wykluczenia,
4. art. 89 ust 1 pkt 5 Pzp przez niezgodne z przepisami uznanie oferty Konsorcjum GM za odrzuconą,

4

5. art. 91 ust 1 Pzp w zawiązku z dokonaniem wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem obowiązujących przepisów, pozbawiając prawa do uznania ofert Odwołującego za oferty najkorzystniejsze w części 4 i 5 zamówienia.
Konsorcjum wniosło o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dla w części 4 i 5 zamówienia,
2. powtórzenie czynności oceny i wyboru ofert, w tym ofert Odwołującego, oraz o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

Konsorcjum GM wyjaśniło, że ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniosło szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp oraz postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”). Zamawiający bezzasadnie odrzucił ofertę Odwołującego mimo istnienia przesłanek do uznania, że informacje podane przez członka konsorcjum – D. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „DOMIX” D. K. (dalej: „Konsorcjant DK”) polegają na prawdzie, bądź brak jest okoliczności dostatecznie uzasadniających, że informacje te mają lub mogą mieć wpływ na wynik Postępowania, podczas gdy jednym z obowiązków Zamawiającego jest prawidłowe poczynienie ustaleń faktycznych, jak i zastosowanie przepisów prawa.

W uzasadnieniu odwołania wskazało, że podstawy faktyczne decyzji o wykluczeniu Odwołującego oparte zostały o informacje pochodzące z Nadleśnictwa Brzózka i Sulęcín, które to Zamawiający uznał za rzeczywiste i nadrzędne wobec okoliczności wynikających ze stosunków umownych wykonawcy i podwykonawcy.

Odwołujący podkreślił, że poświadczenie z dnia 20 listopada 2014 r., złożone przez Konsorcjanta DK, a pochodzące od innego podmiotu (Wykonawcy PM) dotyczyło wykazania doświadczenia do oceny punktowej w ramach kryterium „doświadczenie wykonawcy”. W ocenie Konsorcjum GM nie było podstaw faktycznych i prawnych, aby Zamawiający wzywał je do złożenia wyjaśnień w zakresie odbiorcy usług objętych poświadczeniem oraz czy Konsorcjant DK wykonując prace była podwykonawcą Wykonawcy PM. Informacje te wynikały bowiem wprost ze złożonego poświadczenia i wskazywały nazwę wykonawcy, który poświadczył wykonanie usługi, nazwę usługobiorcy (podwykonawcy), który wykonał usługę, przedmiot usługi oraz datę jej wykonania, wartość brutto wykonanej usługi, a także informację o należytych wykonaniu usługi. Były to więc wszystkie niezbędne informacje opisane w pkt 7.2 w zw. z pkt 7.3 oraz pkt 18.6 ppkt 2) SIWZ, potrzebne do spełnienia warunku udziału w Postępowaniu.

Zdaniem Odwołującego istotna jest okoliczność, że odpowiedział on na wezwania

Zamawiającego, udzielając wyczerpujących i zgodnych z rzeczywistością odpowiedzi, na których poparcie przedłożone zostały stosowne dokumenty, tj. faktury. Pomimo kolejnych wezwań, Konsorcjum GM ustosunkowało się do każdego z nich, a zakres przedstawianych kolejno informacji korespondował z dotychczas zgromadzonymi dowodami (dokumentami) oraz winien prowadzić do wniosku, iż wszelkie dane odpowiadają obiektywnej prawdzie.

Odwołujący podkreślił, że wykluczenie z uwagi na nieprawdziwe informacje może mieć miejsce jeżeli spełnione są łącznie dwie przesłanki: wykonawca przedstawił nieprawdziwe informacje oraz informacje te mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Nieprawdziwe informacje to takie, które nie są zgodne ze stanem faktycznym, odbiegają od rzeczywistości, a ponadto zamawiający musi mieć pewność nieprawdziwości informacji. Biorąc pod uwagę zakres informacji i dokumentów przedłożonych przez Konsorcjum GM przyjąć należy, iż Zamawiający nie uzyskał definitywnego i kategorycznego potwierdzenia nieprawdziwości wskazanych przez nie informacji, a oparł się jedynie na odpowiedziach Nadleśnictw, które nie były stroną i nie ingerowały w zakres praw i obowiązków wynikających z umowy o podwykonawstwo. W świetle powyższych okoliczności uznać należy, iż bezzasadnym jest oskarżenie Konsorcjanta DK, który był podwykonawcą wykonawcy głównego – Wykonawcy PM o złożenie nieprawdziwych informacji, gdyż wykonywał on warunki umowy z dnia 4 stycznia 2013 r. jako podwykonawca.

Konsorcjum GM zasygnalizowało, że Zamawiający zignorował bez żadnego wyjaśnienia szereg okoliczności wynikających z dokumentacji łączącej podwykonawcę z wykonawcą, a oparł się jedynie na stwierdzeniach Nadleśnictw Sulęcín i Brzózka, co nie znajduje jakiegokolwiek uzasadnienia logicznego. Wskazał, że chociażby umowa z Nadleśnictwem Brzózka nie przewidywała obowiązku zgłoszenia zmiany podwykonawców, a PM otrzymał w umowie Wykonawca pozytywne referencje. Jednocześnie z Nadleśnictwem Sulęcín Wykonawca PM zgłosił fakt realizacji usługi za pomocą podwykonawcy – Konsorcjanta DK (część 5 – Leśnictwo Lubień), jednakże w trakcie jej realizacji (po złożeniu odpowiednich dokumentów) Nadleśnictwo Sulęcín zostało

poinformowane o upoważnieniu Konsorcjanta DK do realizacji całości usługi. Otrzymał on pozytywne referencje, a Nadleśnictwo nie wniosło do żadnego dokumentu sprzeciwu.

Odwołujący podał, że pracownicy Nadleśnictwa Brzózka oraz Sulęcín wiedzieli, że Konsorcjant DK brał udział w realizacji umów jako podwykonawca (co wykonawca jest w stanie udowodnić na podstawie umowy o podwykonawstwo, pełnomocnictw, upoważnień, protokołów odbioru robót oraz faktur). Jak wynika z orzecznictwa Izby, zmiana zakresu zamówienia powierzonego podwykonawcy w trakcie realizacji umowy, nie jest zmianą o charakterze istotnym, nie stwarza bowiem wybranemu wykonawcy warunków odmiennych (korzystniejszych) od tych, o których wiedzieli wykonawcy biorący udział w postępowaniu.

6

Zmianie nie uległy ramy realizowanego zamówienia takie jak: termin, sposób realizacji, czy wynagrodzenie). Powierzenie części zadań podwykonawcom należy raczej rozpatrywać jako „wewnętrzną politykę organizacyjną” wykonawcy, co nie zmienia faktu, że wykonawca ponosi pełną odpowiedzialność za realizację zamówienia. Ponadto podanie czy też brak informacji o planowanym przez wykonawcę zakresie podwykonawstwa przy realizacji zamówienia, w żaden sposób nie wpływa na kształt umowy w sprawie zamówienia publicznego, w szczególności nie ma nic wspólnego z możliwością wyrażenia zgody zamawiającego na konkretnych podwykonawców przewidzianą postanowieniami umowy oraz przepisami K.c. Konsorcjum GM z ostrożności wyjaśniło, że brak posiadania wiedzy przez Nadleśnictwa w przedmiocie oznaczenia podwykonawcy czy też zakresu wykonanych przez niego prac, nie sprawia, iż postanowienia umowne wykonawcy i podwykonawcy są nieważne i bezskuteczne, a zakresu wykonanych przez podwykonawców usług nie można zaliczyć na poczet posiadanego przez niego doświadczenia.

Odwołujący stwierdził, że przyjęcie, iż wszystkie informacje składane przez wykonawcę w celu uzyskania zamówienia publicznego *ex definitione* są informacjami, które mogą mieć wpływ na wynik postępowania jest niedopuszczalne, gdyż stoi to w jawnej sprzeczności z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. Ustawodawca wyraźnie wskazał, że muszą być to nie jakiegokolwiek informacje nieprawdziwe, ale informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania. Musi więc istnieć obiektywna zależność pomiędzy podaniem nieprawdziwych informacji, a wynikiem postępowania. Nie ma tutaj mowy o sankcji za podanie nieprawdziwych informacji, lecz sankcji, którą można zastosować jedynie w określonych przypadkach, tj. w razie podania nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania.

Konsorcjum GM podkreśliło również, iż pomimo zwrócenia się do Zamawiającego o udostępnienie protokołu Postępowania wraz z załącznikami oraz protokołu z postępowania wyjaśniającego, otrzymało dokumentację niekompletną, jako niezawierającą dokumentów dotyczących oceny oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – M. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych M. B., Warnice 59, 74-311 Różańsko, Z. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PHU Zygmunt, Kłósów 85, 74-505 Mieszkowice, R. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne R. D., ul. Mireckiego 15, 74-400 Dębno, S. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych – B. S., ul. Żeromskiego 12, 74-503 Moryń, L. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą L. S., ul. Moryńska 7, 74-505 Mieszkowice, K. Ł. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych K. Ł., Stare Łysogórki 77, 74-505 Mieszkowice, S. L. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Matimar – S. L.”, Siekierki 16, 74-520 Cedynia, J. K. prowadzącego działalność

7

gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych J. K., Goszków 33/1, 74-505 Mieszkowice, zwanych dalej „Konsorcjum MB”.

Odwołujący zwrócił uwagę, iż niesłusznie odrzucona oferta złożona przez niego na część 4 zamówienia jest ofertą najkorzystniejszą na podstawie kryterium „doświadczenie wykonawcy”. Zgodnie z pkt 18.6 ppkt 2) SIWZ w tym kryterium oceniane miało być doświadczenie wykonawcy mierzone wartością wykonanych usług w zakresie pozyskania i zrywki drewna oraz zagospodarowania lasu, gdzie Zamawiający mógł przyznać następującą ilość punktów:

1. poniżej 1 mln zł brutto – 1 pkt,

2. od 1 do 3 mln zł brutto – 5 pkt,
3. powyżej 3 mln zł brutto – 10 pkt

Ocena ofert w kryterium „doświadczenie wykonawcy” została dokonana odrębnie dla każdej części zamówienia. Wykonawca nie mógł wskazać tej samej usługi lub usług w ofercie na więcej niż jedną część, w przeciwnym razie Zamawiający nie brał pod uwagę tej usługi lub usług przy ocenie oferty w żadnym z pakietów. Ponadto, w pkt 18.7 SIWZ Zamawiający wskazał również, że niezłożenie wykazów lub dowodów, o których mowa w pkt 18.6 SIWZ lub złożenie dokumentów niekompletnych, uniemożliwiających Zamawiającemu ocenę ofert w danym kryterium skutkować będzie nieprzyznaniem punktów w ramach tego kryterium.

