

Wisła, dnia 30 grudnia 2024 roku

Prezes

Krajowej Izby Odwoławczej

Ul. Postępu 17a

02-676 WARSZAWA

ZAMAWIAJĄCY:

Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne
Lasy Państwowe Nadleśnictwo Bielsko
ul. Kopytko 13, 43-382 Bielsko-Biała
tel.: +48 33 818-31-69
e-mail: bielsko@katowice.lasy.gov.pl

ODWOŁUJĄCY:

Konsorcjum firm LAS
WINTER FOREST Patrycjusz Gruca
ul. Spokojna 24 F, 43 460 Wisła
NIP 5482497414
Maciej Mieczysław Iwanek
Istebna 1330, 43 470 Istebna
NIP: 5482755939
e-mail max109@o2.pl
Tel.: +48 792 613 011

ODWOŁANIE

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Bielsko w roku 2025”, pakiet nr 1 (nr postępowania: Z.270.2024)

Odwołujący – działając na podstawie art. 513, art. 515 ust. 1 w zw. z art. 514 ust. 1 w zw. z art. 505 ust. 1 ustawy z 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. z 2024r. Dz.U. z 2024r. Poz. 1320), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wnosi odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.

„Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Bielsko w roku 2025”,
pakiet nr 1 (nr postępowania: Z.270.2024).

Zamawiającemu zarzucam naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt. 2 litera a) w zw. z art. 108 ust. 1 pkt. 5 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum firm
 - a. F.H.U.P "WÓJCIK" EXPORT IMPORT ZBIGNIEW WÓJCIK, 34-482 Lipnica Mała 608A
 - b. „MERKURY" Wiesław Mirocha, 34-211 Budzów 278
 - c. Marcin Wojtyczko, JAWOREK, 34-221 Skawica 461"
 - d. Grzegorz Mikołajek Działalność usługowa związana z leśnictwem, Tarnawa Górna 40, 34-210 Zembrzyce

która została złożona przez wykonawcę: a) 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. 7 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum firm
 - a. F.H.U.P "WÓJCIK" EXPORT IMPORT ZBIGNIEW WÓJCIK, 34-482 Lipnica Mała 608A
 - b. „MERKURY" Wiesław Mirocha, 34-211 Budzów 278
 - c. Marcin Wojtyczko, JAWOREK, 34-221 Skawica 461"
 - d. Grzegorz Mikołajek Działalność usługowa związana z leśnictwem, Tarnawa Górna 40, 34-210 Zembrzyce

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 ustawy znk, w szczególności poprzez działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego

przedsiębiorcy lub klienta (ujawnionych powiązań (porozumień) pomiędzy wykonawcami).

3. art. 128 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Wykonawców do wyjaśnienia oświadczenia JEDZ oraz podmiotowego środka dowodowego – wykazu usług wraz z referencjami, zmierzającego do ustalenia, na jakiej podstawie Wykonawcy zadeklarowali, iż całość usługi zrealizowała firma F.H.U.P "WÓJCIK" EXPORT IMPORT ZBIGNIEW WÓJCIK, ewentualnie art. 128 ust. 1 poprzez nie wezwaniem Wykonawcy do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych.
4. art. 239 ust. 1 poprzez niedokonanie wyboru oferty Odwołującego, która jest jedyną ważną ofertą, ofertą najkorzystniejszą zgodnie z określonymi w postępowaniu kryteriami oceny oferty (w zakresie pakietu nr 1).

I. Mając na względzie powyższe, wnoszę o:

1. Nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert w tym unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie pakietu nr 1
2. Nakazanie Zamawiającemu powtórzenia oceny ofert, wskutek którego w zakresie pakietu nr 1 oferta złożona przez konsorcjum firm
 - F.H.U.P "WÓJCIK" EXPORT IMPORT ZBIGNIEW WÓJCIK, 34-482 Lipnica Mała 608A
 - „MERKURY" Wiesław Mirocha, 34-211 Budzów 278
 - Marcin Wojtyczko, JAWOREK, 34-221 Skawica 461"
 - Grzegorz Mikołajek Działalność usługowa związana z leśnictwem, Tarnawa Górna 40, 34-210 Zembrzycezostanie uznana za nieważną wskutek naruszeń opisanych powyżej
3. Nakazanie Zamawiającemu powtórzenia oceny ofert i dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej odpowiednio w pakiecie nr 04 na podstawie określonych w postępowaniu kryteriów oceny oferty.
4. Zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego.