Z protokołu komisji przetargowej z dnia 25 listopada 2014 r. oraz wezwania do złożenia wyjaśnień Konsorcjum MB wynika, że dla części 1, 4, 8, 9, 12 oraz 10, 13 w wykazach usług, posłużyło się tymi samymi zasobami w więcej niż jednym pakiecie i zostało wezwane do złożenia wyjaśnień na którą część wykorzysta posiadane zasoby. Z uwagi na fakt, że Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu tej części załączników do protokołu, przyjął on, że Konsorcjum MB złożyło wyjaśnienia ze wskazaniem odpowiednich zasobów na wybrane części.

Dalej Odwołujący podał, że Zamawiający w ramach kryterium „doświadczenie wykonawcy” przyznał Konsorcjum MB punkty w częściach 1, 4, 8, 9, 10, 12, 13, mimo iż pkt 18.6 oraz 18.7 SIWZ wyraźnie mówi o nieprzyznaniu wykonawcy punktów w ramach tego kryterium w żadnym z pakietów. Stwierdził, że wyjaśnienia Konsorcjum MB posłużyły takiemu dopasowaniu oferty, aby pozyskać najkorzystniejsze wyniki punktowe w poszczególnych częściach zamówienia, co narusza ustawowy zakaz prowadzenia między zamawiającym a wykonawcą negocjacji w zakresie treści złożonej oferty.

Konsorcjum GM podsumowało, że Zamawiający naruszył zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co znalazło odzwierciedlenie w zarzutach odwołania.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie w oparciu

o następującą argumentację.

Na wstępie Zamawiający przytoczył postanowienia SIWZ odnoszące się do kryterium oceny ofert w postaci doświadczenia wykonawcy i zasad jego weryfikowania.

Następnie podał, że w toku sprawdzania i badania ofert Zamawiający powziął wątpliwość dlaczego wykonawcy wzajemnie poświadczają sobie na tą samą kwotę wykonanie usług i nie przedkładają referencji od właściwych Zamawiających, u których usługi faktycznie były wykonywane. Dlatego komisja przetargowa Zamawiającego na posiedzeniu w protokole w dniu 25 listopada 2014 r., na str. 4, stwierdziła, że nie jest w stanie stwierdzić w jakiej jednostce były wykonywane prace, czy Konsorcjant DK był podwykonawcą Wykonawcy PM oraz czy wartość wykonanych przez Konsorcjanta DK usług (1.040.879,21 zł) nie jest „zawarta” w wartości usług wykazanych przez Wykonawcę PM.

W dniu 27 listopada 2014 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum GM do złożenia wyjaśnień, które to pismo sprostował w dniu 28 listopada 2014 r. żądając wskazania w jakiej jednostce lasów były wykonywane prace, których wartość wyniosła 1.040.879,21 zł i czy Konsorcjant DK wykonując prace, których wartość wyniosła 1.040.879,21 zł był podwykonawcą Wykonawcy PM.

W odpowiedzi Odwołujący wyjaśnił, że przedstawione poświadczenie z dnia 20 listopada 2014 r. na kwotę 1.040.879,21 zł brutto, wydane przez Wykonawcę PM, dotyczyło usług leśnych wykonywanych w Nadleśnictwie Sulęcín oraz Nadleśnictwie Brzózka w roku 2013 r. Konsorcjant DK wykonując prace, których wartość wyniosła 1.040.879,21 zł brutto był w tym czasie podwykonawcą Wykonawcy PM. Zdaniem Zamawiającego z przedstawionego poświadczenia wynika, że usługi wykonane przez Konsorcjanta DK jako podwykonawcy na terenie Nadleśnictwa Sulęcín i Brzózka zostały wykonane na kwotę 1.040.879,21 zł (w całości). Z kolei Wykonawca PM, pismem z dnia 4 grudnia 2014 r., wyjaśnił, że Konsorcjant DK, działając w charakterze podwykonawcy, wykonywał usługi z zakresu gospodarki leśnej w Nadleśnictwie Sulęcín na kwotę brutto 1.010.010,13zł, a w Nadleśnictwie Brzózka na kwotę brutto 30 869,08 zł.

Nadleśnictwo Brzózka w piśmie z dnia 8 grudnia 2014 r. podało, że Konsorcjant DK nie był podwykonawcą Wykonawcy PM. Nadleśnictwo Sulęcín w piśmie z dnia 9 grudnia 2014 r. udzieliło odpowiedzi, że Konsorcjant DK był zgłoszony przez Wykonawcę PM jako podwykonawca do wykonywania umowy zawartej z nim umowy. Podwykonawstwo

realizowane było w 50% dla pozyskania i zrywki oraz w 100% dla zadań z zagospodarowania lasu. Informacja o podwykonawstwie została zawarta w ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia.

Po zestawieniu informacji udzielonych przez Konsorcjanta DK oraz Wykonawcę PM, jak i informacji uzyskanych z Nadleśnictwa Sulęcín i Nadleśnictwa Brzózka Zamawiający

9

stwierdził, że Konsorcjant DK, składając wraz z pozostałymi wykonawcami w ramach wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia ofertę na część 4 i 5 zamówienia, udzielił informacji nieprawdziwych, nierzetelnych, usiłując wprowadzić w błąd Zamawiającego w celu uzyskania przez Konsorcjum GM jak największej ilości punktów w kryterium doświadczenie i uzyskania zamówienia publicznego we wskazanych częściach.

Zamawiający podniósł, że pismem z dnia 15 grudnia 2014 r., dodatkowo wezwał Odwołującego, w odniesieniu do przedłożonych faktur do wskazania lokalizacji usług, których dotyczyły wartości z nich wynikające. Udzielona odpowiedź (pismo Konsorcjum GM z dnia 19 grudnia 2014 r.) nie została poparta żadnymi dowodami w postaci dokumentów – zleceń wykonywania usług, czy oświadczeniami właściwego leśniczego odbierającego usługi na terenie Nadleśnictwa Brzózka.

Zamawiający wyjaśnił następnie, że w piśmie z dnia 27 grudnia 2014 r. zatytułowanym „Uwagi do czynności Zamawiającego” Konsorcjum GM wyjaśniło, że Konsorcjant DK był podwykonawcą zamówienia realizowanego na rzecz Nadleśnictwa Brzózka, co wynikało z faktur przedłożonych Zamawiającemu. Jednakże faktury, pomimo wskazania w nich wartości wykonanych usług, nie wskazywały żadnej lokalizacji, co mogło – zdaniem Zamawiającego – świadczyć o tym, że były one wykonywane „na czarno”, tj. jako podwykonawstwo bez wiedzy bądź zgody zamawiających, w przeciwnym razie do faktur załączone byłyby także zlecenia wykonania usług. Zamawiający podkreślił, że w Lasach Państwowych przy wykonywaniu usług leśnych obowiązują zasady BHP i przeciwpożarowe o zaostrzonym charakterze, zatem żaden z zamawiających nie toleruje wykonywania usług przez osoby bliżej nieokreślone, na których podwykonawstwo wykonawca nie otrzymał zgody Zamawiającego, ponieważ jest to związane z olbrzymią odpowiedzialnością. W razie wypadku ciężkiego bądź śmiertelnego zachodziłaby ewentualna odpowiedzialność karna osoby, która zezwoliła na wykonywanie usług „na czarno”.

Zamawiający zaznaczył, że Odwołujący twierdzi, jakoby nie zostały wzięte pod uwagę stosunki umowne wykonawcy i podwykonawcy, jednakże w celu wykazania wykonywania usług na terenie Nadleśnictwa Brzózka nie przedłożono ani umowy pomiędzy nim, a Wykonawcą PM, ani kopii umowy pomiędzy Wykonawcą PM, a Konsorcjantem DK. Stąd, w ocenie Zamawiającego, zachodzi nawet obawa i podejrzenie, że przedstawione przez Konsorcjum GM faktury są nieprawdziwe.

Zdaniem Zamawiającego nierzetelne były także informacje odnośnie usług wykonywanych w Nadleśnictwie Sulęcín, bowiem nie jest prawdą, iż w 100% wszystkie usługi zostały wykonane przez Konsorcjanta DK. Z odpowiedzi samego Nadleśnictwa Sulęcín

10

wynika, że w 100% wykonane zostały usługi z zakresu zagospodarowania lasu, natomiast tylko w 50% dla pozyskania i zrywki.

W świetle powyższych faktów wynikających z przedłożonych i zestawionych dokumentów należało stwierdzić, że informacje udzielone przez Odwołującego odbiegają od rzeczywistości i informacje te miałyby wpływ na wynik Postępowania.

Reasumując Zamawiający stwierdził, że miał podstawy do wykluczenia Odwołującego z Postępowania z powodu podania nieprawdziwych informacji, o czym dodatkowo poinformował organy ścigania. Podkreślił, że w toku Postępowania nigdy nie negował możliwości poświadczenia wykonania usług przez głównego wykonawcę, ale poświadczenie to okazało się niezgodne z informacjami wystawionymi przez Nadleśnictwa Brzózka i Sulęcín. Zaznaczył również, że na celowe, zawinione i zamierzone zachowanie wykonawcy mające na celu wprowadzenie Zamawiającego w błąd w celu uzyskania zamówienia publicznego wskazuje sposób formułowania przez Konsorcjum GM odpowiedzi na poszczególne pytania Zamawiającego. Gdyby chodziło o zwykłą omyłkę popełnioną w piśmie Konsorcjanta DK, czy Wykonawcy PM, to mogliby oni ją sprostować w procedurze wyjaśniającej.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpienie zgłosiło

Konsorcjum MB wnosząc o oddalenie odwołania.

Na rozprawie strony i uczestnik postępowania odwoławczego podtrzymali argumentację zawartą w złożonych pismach procesowych. Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z treści: umowy nr S-2710-204/2012 zawartej w dniu 28 grudnia 2012 r. pomiędzy Skarbem Państwa – Państwowym Gospodarstwem Leśnym Nadleśnictwo Brzózka, a Wykonawcą PM, na okoliczność braku obowiązku wskazania w treści tej umowy podwykonawców, oświadczenia Konsorcjanta DK oraz porozumienia zawartego pomiędzy Wykonawcą PM, Konsorcjantem DK, a K. U., na okoliczność realizowania przez Konsorcjanta DK usług objętych zakwestionowanym przez Zamawiającego poświadczeniem.

sygn. akt KIO 5/15

Wykonawca PM zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 K.c. przez prowadzenie Postępowania z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
2. art. 24 ust. 2 pkt. 3 Pzp przez bezzasadne wykluczenie Wykonawcy PM na podstawie twierdzenia, że złożył on nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik Postępowania,
3. art. 89 ust. 1 pkt. 5 Pzp przez niezgodne z przepisami uznanie oferty Wykonawcy PM za odrzuconą,
4. art. 91 ust. 1 Pzp w związku z dokonaniem wyboru oferty najkorzystniejszej z

11

naruszeniem obowiązujących przepisów, pozbawiając prawa do uznania oferty Odwołującego za ofertę najkorzystniejszą w części 6, 8, 9, 11, 13 zamówienia.

Wykonawca PM wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w częściach 6, 8, 9, 11, 13 zamówienia,
2. powtórzenia czynności oceny oferty przez przywrócenie do postępowania niesłusznie odrzuconej oferty Wykonawcy PM,
3. powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej przez wybór oferty Odwołującego,

oraz o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

Wykonawca PM wyjaśnił, że ma interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Naruszenie przez Zamawiającego wyżej wykazanych przepisów oraz postanowień SIWZ narusza jego prawa, wskutek czego bezspornie doznał on uszczerbku interesu oraz poniósł szkodę wyrażającą się niemożnością uzyskania prawa do realizacji zamówienia publicznego w częściach 6, 8, 9, 11, 13, na które złożył ofertę najkorzystniejszą.

W uzasadnieniu odwołania Wykonawca PM przytoczył stanowisko Zamawiającego zawarte w piśmie informującym o wykluczeniu z Postępowania. Stwierdził, że na gruncie Pzp nie istnieje domniemanie nieprawdziwości informacji składanych przez wykonawców, w związku z czym zamawiający nie może stosować tej podstawy wykluczenia nie mając odpowiednich dowodów nieprawdziwości informacji. W konsekwencji konieczna jest analiza stanu faktycznego, w którym Zamawiający kwestionuje nie dokumenty zawarte w ofercie Wykonawcy PM, ale dokumenty które przedstawił inny wykonawca, tj. Konsorcjum GM. Istotnym jest również, iż, oferta Konsorcjum GM została złożona na część 5, w której Wykonawca PM nie brał udziału. Co zaskakujące, podmiot którego spór dotyczy – Konsorcjant DK, który złożył ofertę na część 7 zamówienia, nie został wykluczony z Postępowania.

Odwołujący podał, że Zamawiający prowadził postępowanie wyjaśniające w przedmiocie kwestionowanej informacji, w którym został on pominięty, podczas gdy wielokrotnie zwracał się do Konsorcjum GM, w trybie art. 26 ust 4 i art. 87 ust 1 Pzp, o udzielenie wyjaśnień dotyczących podwykonawstwa Konsorcjanta DK. Podkreślił również, że pomimo zwrócenia się do Zamawiającego o udostępnienie protokołu Postępowania wraz z załącznikami, w tym korespondencją stanowiącą podstawę decyzji o wykluczeniu, dokumentacja ta dopiero w dniu 31 grudnia 2014 r. w godzinach popołudniowych została mu udostępniona. Była ona jednak niekompletna, jako że nie zawierała dokumentacji dotyczącej oceny oferty Konsorcjum MB. Zdaniem Wykonawcy PM działanie Zamawiającego narusza

12

art. 96 ust.3 Pzp w zw. z art. 2 ust. 1 w zw. z art. 3 ust. 1 pkt. 1 oraz art. 10 ust. 1 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz.U.2014.782), zwanej dalej „Ustawą”. Powołany przepis Pzp wyznacza jednocześnie moment, od którego udostępnieniu podlegają poszczególne załączniki do protokołu – w chwili unieważnienia bądź wyboru oferty najkorzystniejszej. Zgodnie z § 5 ust. 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz.U.2010.223.1458), zwanego dalej „Rozporządzeniem”, zamawiający udostępnia wnioskodawcy protokół lub załączniki niezwłocznie. Podobnie termin ten określa Ustawa, zgodnie bowiem z art. 13 ust. 1 udostępnienie informacji publicznej następuje na wniosek bez zbędnej zwłoki. Należy przyjąć, iż pojęcie „bez zbędnej zwłoki” jest tożsame z pojęciem „niezwłocznie”, użytym w § 5 ust. 5 Rozporządzenia. Jednakże mimo wyraźnego nakazu ustawowego Zamawiający nie udostępnił wszystkich załączników do protokołu o które wnioskował Odwołujący (nie udostępniono żadnych dokumentów uzupełnianych przez wykonawców, w tym m.in. Konsorcjum MB, opinii prawnej stanowiącej podstawę wykluczenia Wykonawcy PM), nie uzasadniono również odmowy jej udostępnienia.

Następnie Odwołujący wyjaśnił, że w dniu 28 grudnia 2012 r. zawarł umowę na wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej ze Skarbem Państwa – Państwowym Gospodarstwem Leśnym Lasy Państwowe – Nadleśnictwem Brzózka. Jej przedmiotem było wykonywanie usług leśnych z zakresu gospodarki leśnej w Nadleśnictwie Brzózka w 2013 r. Umowa ta nie przewidywała obowiązku zgłoszenia zmiany podwykonawców. Realizacja postanowień umowy odbywała się terminowo, zgodnie z zawartymi w niej wytycznymi. Po wykonaniu usługi Wykonawca PM otrzymał referencje potwierdzające ich należyte wykonanie. Tym samym nie można zarzucać mu, że poświadczył nieprawdę w zakresie zmiany podwykonawcy i zatrudnienia Konsorcjanta DK. Wszelkie świadczone przez niego usługi z zakresu gospodarki leśnej były realizowane należyście, terminowo i rozliczane na podstawie wystawianych faktur. Wykonawca PM nie miał zatem podstaw do odmowy wystawienia referencji dla Podwykonawcy za należyście wykonaną usługę.

Z kolei w dniu 4 stycznia 2013 r. Odwołujący zawarł umowę na wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej ze Skarbem Państwa – Państwowym Gospodarstwem Leśnym Lasy Państwowe – Nadleśnictwem Sulęcín. Jej przedmiotem było wykonywanie usług leśnych w Nadleśnictwie Sulęcín (część 5 – Lubień). W toku realizacji umowy, w dniu 4 stycznia 2013 r. Wykonawca PM zgłosił do nadleśnictwa fakt realizacji usługi za pomocą podwykonawcy – Konsorcjanta DK. Także i w tym przypadku umowa została należyście wykonana, co potwierdzone zostało w referencjach. Istotny jest również fakt, iż ani Wykonawca PM, ani Konsorcjant DK nie określali w zgłoszeniu wielkości usług objętych podwykonawstwem.

Co więcej, również w dniu 4 stycznia 2013 r., Odwołujący zawarł umowę na wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej ww. Nadleśnictwem. Jej przedmiotem było wykonywanie usług leśnych w Nadleśnictwie Sulęcín (część 3 – Żubrow). W toku realizacji umowy, w dniu 4 stycznia 2013 r., Wykonawca PM zgłosił do nadleśnictwa fakt realizacji usługi za pomocą podwykonawcy K. U., ten zaś realizował usługę z udziałem kolejnego podwykonawcy (Konsorcjanta DK), co w świetle obowiązujących przepisów jest zgodne z prawem. Także i w tym przypadku realizacja usługi przebiegła należyście i została potwierdzona referencjami. Odwołujący podkreślił, że natychmiast po otrzymaniu informacji o zawarciu porozumienia pomiędzy jego podwykonawcą, a dalszym podwykonawcą zweryfikował sposób realizacji powiadamiając Nadleśnictwo Sulęcín o uprawnieniach podwykonawcy – Konsorcjanta DK. W dniu 4 stycznia 2013 r. złożono upoważnienie dla Konsorcjanta DK w zakresie Leśnictwa Lubień (część 5 zamówienia), a natychmiast po otrzymaniu informacji o zatrudnieniu go przez K. U. poinformowano o tym Nadleśnictwo Sulęcín, składając w dniu 27 lutego 2013 r. upoważnienie dla Konsorcjanta DK w zakresie całości realizowanej usługi. Odwołujący podkreślił, że Nadleśnictwo Sulęcín nie wniosło do żadnego ze złożonych dokumentów sprzeciwu. Tym samym przyjęto, iż poprzez milczącą akcept (analogicznie do art. 647 ¹ K.c.) podwykonawcy zostali zaakceptowani. Wszelkie wykonywane przez podwykonawcę usługi z zakresu gospodarki leśnej były wykonywane należyście, terminowo i rozliczane na zasadzie płatności bezpośrednich (zgodnie z porozumieniem zawartym przez K. U. i Konsorcjanta DK).