II. Odwołujący posiada interes w uzyskaniu niniejszego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów ustawy. Gdyby Zamawiający w sposób prawidłowy dokonał badania ofert mógłby ustalić, że oferta odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą. Gdyby Zamawiający Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Bielsko prawidłowo dokonał oceny ofert, nie zaniechał odrzucenia oferty konsorcjum firm

- a. F.H.U.P "WÓJCIK" EXPORT IMPORT ZBIGNIEW WÓJCIK, 34-482 Lipnica Mała 608A
- b. „MERKURY" Wiesław Mirocha, 34-211 Budzów 278
- c. Marcin Wojtyczko, JAWOREK, 34-221 Skawica 461"
- d. Grzegorz Mikołajek Działalność usługowa związana z leśnictwem, Tarnawa Górna 40, 34-210 Zembrzyce

inaczej kształtowałby się ranking ofert, a oferta Odwołującego jako najkorzystniejsza uzyskałaby zamówienie publiczne. W związku z powyższym, Odwołujący może ponieść szkodę powstałą w wyniku naruszenia przepisów ustawy przez Zamawiającego, polegającą na nie udzieleniu Odwołującemu przedmiotowego zamówienia publicznego. Powyższe dowodzi o spełnieniu przesłanki do skorzystania ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 505 ust. 1 ustawy.

III. Wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania Odwołujący powziął w dniu 20 grudnia 2024r. Termin na wniesienie odwołania wynikający z art. 515 ust. 1 ustawy został zachowany.

IV. Odwołujący przesłał odwołanie Zamawiającemu z zachowaniem terminu, o którym mowa w art. 514 ust. 2 ustawy.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 625784-2024, numer wydania OJ S 202/2024 16/10/2024, data publikacji: 2024-10-16.

UZASADNIENIE

Zamawiający Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Bielsko w zakresie zamówienia pn. „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Bielsko w roku 2025” na pakiet nr I poinformował o wyborze oferty

najkorzystniejszej. Zamawiający powyższą informację upublicznił na stronach internetowych prowadzonego postępowania w dniu 20 grudnia 2024r.

Dowód nr 1 – informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej - pismo z dnia 20 grudnia 2024 roku

Z decyzją Zamawiającego w zakresie oceny oferty w zakresie pakietu nr 1 oferty złożonej przez

- a. F.H.U.P "WÓJCIK" EXPORT IMPORT ZBIGNIEW WÓJCIK, 34-482 Lipnica Mała 608A
- b. „MERKURY” Wiesław Mirocha, 34-211 Budzów 278
- c. Marcin Wojtyczko, JAWOREK, 34-221 Skawica 461"
- d. Grzegorz Mikołajek Działalność usługowa związana z leśnictwem, Tarnawa Górna 40, 34-210 Zembrzyce

zwanego dalej Konsorcjum firm nie sposób się zgodzić, z przyczyn wskazanych poniżej w uzasadnieniu odwołania. Podejmując decyzję o uznaniu ww. oferty za ważną w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający naruszył fundamentalne zasady określone w art. 16 ustawy Pzp, nie zapewniając zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania, jednocześnie obiektywizmu przy badaniu i ocenie ofert w zakresie postępowania pn. „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Bielsko w roku 2025” na pakiet nr 1. Zamawiający bowiem w treści pkt. 6.1 ppkt. 5 specyfikacji zamówienia wskazał, iż w postępowaniu mogą brać udział Wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia w okolicznościach, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp Zamawiający wykluczy 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 (tekst jedn.: Dz. U. z 2024 r. poz. 594), 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.

Dowód nr 2 - specyfikacja warunków zamówienia pn. „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Bielsko w roku 2025”

Odnosnie zarzutu sformułowanego w zakresie oferty złożonej przez Konsorcjum firm, która winna zostać uznana za nieważną ze względu na fakt, iż została złożona przez wykonawcę: a) podlegającego wykluczeniu z postępowania, podkreślić należy, iż zgodnie z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający bezwzględnie musi wykluczyć 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*. Porozumienia mające na celu zakłócenie konkurencji to przede wszystkim porozumienia ograniczające konkurencję w rozumieniu przepisów art. 6 ust. 1 pkt. 7 ustawy z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jedn. z 2024 roku Dz.U. 2043 poz. 594). Są to porozumienia pomiędzy przedsiębiorcami, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub w inny sposób naruszenie konkurencji na rynku właściwym. Polegają one w szczególności na: 7) uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny. Niewątpliwie z punktu widzenia zamówień publicznych kluczowe znaczenie ma właśnie wskazany w pkt. 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów typ porozumienia, zwany znową przetargową. Zmowy przetargowe najczęściej właśnie występują w układzie horyzontalnym, czyli pomiędzy przedsiębiorcami przystępującymi do przetargu. Jak podkreśla Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej zasada równego traktowania wymaga, aby wszyscy oferenci mieli takie same szanse przy formułowaniu swych ofert, a tego wynika również wymóg, aby oferty wszystkich konkurentów podlegały tym samym warunkom. (zob. wyroki TSUE: z 29 kwietnia 2004 r. w sprawie C-496/99, komisja p. CAS Succhi di Frutta SpA, pkt 110 i 111; z 6 listopada 2014 r., w sprawie Cartiera dell'Adda, C-42/13 SpA p. CEM Ambiente SpA, pkt 44). Komisja Europejska w Zawiadomieniu w sprawie narzędzi służących zwalczaniu znow przetargowych oraz w sprawie wytycznych dotyczących stosowania podstawy wykluczenia związanej ze znową (Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej 2021/C 91/01) zauważyła, iż możliwość wykluczenia wykonawcy z powodu domniemanej znowy nie jest rozumiana w dyrektywie jako kara za jego zachowanie przed lub w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia. Służy ona raczej zapewnieniu zgodności z zasadami równego traktowania i