Wykonawca PM podkreślił następnie, że wykonawca realizujący usługę jest

zobligowany do zgłoszenia tylko swoich podwykonawców, natomiast nie zachodzą tutaj przesłanki znowelizowanej Pzp przewidziane dla robót budowlanych, w przypadku których obligatoryjnym jest zgłoszenie również dalszych podwykonawców. Obowiązująca od grudnia 2014 r. nowelizacja w zakresie podwykonawstwa uregulowała omawianą problematykę w art. 1 ust. 1 pkt 9b Pzp stanowiąc, że umowa o podwykonawstwo to umowa w formie pisemnej o charakterze odpłatnym, której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane stanowiące część zamówienia publicznego, zawarta między wybranym przez zamawiającego wykonawcą a innym podmiotem (podwykonawcą), a w przypadku zamówień publicznych na roboty budowlane także między podwykonawcą a dalszym podwykonawcą lub między dalszymi podwykonawcami. Na tle tego przepisu można wyróżnić trzy charakterystyczne cechy umowy podwykonawstwa: pisemność, odpłatność i jej przedmiot, czyli świadczenie stanowiące część zamówienia publicznego. Ustawodawca rozróżnił także obowiązki i uprawnienia wykonawcy odrębnie dla usług i dostaw (analiza dotyczy tylko zgłoszenia podwykonawców podmiotu podpisującego umowę) oraz odrębnie dla robót budowlanych (analiza dotyczy nie tylko podwykonawców, ale również dalszych

14

podwykonawców). Wykonawca PM zauważył, że doświadczenie wykonawcy zdobyte i ugruntowane przy wykonywaniu usług odpowiadających swoim rodzajem usługom stanowiącym przedmiot zamówienia, jest niezależne od tego czy wykonawca wykonywał je w charakterze wykonawcy, podwykonawcy czy „głównego wykonawcy”. Stawianie takich warunków odnośnie sposobu nabycia doświadczenia, jest nieuprawnione i nie znajduje podstaw w przepisach Pzp. Stąd też ustanowienie warunku, iż wykonawca nie może posługiwać się doświadczeniem zdobytym podczas realizacji usługi z udziałem podwykonawców, czy też założenie, iż niemożliwym jest wykazywanie takiej usługi w wykazie jako „zdublowanej” jest nieuprawnione.

Powyższe wiąże się z zagadnieniem podwykonawstwa w zamówieniach publicznych definiowanego jako wykonanie części zamówienia publicznego przez podwykonawcę na rzecz generalnego wykonawcy. Stroną umowy zawsze jest wykonawca, generalny wykonawca, zaś ustawodawca umożliwia mu wykonywanie zamówienia z udziałem podwykonawców. Problematyka ujawnienia skutecznego lub nieskutecznego podwykonawcy była przedmiotem rozważań Izby, która stwierdziła, że niezawiadomienie inwestora o realizacji zamówienia z udziałem podwykonawców nie ma wpływu na skuteczność umowy o podwykonawstwo.

Zdaniem Wykonawcy PM chybiony jest również pogląd Zamawiającego, iż podstawą jego wykluczenia może być wykazanie się „zdublowanymi” usługami, bowiem ustawodawca umożliwia wykonawcom złożenie oferty, w których wykonawca samodzielnie wykazuje spełnianie warunków udziału w postępowaniu ale również dopuszcza sytuacje, w których wykonawca wykazuje spełnianie warunków udziału w postępowaniu powołując się na zasoby podmiotów trzecich. W przypadku wykazywania spełniania warunków udziału w postępowaniu poprzez odwoływanie się do potencjału podmiotów trzecich w zakresie wiedzy i doświadczenia za wystarczające może być uznane zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia odpowiednich zasobów na rzecz wykonawcy. Tym samym nie można zakładać, że podmiot trzeci użyczając zasób na rzecz konkretnego wykonawcy, nie będzie się nim już więcej legitymował. Analogicznie, zdaniem Odwołującego, należałoby zawsze sprawdzać, czy wykonawcy nie wykazują w swych ofertach posiadanej wiedzy i doświadczenia w innych procedurach organizowanych na terenie rynku wspólnotowego.

Z ostrożności procesowej Wykonawca PM podniósł, że nawet jeśli doszło do przekroczenia ustanowionej w umowie z Nadleśnictwem Sulęcín wielkości udziału podwykonawcy (w rozmiarze 50% dla pozyskania i zrywki drewna oraz 100% dla zadań z zakresu zagospodarowania lasu) to działanie to nie stanowi poświadczenia nieprawdy. Faktem jest, że nadleśnictwo nadzorując wykonywanie usługi w 2013 r. powinno monitorować tą kwestię, zwłaszcza że dopuściło potwierdzenie wykonania usługi w protokołach odbioru przez podwykonawcę. Nie sposób uznać, iż w jakikolwiek sposób poświadczono nieprawdę

15

w dokumentach – listach referencyjnych, zgłoszeniach do nadleśnictw, protokołach odbioru realizowanych sukcesywnie prac z zakresu gospodarki leśnej, czy też wystawianych fakturach i dokonywanych na ich podstawie płatnościach. Jeżeli z treści złożonych wykazów, referencji,

faktur i protokołów odbioru wynika, że podwykonawca zrealizował określony zakres prac, potwierdza tym samym posiadanie w tym zakresie doświadczenia, gdyż dla oceny posiadania wymaganego doświadczenia (wykonania określonych prac) istotnym jest jedynie wykonanie odpowiednich prac, a nie to, kto był stroną umowy z zamawiającym.

Z ostrożności procesowej Odwołujący podkreślił również, że dla stwierdzenia złożenia nieprawdziwych informacji istotnym jest, czy miały one realny i rzeczywisty wpływ na wynik Postępowania, o czym mówić nie sposób, ponieważ złożył on oferty na inne części zamówienia niż Konsorcjant DK, którego dotyczy spór.

Zaznaczył również, że złożenie nieprawdziwych informacji znajdujących ucieleśnienie w oświadczeniach lub dokumentach wypełnia znamiona strony przedmiotowej czynu zabronionego z art. 297 § 1 K.k. Przedstawienie dokumentów stwierdzających nieprawdę, czy też nierzetelnych stanowi nie tylko naruszenie reguł postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ale zarazem narusza ogólne, powszechnie obowiązujące nakazy i zakazy wynikające z norm prawnych, zasad współżycia społecznego lub dobrych obyczajów bez względu na istniejący między stronami stosunek zobowiązaniowy i jego zakres. Za trafne należy zatem uznać stanowisko, iż podanie nierzetelnych danych w ofercie trzeba kwalifikować jako uchybienie proceduralne, a zarazem możliwy jest zbieg z roszczeniem deliktowym. Sytuacja taka jednakże nie zaistniała, bowiem Wykonawca PM nie podał nieprawdziwych informacji w swojej ofercie, nie mogły one zatem wpłynąć na wynik Postępowania w częściach, na które złożył ofertę, jak również nie mogły w jakikolwiek sposób uprzywilejować go w rankingu ofert.

Wykonawca PM wskazał, że niewątpliwie norma prawna wynikająca z art. 24 ust. 2 pkt. 3 Pzp skierowana jest do zamawiającego. Stąd też koniecznym jest rzetelna ocena złożonej oferty w kontekście podstaw wykluczenia. Reasumując wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie analizowanego przepisu dokonać można tylko gdy wykonawca złoży nieprawdziwe informacje oraz gdy informacje te mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania. Obie te przesłanki muszą być spełnione łącznie. Samo złożenie nieprawdziwych informacji, bez ich wpływu (faktycznego lub ewentualnego) na wynik postępowania nie stanowi podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Istotnym jest, że jeżeli Zamawiający nie uzyskał w treści wyjaśnienia jednoznacznej odpowiedzi to winien był w tej części wezwać Wykonawcę PM do złożenia wyjaśnień.

16

Nie wydaje się też, aby istniały jakiegokolwiek powody do prowadzenia procedury wyjaśnienia w przedmiocie wykluczenia Wykonawcy PM z innym uczestnikiem Postępowania – Konsorcjum GM.

Wykonawca PM zaznaczył, że złożona przez niego oferta w częściach 6, 8, 9, 11 i 13 zamówienia jest ofertą najkorzystniejszą w świetle ustanowionych kryteriów.

W zakresie oceny oferty Konsorcjum MB Odwołujący powtórzył argumentację zawartą w odwołaniu w sprawie o sygn. akt KIO 4/15. Stwierdził, że Konsorcjum MB dostało od Zamawiającego szansę na dopasowanie wskazanych w wykazach usług zamówień do klasyfikacji ofert, tak aby złożone przez nie oferty uzyskały największą liczbę punktów, co wyjaśnił na przykładzie klasyfikacji ofert złożonych na część 9 zamówienia.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie.

W zakresie zarzutu związanego ze złożeniem przez Wykonawcę PM nieprawdziwych informacji wyjaśnił, że na podstawie wyjaśnień uzyskanych od Odwołującego, Konsorcjanta DK, a także Nadleśnictwa Brzózka i Sulęcina stwierdził, że Odwołujący nie mógł wykazywać, jakoby na terenie Nadleśnictwa Sulęcina wykonał usługi w 100%. W ramach kryterium doświadczenia określonego w postanowieniach SIWZ Zamawiający w sposób wyraźny i jednoznaczny określił, że będzie uwzględniał tylko usługi wykonane przez wykonawcę. Zdaniem Zamawiającego Wykonawca PM wykazywał jako usługi wykonane w 100% te same usługi, które jednocześnie poświadczył, jako wykonane w całości przez Konsorcjanta DK.

Zamawiający podkreślił, że Wykonawca PM składając ofertę na części 6, 8, 9, 11 i 13 zamówienia, złożył nieprawdziwe informacje w ramach jednego postępowania przetargowego, co uzasadniało jego wykluczenie we wszystkich częściach, ponieważ zachodziła tożsamość podmiotu, który złożył nieprawdziwe informacje. Podkreślił, że gdyby wykazał jako swoje doświadczenie tylko tą kwotę i część zamówienia, którą faktycznie tylko on wykonał

w Nadleśnictwie Sulęcín, to nie doszłoby do podania nieprawdziwych informacji.

Zamawiający podkreślił, że nigdy nie negował tego, iż jeżeli usługi były wykonywane przez podwykonawcę (Konsorcjanta DK), to nie może on przedstawić tych usług przez siebie rzeczywiście wykonanych na zasadzie podwykonawstwa, ale jeżeli usługi zostały wykazane w kryterium „doświadczenie wykonawcy” przez Konsorcjanta DK, to nie mogły być jednocześnie zgodnie z postanowieniami SIWZ wykazywane jako doświadczenie Wykonawcy PM. Chodziło o to żeby nie dublować doświadczenia w zakresie wykonanych usług. Stąd Zamawiający uznał, że faktyczne doświadczenie Odwołującego, którym mógł się posłużyć w Postępowaniu przetargowym w ramach kryterium doświadczenie wykonawcy wynosiło 50% dla pozyskania i zrywki drewna. Zatem posłużenie się jedną usługą przez dwa

17

podmioty (wykonawcę i podwykonawcę) w ramach kryterium doświadczenie musiało skutkować, w ocenie Zamawiającego, po pierwsze – nieuwzględnieniem usługi, a po drugie – wykluczeniem tych wykonawców.

Zamawiający podkreślił, że Wykonawca PM nie wykazał, że formułowanie informacji w sposób w jaki podał w dokumentach do przetargu nie miało świadomego działania i nie wskazał, jakie to wady oświadczenia woli zaistniały, iż informacja udzielona przez niego w dokumencie nie odpowiada faktom. Zauważył, że złożenie nieprawdziwych informacji przez Odwołującego mogło mieć wpływ na wynik Postępowania, ponieważ gdyby Zamawiający nie powziął wiadomości o nieprawdziwości informacji zawartych w dokumentach, to w części 6 zamówienia wybrałby ofertę Wykonawcy PM.

Zamawiający stwierdził dodatkowo, że w świetle znowelizowanego przepisu art. 1 pkt 13 lit. a nowelizacji Pzp z dnia 29 sierpnia 2014 r. (Dz.U.2014.1232), która obowiązuje od 19 października 2014 r., miał prawo ustalić kryterium oceny ofert w postaci doświadczenia, bowiem katalog dopuszczalnych kryteriów nie ma zamkniętego charakteru.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpienie zgłosiło Konsorcjum MB wnosząc o oddalenie odwołania.

Na rozprawie strony i uczestnik postępowania odwoławczego podtrzymali argumentację zawartą w złożonych pismach procesowych.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron zawarte w odwołaniach i odpowiedziach na odwołania, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba, wobec spełnienia przez Konsorcjum MB (dalej również „Przystępujący”) przesłanek określonych przepisem art. 185 ust. 2 Pzp, dopuściła ww. do udziału w postępowaniu odwoławczym, w sprawach o sygn. akt KIO 4/15 i KIO 5/15, w charakterze przystępującego po stronie Zamawiającego.

Izba stwierdziła, że Odwołujący posiadają interes w uzyskaniu zamówienia kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp.

I. Zarzuty bezzasadnego wykluczenia Odwołujących z Postępowania z uwagi na złożenie przez nich nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na jego wynik oraz odrzucenia ich ofert z uwagi na stwierdzenie, że zostały złożone przez wykonawców wykluczonych z udziału w Postępowaniu

18

Zarzuty potwierdziły się w przedstawionym poniżej stanie faktycznym.

Wykonawcy biorący udział w Postępowaniu zobowiązani byli załączyć do ofert wykaz usług, sporządzony według wzoru stanowiącego załącznik nr 4 do SIWZ, któremu nadano dwójakie znaczenie.

Po pierwsze, dokument ów składany był na potwierdzenie spełniania warunku udziału w Postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia (argument z pkt 9.1 ppkt 2) SIWZ). Zamawiający w pkt 7.5 (akapit drugi) SIWZ postanowił, że w sytuacji, w której wykonawca wskaże dany zasób na więcej niż jedną część zamówienia zostanie wezwany, w trybie przepisu art. 26 ust. 4 Pzp, do zadeklarowania na którą część zamówienia wykorzysta taki zasób. Za nieudzielenie wyjaśnień, bądź udzielenie wyjaśnień niejednoznacznych

przewidziana została sankcja w postaci uznania, że wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w Postępowaniu za pomocą ww. zasobów w żadnej części zamówienia, w której się nimi posłużył.

Po drugie – zgodnie z pkt 18.5 ppkt 2) SIWZ – doświadczenie wykonawcy stanowiło również kryterium oceny ofert o wadze 10%, mierzone – w świetle pkt 18.6 ppkt 2) SIWZ (akapit pierwszy) – wartością (w zł brutto) wykonanych w okresie trzech lat przed upływem terminu składania ofert usług w zakresie pozyskania i zrywki drewna oraz zagospodarowania lasu, gdy oferta jest składana na część 1-13 zamówienia, a w przypadku ofert składanych na część 14 zamówienia – wartością (w zł brutto) wykonanych w okresie trzech lat przed upływem terminu składania ofert usług z zakresu gospodarki szkółkarskiej,

Ocena punktowa w omawianym kryterium dokonywana była, jak wspomniano, na podstawie danych zawartych w wykazie usług oraz dowodów dokumentujących należyte wykonanie usług. Zamawiający wskazał, że będzie uwzględniał tylko usługi wykonane przez wykonawcę oraz że w tym kryterium nie będzie uwzględniane doświadczenie podmiotów, które nie będą uczestniczyć w realizacji zamówienia, a których doświadczeniem, celem spełnienia warunków udziału w Postępowaniu, wykonawca posłużył się na potrzeby kwalifikacji podmiotowej (pkt 18.6 ppkt 2) SIWZ, akapit drugi).

Ocena punktowa w kryterium doświadczenie przedstawiała się następująco: w przypadku wykazania usług o wartości poniżej 1 mln zł brutto wykonawca otrzymywał 1 pkt, w przedziale od 1 do 3 mln zł brutto – 5 pkt, a powyżej 3 mln zł brutto – 10 pkt. Zamawiający zaznaczył, że ocena ofert w kryterium doświadczenie wykonawcy zostanie dokonana odrębnie dla każdej części zamówienia. Wykonawca nie może wskazywać tej samej usługi lub usług w ofercie na więcej niż jedną część zamówienia, w przeciwnym razie Zamawiający nie weźmie pod uwagę takiej usługi (usług) oceniając ofertę wykonawcy w żadnej z części, na którą zostanie wskazana (pkt 18.6 ppkt 2) SIWZ, ostatni akapit).

19

Ponadto Zamawiający, w pkt 18.7 i 18.8 SIWZ, postanowił, że niezłożenie wykazów lub dowodów, o których mowa w pkt 18.6 SIWZ lub złożenie ww. dokumentów niekompletnych, uniemożliwiających Zamawiającemu ocenę ofert w danym kryterium skutkować będzie nieprzyznaniem punktów w ramach tego kryterium oraz że Zamawiający może weryfikować informacje zawarte w wykazach lub dowodach, o których mowa w pkt 18.6 SIWZ, zwracając się bezpośrednio do podmiotów, na rzecz których dane usługi były wykonywane.

Konsorcjum GM posłużyło się rzekomo nieprawdziwymi informacjami składając ofertę na część 5 zamówienia (Leśnictwo Zielin). W poz. 4 wykazu usług załączonego do oferty złożonej na wspomnianą część zamówienia wskazało na usługi wykonane na rzecz Wykonawcy PM, których wartość wyniosła 1.040.879,21 zł. Do oferty załączone zostało poświadczenie wystawione w dniu 20 listopada 2014 r. na rzecz Konsorcjanta DK przez Wykonawcę PM obejmujące usługi z zakresu zagospodarowania lasu, pozyskiwania i zrywki drewna, w tym przy użyciu maszyn wielkooperacyjnych w okresie od dnia 1 stycznia 2013 r. do dnia 31 grudnia 2013 r. W dokumencie stwierdzono, że usługi zostały wykonane należycie.

W dniu 27 i 28 listopada 2014 r. Konsorcjum GM zostało wezwane do wskazania w jakiej jednostce lasów były wykonane prace opiekujące na ww. kwotę oraz czy Konsorcjant DK wykonując te prace był podwykonawcą Wykonawcy PM. Natomiast pismem z dnia 4 grudnia 2014 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę PM do wyjaśnienia w jakiej wysokości brutto, w podziale na Nadleśnictwo Brzózka i Sulęcín, zostały przez Konsorcjanta DK wykonane prace o łącznej wartości wskazanej w wystawionym dla niego poświadczeniu.

W odpowiedzi Konsorcjum GM wyjaśniło, że usługi objęte przedstawionym poświadczeniem wykonane były w 2013 r. w Nadleśnictwach Brzózka i Sulęcín w ramach podwykonawstwa, jakie Wykonawcę PM łączyło z Konsorcjantem DK (vide korespondencja z dnia 27 listopada 2014 r.). Z kolei Wykonawca PM stwierdził, że Konsorcjant DK wykonał jako podwykonawca usługi z zakresu gospodarki leśnej w Nadleśnictwie Sulęcín na kwotę brutto 1.010.010,13 zł, a w Nadleśnictwie Brzózka – 30.869,08 zł (pismo Wykonawcy PM z dnia 4 grudnia 2014 r.).

Na podstawie uzyskanych informacji Zamawiający – pismami z dnia 5 grudnia 2014 r. – zwrócił się do Nadleśnictwa Brzózka i Nadleśnictwa Sulęcín o udzielenie informacji, czy Konsorcjant DK był podwykonawcą Wykonawcy PM przy realizacji usług na ich rzecz, załączając dotychczasową korespondencję z ww. podmiotami.

W odpowiedzi Nadleśnictwo Brzózka stwierdziło, że Konsorcjant DK nie był

podwykonawcą Wykonawcy PM w zakresie świadczenia usług leśnych na jego terenie w 2013 r. (pismo z dnia 8 grudnia 2014 r.). Z kolei z odpowiedzi nadesłanej przez Nadleśnictwo Sulęcín wynikało, że Konsorcjant DK był zgłoszony jako podwykonawca do

20

wykonywania umowy na świadczenie usług leśnych w 2013 r. Podwykonawstwo było realizowane w 50% dla pozyskania i zrywki oraz w 100% dla zadań z zakresu zagospodarowania lasu, a informacja o nim zawarta została w ogłoszeniu o udzielenie zamówienia.