konkurencji w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia, jak również zagwarantowaniu uczciwości, wiarygodności i kompetencji przyszłego wykonawcy do wykonania zamówienia.

Art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp nie wymaga od Zamawiającego udowodnienia zawarcia porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji. Zgodnie z treścią przepisu wystarczy oparcie się na wiarygodnych przesłankach. Jak podkreśla TSUE (por. wyrok z dnia 19 maja 2009 r. w sprawie C-538/07 *Assitur Srl przeciwko Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano*, ECLI:EU:C:2009:317) ponieważ wykazanie zmów przetargowych jest bardzo trudne, *nie można przerzucać pełnego ciężaru dowodu z umowy przetargowej na zamawiającego. Wystarczy, że zamawiający znacznie uprawdopodobni, że do takiej umowy mogło dojść. Jest to ułatwienie dowodzenia, ponieważ zamawiający może poprzestać na wykazaniu wysokiego prawdopodobieństwa (dowód prima facie), które nie daje pewności co do zajścia pewnych okoliczności, a jedynie je uprawdopodobnia. Jest to znacząca różnica w stosunku do domniemania faktycznego, wymagającego pewności wniosków, na których zostało oparte.*

Jednakże w przypadku oferty Konsorcjum fakt, że do umowy doszło jest jednoznaczny, bowiem w postępowaniu oferty zostały złożone odpowiednio przez podmioty nie tylko powiązane rodzinnie, ale przede wszystkim powiązane w ramach realizowanych w chwili obecnej wspólnie kontraktów. W postępowaniu zostały złożone dwie odrębne oferty, w których konsorcjantami są firmy braci Wójcik, tj.

Oferta nr 1

Lider - Usługi Leśne Andrzej Kuks, 43-300 Bielsko Biała ul. Górska 189

F.H.U.P. Piotr Wójcik, 34-481 Chyżne 43

Firma Wielobranżowa Kami Kamil Kuks, 43-300 Bielsko Biała ul. Górska 189

Kompleksowe Usługi Leśne Grzegorz Kubica, 43 378 Rybarzowice ul. Beskidzka 855

DREWNET Krystian Cembala, 43-370 Szczyrk ul Skalista 2

Firma Usługowa Magurka Piotr Gębala, 43 365 Wilkowice ul. Magurka Wilkowicka 6

oraz

Oferta nr 3

Liderem konsorcjum F.H.U.P. "WÓJCIK" EXPORT IMPORT ZBIGNIEW WÓJCIK, 34-482 Lipnica Mała 608A

„MERKURY" Wiesław Mirocha, 34-211 Budzów 278

Marcin Wojtyczko, JAWOREK, 34-221 Skawica 461"

Grzegorz Mikołajek Działalność usługowa związana z leśnictwem, Tarnawa Górna 40, 34-210 Zembrzyce

Dowód nr 3 – informacja z art. 222 ust. 5 ustawy Pzp - pismo z dnia 19 listopada 2024 roku

Istotnym jest, iż dwie konkurencyjne oferty są składane przez konsorcja, w składzie których są firmy dwóch współpracujących na bieżąco braci – Zbigniewa Wójcik oraz Piotra Wójcik. Firm, które w tym samym czasie realizują umowy wspólnie, składają oferty wspólne. Przykładowo w chwili obecnej obie firmy wspólnie realizują umowę pn. „Ochrona ekosystemów Babiogórskiego Parku Narodowego w 2024 roku.” (nr postępowania ZP-1/2024) na rzecz Babiogórskiego Parku Narodowego. W tym samym czasie firmy startują jako wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia (jako konsorcjum) w postępowaniach z zakresu