Pismem z dnia 11 grudnia 2014 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum GM do przedstawienia poświadczonych za zgodność z oryginałem kserokopii faktur dotyczących wykonania przez Konsorcjanta DK prac z zakresu pozyskania i zrywki drewna oraz zagospodarowania lasu na terenie Nadleśnictwa Brzózka (na kwotę 30.869,08 zł brutto) oraz Nadleśnictwa Sulęcín (na kwotę 1.010.010,13 zł brutto). W wyznaczonym terminie Konsorcjum GM złożyło Zamawiającemu kserokopie oczekiwanych przezeń dokumentów (pismo z dnia 14 grudnia 2014 r. wraz z załącznikami) opiewających na łączną kwotę 1.041.003,04 zł brutto. We wspomnianych dokumentach księgowych konsorcjant DK figurował jako sprzedawca (wystawca dokumentów), a Wykonawca PM – jako nabywca usług nimi objętych.

W dniu 16 grudnia 2014 r. Zamawiający wystosował do Konsorcjum GM kolejne wezwanie oczekując wskazania lokalizacji (z podaniem nazwy Nadleśnictwa oraz nazwy Leśnictwa), w których wykonane zostały usługi leśne ujęte w 10 fakturach VAT, z których treści Zamawiający nie był w stanie ustalić tych danych. Pismem z dnia 19 grudnia 2014 r. Konsorcjum GM udzieliło Zamawiającemu oczekiwanych informacji, na podstawie których ustalono ostatecznie, że wartość usług wykonanych przez Konsorcjanta DK w Nadleśnictwie Brzózka wynosić miała 30.986,28 zł brutto, natomiast w Nadleśnictwie Sulęcín – 1.010.016,76 zł brutto.

Z kolei Wykonawca PM – składając ofertę na część 6 zamówienia (Leśnictwo Moryń) – w wykazie usług, pod poz. 2 wskazał na usługę o wartości 1.010.010,13 zł, zrealizowaną w 2013 r. na rzecz Nadleśnictwa Sulęcín. Do oferty załączone został wystawione przez nie, w dniu 14 listopada 2014 r., poświadczenie, z którego wynikało, że Nadleśnictwo Sulęcín nie wniosło zastrzeżeń do terminowości i jakości usług świadczonych na jego rzecz oraz że wykonawca solidnie przestrzegał warunków umowy.

W konsekwencji, kierując się poczynionymi ustaleniami, Zamawiający w dniu 23 grudnia 2014 r. zdecydował o wykluczeniu zarówno Wykonawcy PM, jak i Konsorcjum GM z Postępowania w oparciu o przesłankę wynikającą z przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Konsorcjum GM – pismem z dnia 27 grudnia 2014 r. – przedstawiło uwagi do czynności wykluczenia go z Postępowania, jednak nie zostały one rozpatrzone, o czym Zamawiający poinformował w piśmie z dnia 31 grudnia 2014 r.

21

Na wstępie, mając na względzie okoliczność, że pojęcie nieprawdziwych informacji nie było sporne między stronami, można ogólnie powiedzieć, że nieprawdziwa informacja to taka, która nie jest zgodna ze stanem faktycznym, nie opisuje rzeczywistości takiej, jaka ona jest, a przekazuje o niej mylne (błędne) wyobrażenie. Dodać wypada przy tym, że nieprawdziwe informacje nie polegają na błędnej interpretacji, czy kwalifikacji faktów, które są ujawniane lub znane zamawiającemu.

Sama obiektywna niezgodność określonej informacji z prawdą nie jest jednak wystarczająca do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ konieczny jest również jej wpływ (zaistniały lub chociażby potencjalny) na wynik prowadzonej procedury. Pod tym pojęciem rozumie się sytuacje, w których złożenie nieprawdziwych informacji przesądza o wykazaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, ocenie ofert (punktacji przyznanej poszczególnym ofertom) lub możliwości uznania oferty za najkorzystniejszą.

Uzupełniając dodać należy, że aktualnie w orzecznictwie Izby i sądów okręgowych zdaje się przeważać stanowisko, zgodnie z którym pod pojęciem złożenia nieprawdziwych informacji kryje się celowe, intencjonalne (nakierowane na uzyskanie zamówienia) wprowadzenie zamawiającego w błąd.

Co istotne, dowód zaistnienia przesłanek wykluczenia wykonawcy na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp – zgodnie z ogólną regułą rozkładu ciężaru dowodu – obciąża tego, kto ze swojego twierdzenia wywodzi skutek w postaci wykluczenia wykonawcy, zatem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ciężar dowodu spoczywa na zamawiającym. Trzeba mieć przy tym świadomość, że omówionych podstaw wykluczenia nie można domniemywać, wobec czego zasadne jest wymaganie od zamawiającego, aby ten dysponował dowodami na nieprawdziwość informacji, których złożenie stanowiło podstawę wyeliminowania danego podmiotu z udziału w procedurze udzielenia zamówienia publicznego.

Należy mieć wreszcie na względzie okoliczność, że przepis dotyczący wykluczenia wykonawcy z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji należy, ze względu na dotkliwość sankcji i doniosłość konsekwencji z niego wynikających (nie można tracić z pola widzenia, że skutkiem potwierdzenia się okoliczności wskazanych w art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp będzie nie tylko wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ale także utrata reputacji – wiarygodności takiego podmiotu jako potencjalnego kontrahenta, co w warunkach stale zaostrzającej się konkurencji może zachwiać jego kondycją finansową, czy pozycją rynkową i możliwe sankcje prawne), musi być interpretowany wąsko.

W świetle powyższego Izba uznała, że wykluczenie Odwołujących we wszystkich częściach, na które podzielony został przedmiot zamówienia, nie było uzasadnione. W istocie,

22

jak ustalono, informacje, których wiarygodność Zamawiający zakwestionował, złożone zostały na dwie części zamówienia – 5 (w przypadku Konsorcjum GM) i 6 (w przypadku Wykonawcy PM). Jakkolwiek przepisy Pzp nie znają instytucji wykluczenia częściowego, a art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp posługuje się pojęciem „postępowania” (liczba pojedyncza), to w przypadku podziału zamówienia na części ani w stosunku do samego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ani złożonych w nim przez jednego wykonawcę ofert częściowych nie można mówić o automatycznym przenoszeniu rozstrzygnięć z jednej części postępowania na drugą. Trafnie argumentowali Odwołujący wskazując przykładowo, że warunki udziału w postępowaniu mogą być ukształtowane odmiennie dla każdej części zamówienia, obowiązek wniesienia wadium, jak i jego wysokość również może przedstawiać się różnie dla każdej części zamówienia (przy czym nie powinno ulegać wątpliwości, że niewniesienie wadium na jedną część zamówienia skutkuje wykluczeniem wykonawcy tylko w tej części). Także wynik postępowania może ulec zróżnicowaniu dla poszczególnych części, na które podzielony został przedmiot zamówienia – może się ono zakończyć wyborem najkorzystniejszej oferty na jedną część zamówienia, a unieważnieniem postępowania w innej części, podobnie jak w różny sposób mogą zostać przez zamawiającego potraktowane oferty częściowe jednego wykonawcy (może on uzyskać daną część zamówienia w wyniku wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, podczas gdy jego oferta, złożona na inną część zamówienia, może zostać odrzucona). W konsekwencji uznać należy, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z możliwością składania ofert częściowych charakteryzuje się autonomicznością każdej części, tak samo, jak odrębne (autonomiczne) byłyby postępowania prowadzone osobno dla poszczególnych części zamówienia.

Można oczywiście mieć wątpliwości, czy ustawodawca – wprowadzając omawianą przesłankę wykluczenia wykonawcy – nie kierował się generalną potrzebą wyeliminowania nieuczciwych podmiotów z obrotu gospodarczego, bez możliwości relatywizowania skutków złożenia nieprawdziwych informacji w zależności od wybranego przez zamawiającego sposobu udzielania zamówienia publicznego (z podziałem przedmiotu zamówienia na części, bądź nie), tym niemniej, jak wspomniano, wykluczenie wykonawcy z postępowania ma charakter sankcyjny i powinno być stosowane możliwie wąsko. Jeżeli zatem skutkujące wykluczeniem uchybienie wykonawcy nastąpiło w jednej części postępowania, wykluczenie powinno nastąpić w tej właśnie części. Jakkolwiek złożenie nieprawdziwych informacji jest zachowaniem nagannym, tym niemniej ocena taka nie może uzasadniać automatyzmu w stosowaniu omawianej sankcji. Uzasadnienia opisanego działania nie można również poszukiwać – jak chciał tego Zamawiający – w okoliczności, że Postępowanie prowadzone było pod jedną sygnaturą, czy że po stronie wykluczonych wykonawców zachodziła tożsamość podmiotowa. Argumentacja taka jest przejawem nadmiernego

23

formalizmu i przeczy przywołanym powyżej zasadom wykładni komentowanej przesłanki wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Z przytoczonych powyżej względów Izba uznała, że wykluczenie Konsorcjum GM w części 4 i Wykonawcy PM w części 8, 9, 11 i 13 zamówienia pozbawione było podstaw prawnych.

Odnosząc się natomiast *stricto* do podstawy wykluczenia Konsorcjum GM Izba stwierdziła, że nie złożyło ono nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik Postępowania. Zamawiający błędnie zinterpretował wyniki przeprowadzonego postępowania wyjaśniającego, a nadto zignorował dowody przedstawiane w jego toku przez Konsorcjum GM.

Zamawiający niewłaściwie, w ocenie Izby, zinterpretował informację uzyskaną od Nadleśnictwa Brzózka, że Konsorcjant DK nie był podwykonawcą Wykonawcy PM w zakresie świadczenia usług leśnych w 2013 r., wywodząc z niej, że Konsorcjant DK usług takich w ogóle nie świadczył. Uzasadniał to dodatkowo okolicznością, że Konsorcjant DK nie był zgłoszony jako podwykonawca Wykonawcy PM (vide § 8 kontraktu), co jednak nie stanowi dowodu na brak udziału Konsorcjanta DK w realizacji tego zamówienia. O nieprawdziwości informacji nie mógł świadczyć fakt, że Nadleśnictwo Brzózka nie wiedziało o wykonywaniu zamówienia przez Konsorcjanta DK, ponieważ kwestią istotną było ustalenie czy usługi te były rzeczywiście wykonywane, a nie to jak kształtowały się zasady związane z powierzaniem realizacji zamówienia podwykonawcom oraz obowiązki informacyjne z nich wynikające. *Ergo*, umowa łącząca Wykonawcę PM z Nadleśnictwem Brzózka nie mogła stanowić dowodu, że Konsorcjant DK nie świadczył usług objętych przedstawionym Zamawiającemu poświadczeniem. Wnioskowi takiemu przeczą zresztą pominięte przez Zamawiającego dowody w postaci złożonych mu w toku Postępowania faktur VAT, opiewających na kwotę wartości zrealizowanych na terenie Nadleśnictwa Brzózka usług. Nie mogła się przy tym ostać argumentacja podważająca wiarygodność złożonych wyjaśnień i załączonych dowodów z uwagi na brak zleceń wykonywania usług, czy oświadczeń właściwego Leśniczego odbierającego usługi na terenie Nadleśnictwa Brzózka, ponieważ Zamawiający nie udowodnił, że w ten sposób należało dokumentować realizację przedmiotu umowy. Natomiast ewentualne naruszenie przez Wykonawcę PM, bądź wskazanego w umowie podwykonawcę, wynikających z niej obowiązków w zakresie zgłaszania/zmiany zgłoszonego podwykonawcy (dalszego podwykonawcy) należałoby rozpatrywać w kategoriach nienależytego wykonania zobowiązania przez podmiot, który zaniechania takiego się dopuścił.

W odniesieniu do informacji uzyskanych od Nadleśnictwa Sulęcina spór dotyczył nie tyle udziału Konsorcjanta DK w realizacji zamówienia, co *nota bene*, nie było kwestionowane

24

w toku postępowania odwoławczego (wobec czego nie miały znaczenia dowody złożone na tą okoliczność przez Odwołujących), ile zakres podwykonawstwa mierzony procentowym udziałem poszczególnych rodzajów usług w ich całkowitej wartości. Informacja ta była jednak – w ocenie Izby – irrelevantna, ponieważ zgodnie z pkt 18.6 ppkt 2) SIWZ w kryterium „doświadczenie wykonawcy” znaczenie miała wartość usług, a nie procentowy udział poszczególnych rodzajów usług w ich ogólnej kwocie. Na marginesie warto zauważyć, że Zamawiający nigdy nie zwracał się o potwierdzenie tej informacji do Konsorcjum GM i chociażby z tego względu nie sposób zarzucać mu złożenie nieprawdziwych informacji. Istotna jest natomiast okoliczność, że Nadleśnictwo Sulęcina wystawiło Wykonawcy PM poświadczenie należytej realizacji usług na kwotę objętą przedstawionymi przez Konsorcjum GM fakturami VAT. Także i w tym zakresie ewentualne przekroczenie wymiaru podwykonawstwa dla poszczególnych rodzajów usług należałoby rozpatrywać wyłącznie w kategoriach nienależytego wykonania zobowiązania, tym niemniej – skoro Nadleśnictwo Sulęcina wystawiło Wykonawcy PM poświadczenie, w którym stwierdzono m.in., że „[...]solidnie przestrzegał warunków umowy[...]” – należało uznać, że kwestia ta nie miała istotnego znaczenia dla wystawcy poświadczenia.

W świetle powyższego wykluczenie Konsorcjum GM w części 5 Izba uznała za nieuzasadnione.

W kwestii nieprawdziwości informacji złożonych przez Wykonawcę PM Izba, kierując się omówionymi we wcześniejszej części uzasadnienia wytycznymi, stwierdziła, że należy ją rozpatrywać wyłącznie w kategoriach wykazania się realizacją tej samej usługi, która wskazana została przez Konsorcjum GM w ofercie złożonej na inną część zamówienia.

W pozostałym zakresie, tj. rzekomego wystawienia przez Wykonawcę PM dokumentu poświadczającego nieprawdę, Izba uznała, że wykluczenie go na tej podstawie byłoby wynikiem nieuprawnionej rozszerzającej wykładni przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. Wykonawca PM nie posłużył się w Postępowaniu wystawionym przez siebie dokumentem poświadczenia (co wyklucza przesłankę złożenia przez niego nieprawdziwych informacji), a nawet gdyby uznać, że poświadczenie nieprawdy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wypełnia przesłankę złożenia nieprawdziwych informacji, to informacje te nie mogły mieć wpływu na wynik Postępowania, ponieważ nie zostały złożone w celu uzyskania przez Wykonawcę PM zamówienia. Informacje te mogły jedynie umożliwić uzyskanie zamówienia przez Konsorcjum GM, tym niemniej nie złożyło ono ofert na części zamówienia, o które ubiegał się Wykonawca PM, nie sposób zatem mówić o ich wpływie na wynik Postępowania, który – jak wskazano – ustalany jest osobno dla każdej części zamówienia.

W świetle powyższego nie można było, zdaniem Izby, postawić Wykonawcy PM zarzutu złożenia nieprawdziwych informacji, gdyż wskazanie na zrealizowanie usługi,

25

której odbiorcą było Nadleśnictwo Sulęcín wynikało wyłącznie z błędnego rozumienia postanowień SIWZ odnoszących się do kryterium „doświadczenia wykonawcy”. Świadczy o tym zarówno argumentacja zawarta w odwołaniu, która nakierowana została na podważenie tego kryterium, a w szczególności zakazu posłużenia się doświadczeniem wykazany już przez innego uczestnika Postępowania, jak i stanowisko wyrażone na rozprawie. Postanowienie pkt 18.6 ppkt 2) SIWZ wyraźnie wskazywało, że Zamawiający będzie uwzględniał tylko usługi wykonane przez wykonawcę, niezależnie od tego, czy zrealizowane były one w wykonaniu umowy z instytucją zamawiającą, czy z wykonawcą, w ramach stosunku podwykonawstwa. Izba przyjęła, że wynika z niego także, że jeżeli daną usługę (część usługi) wykonał określony podmiot, to inny uczestnik Postępowania (bądź ten sam podmiot w innej części zamówienia – *vide* ostatni akapit pkt 18.6 ppkt 2) SIWZ) nie mógł posłużyć się tą samą usługą na potrzeby oceny ofert. W przeciwnym razie ocena ofert nie byłaby dokonywana na podstawie realnego doświadczenia wykonawcy, co podważałoby sens ustanawiania takiego kryterium oceny ofert. Jedynie na marginesie zauważyć należy, że argumentacja Wykonawcy PM dotycząca omawianego kryterium była nie tylko spóźniona, gdyż odnoszące się do niego postanowienia SIWZ nie zostały zaskarżone w ustawowym terminie, ale również bezzasadna, bowiem usługi leśne należą do kategorii usług nie priorytetowych (poz. 27 załącznika nr 2 do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie wykazu usług o charakterze priorytetowym i nie priorytetowym (Dz.U.2010.12.68), w stosunku do których zniesiony został zakaz ustalania kryteriów oceny ofert na podstawie właściwości wykonawcy (argument z art. 5 ust. 1 Pzp).

W świetle powyższego, skoro dowiedzione zostało, że usługi na rzecz Nadleśnictwa Sulęcín w kwocie wykonane zostały przez Konsorcjanta DK, to Wykonawca PM nie tyle powinien zostać wykluczony z Postępowania (w części 6) z uwagi na posłużenie się tą samą usługą, ile w części, w której została ona ujęta, nie powinna zostać ona wzięta pod uwagę przy ustaleniu punktacji w omawianym kryterium.

W konsekwencji uznać należało, że zaskarżone czynności stanowiły naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 5 i art. 91 ust. 1 Pzp.

II. Zarzuty nieprawidłowej oceny oferty złożonej przez Konsorcjum MB

Zarzuty potwierdziły się w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym.

Izba ustaliła, że Konsorcjum MB (jego poszczególni członkowie) w załączonych do ofert złożonych na części 1, 4, 8, 9, 12, a nadto 10 i 13 wykazach usług posłużyło się tymi samymi usługami – dla części 1 i 4 były to usługi zrealizowane na rzecz Zamawiającego w latach 2012-2014 o wartościach: 965.752,85 zł (2012 r.), 1.150.791,53 zł (2013 r.) oraz 710.051,19 zł (2014 r.), dla części 8, 9 i 12 – usługi zrealizowane na rzecz Zamawiającego w latach

26

2012-2014 o wartościach: 682.122,24 zł (2012 r.), 1.371.266,58 zł (2013 r.) i 656.765,36 zł (2014 r.), a dla części 10 i 13 – usługi zrealizowane na rzecz Zamawiającego w latach 2012-2014 r. o wartościach: 713.337,58 zł (2012 r.), 915.117,09 zł (2013 r.) i 464.349,42 zł (2014 r.).

Wobec powyższego Zamawiający – pismem z dnia 27 listopada 2014 r., działając na

podstawie przepisu art. 26 ust. 4 oraz art. 87 ust. 1 Pzp – wezwał Konsorcjum MB do wyjaśnienia treści oferty oraz załączonych do niej dokumentów – wykazów usług. Zaznaczył, że zgodnie z pkt 7.5 SIWZ ocena spełniania warunków udziału w Postępowaniu zostanie dokonana odrębnie dla każdej części zamówienia. Podkreślił, że wykonawca nie może wskazać tych samych usług, osób, narzędzi, sumy ubezpieczenia oraz środków finansowych lub zdolności kredytowej dla spełniania warunków udziału w Postępowaniu dla więcej niż jednej części za wyjątkiem warunku dysponowania osobą legitymującą się specjalistycznym wykształceniem „leśnym” oraz warunku dysponowania harvesterem. W przypadku jeżeli wykonawca posłuży się tymi samymi zasobami w więcej niż jednym pakiecie, Zamawiający wezwie wykonawcę do wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp. W treści wyjaśnień wykonawca winien wskazać na którą część wykorzysta posiadane zasoby.

W odpowiedzi – pismami z dnia 28 listopada 2014 r. – poszczególni członkowie Konsorcjum MB, których wykazów usług dotyczyło wezwanie Zamawiającego dokonali wskazania części zamówienia, na które wykorzystają wielokrotnie wskazane zasoby, załączając do złożonych wyjaśnień odpowiednio zmodyfikowane wykazy usług. Na ich podstawie Zamawiający dokonał następnie oceny złożonych przez Konsorcjum MB ofert, przyznając im punkty w kryterium doświadczenia wykonawcy (patrz: streszczenie oceny i porównania złożonych ofert zawarte w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 23 grudnia 2014 r.).

Na wstępie podkreślić należy, że choć zarzuty związane z nieprawidłową oceną ofert złożonych przez Konsorcjum MB zawarte zostały w treści uzasadnień złożonych odwołań, to nie istniały formalne przeszkody do rozstrzygnięcia o ich zasadności. Przepis art. 192 ust. 7 Pzp stanowi bowiem jedynie, że Izba nie może orzekać, co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Zakresu orzekania nie wyznaczają jedynie zarzuty sformułowane w *petitum* odwołania, a nadto tylko takie, którym przyporządkowany został określony przepis prawa, ponieważ Izba nie jest związana dokonaną przez odwołującego kwalifikacją prawną. *Ergo* o istocie zarzutu nie stanowi jego umiejscowienie w treści odwołania, czy określony sposób jego sformułowania, a przytoczone przez odwołującego okoliczności faktyczne, które należy poddać ocenie w kontekście ich legalności.

27

Przechodząc do oceny zarzutów Izba – zestawiając treść postanowienia pkt 7.5 i 18.6 ppkt 2) SIWZ – doszła do wniosku, że o ile Zamawiający miał prawo wezwać Konsorcjum MB, w ramach dokonywania oceny spełniania przez nie warunków udziału w Postępowaniu, do zadeklarowania na którą część zamówienia wykorzysta zasoby wskazane w poszczególnych wykazach usług, o tyle na podstawie tych deklaracji nie mógł przyznawać Przystępującemu punktów w ramach kryterium oceny ofert w postaci doświadczenia wykonawcy. Postanowienie pkt 7.5 SIWZ odnosiło się wyłącznie do warunków udziału w Postępowaniu, co *explicite* wynika zarówno z jego umiejscowienia w treści SIWZ (pkt 7 – „Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków”), jak i z treści samego postanowienia. W przypadku kryterium oceny oferty w postaci doświadczenia wykonawcy, skutek posłużenia się daną usługą chociażby dwukrotnie został określony w pkt 18.6 ppkt 2) SIWZ (ostatni akapit) – usługa ta nie powinna być brana pod uwagę w żadnej z części zamówienia, na którą została wskazana i nie było tu możliwości wezwania do wyjaśnienia treści oferty, jak to *de facto* uczynił Zamawiający powołując się w treści wezwania z dnia 27 listopada 2014 r. na przepis art. 87 ust. 1 Pzp. Przeciwnie zapatrywanie prowadzić mogłoby do manipulowania wynikami Postępowania w poszczególnych częściach zamówienia, ponieważ wezwany wykonawca mógłby dopasowywać usługi do swoich potrzeb (punktacji w poszczególnych częściach zamówienia). Oznacza to, że we wszystkich częściach, w związku z którymi Przystępujący złożył wyjaśnienia na wezwanie Zamawiającego z dnia 27 listopada 2014 r. nie powinien on w ogóle otrzymać punktów w kryterium doświadczenia wykonawcy, bowiem jest to sprzeczne z postanowieniami SIWZ, którymi zarówno Zamawiający, jak i uczestnicy Postępowania są związani.

W konsekwencji uznać należało, że zaskarżone czynności stanowiły naruszenie przepisu art. 91 ust. 1 i art. 7 ust. 1 Pzp. Mając na względzie fakt, że odwołania dotyczyły części zamówienia, na które oferty złożyli Odwołujący Izba orzekła o unieważnieniu wyników Postępowania w ich zakresie, przy czym Zamawiający winien zrewidować wyniki Postępowania także w odniesieniu do części, których wyniki nie były zaskarżone, a w których doszło do przyznania Przystępującemu punktów z uwzględnieniem złożonych przez niego

wyjaśnień.

III. Zarzut nieudostępnienia Odwołującym dokumentacji Postępowania

Izba ustaliła, że Konsorcjum GM – pismem z dnia 23 grudnia 2014 r. – zwróciło się do Zamawiającego o udostępnienie protokołu Postępowania wraz z załącznikami (w korespondencją z ofertami, szczegółowościami wykonawcami, protokołami otwarcia, protokołami pismami, notatkami służbowymi lub komisji roboczymi, przetargowej Zamawiającego) oraz protokołu z przeprowadzonego postępowania wyjaśniającego.

28

Konsorcjum GM ponowiło wniosek w dniu 5 stycznia 2014 r. wskazując, że przez protokoły robocze rozumie dokumenty dotyczące wyliczenia punktacji w kryterium doświadczenia wykonawcy. W odpowiedzi Zamawiający stwierdził, że część dokumentacji została już udostępniona w dniu 31 grudnia 2014 r., natomiast w pozostałym zakresie, z uwagi na bardzo dużą ilość załączników do Protokołu Postępowania (np. ofert wykonawców), poprosił o precyzyjne wskazanie dokumentów, których udostępnienia Konsorcjum GM oczekuje (pismo z dnia 8 stycznia 2015 r.).

Konsorcjum GM – pismem z dnia 8 stycznia 2015 r. – stwierdziło, że wnioski z dnia 23 grudnia 2014 r. i 5 stycznia 2015 r. zostały sformułowane precyzyjnie domagając się w dalszym ciągu przekazania nieudostępnionych dotąd dokumentów, na co Zamawiający, w dniu 13 stycznia 2015 r., odpowiedział w ten sposób, że żądane dokumenty objęte zostały postępowaniem przygotowawczym (stanowią dowód w sprawie), wobec czego zwrócono się do Prokuratury Rejonowej w Gryfinie o wyrażenie zgody na ich udostępnienie, ponieważ w takiej sytuacji zasada jawności podlega ograniczeniu.

Wykonawca PM w dniu 23 grudnia 2014 r. również zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie dokumentacji Postępowania w zakresie i formie, jak w przypadku Konsorcjum GM, otrzymując – w dniu 31 grudnia 2014 r. – część zawnioskowanej dokumentacji. W dniu 14 stycznia 2015 r. ponowił wniosek otrzymując, w dniu 19 stycznia 2015 r., informację o zwróceniu się przez Zamawiającego do Prokuratury Rejonowej w Gryfinie o wyrażenie zgody na udostępnienie dokumentacji.

Zarzuty potwierdziły się w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym. Także i w tym przypadku sformułowane zostały one w uzasadnieniach odwołań, co – jak wskazano w pkt II uzasadnienia – nie mogło stanowić przeszkody w ich rozpoznaniu.

Nie miał racji Zamawiający stwierdzając, że wniosek Konsorcjum GM sformułowany został nieprecyzyjnie, ponieważ o tym co jest załącznikiem do protokołu przesądza przepis art. 96 ust. 2 Pzp. Skoro zatem zarówno Konsorcjum GM, jak i Wykonawca PM wnioskowali o udostępnienie protokołu Postępowania przyjąć należało, że wnioski dotyczyły wszystkich dokumentów mających – zgodnie z powołaną regulacją – charakter załączników do protokołu. Nawet jeżeli zakres oczekiwanych przez Odwołujących dokumentów był znaczny, na co w odniesieniu do Konsorcjum GM powoływał się Zamawiający, to – zgodnie z § 5 ust. 4 Rozporządzenia – powinien nie tylko poinformować o tym wnioskodawców (czego w odniesieniu do Wykonawcy PM nie uczynił), ale przede wszystkim wskazać sposób, w który dokumentacja może zostać udostępniona, np. w drodze wglądu w miejscu przez niego wyznaczonym (patrz § 5 ust. 2 Rozporządzenia).

29

Ponadto – w kontekście terminu udostępniania dokumentów określonego w § 5 ust. 1 Rozporządzenia – wątpliwości Izby budzi czas, w jakim Zamawiający udzielał odpowiedzi na wnioski Odwołujących. Jakkolwiek użyte w nim pojęcie „niezwłocznie” nie wyraża wymiernej jednostki czasu, tym niemniej Zamawiający każdorazowo odpowiadał po kilku dniach (roboczych), co – z uwagi na doniosłe znaczenie, jakie dla wykonawców ma znajomość dokumentacji Postępowania (choćby ze względu na możliwość oceny zasadności wniesienia odwołania) – nie wypełnia przesłanki niezwłocznego udostępnienia dokumentacji. Izba uznała, że Zamawiający miał możliwość ustalenia zakresu żądanych dokumentów już na podstawie wniosków Odwołujących z dnia 23 grudnia 2014 r. i obowiązek ich udostępnienia niezwłocznie (przy czym, w ocenie Izby, całkowita realizacja wniosków w przykładowo wskazany przez Izbę sposób była możliwa jeszcze przed wniesieniem odwołań).

Bezzasadnie, w ocenie Izby, Zamawiający powołał się ogólnie na objęcie dokumentacji Postępowania postępowaniem przygotowawczym prowadzonym przez Prokuraturę Rejonową

w Gryfinie. Zgodnie bowiem z twierdzeniem Zamawiającego zawiadomił on o podejrzeniu popełnienia przestępstwa z art. 297 § 1 K.k. przez Konsorcjum GM i Wykonawcę PM, wobec czego nie jest wiadome jakie znaczenie dla postępowania przygotowawczego (co do którego nie ma dowodu, że zostało ono w ogóle wszczęte) miałyby chociażby oferty Konsorcjum MB, z którymi, w kontekście zarzutów odwołań, chcieli zapoznać się Odwołujący, a co Zamawiający faktycznie im uniemożliwił. Zamawiający winien mieć świadomość, że zakres, zasady, sposoby i terminy udostępnienia dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego określają przepisy Działu II, Rozdziału 5 Pzp oraz Rozporządzenia, które to powinny być przez niego przestrzegane.

W konsekwencji uznać należało, że opisane powyżej działania Zamawiającego stanowiły naruszenie przepisu art. 96 ust. 3 i art. 8 ust. 1 w zw. z § 5 ust. 1, 2, 4 i 5 Rozporządzenia.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 i 2 lit. b) i § 6 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 (Dz.U.2010.41.238).

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: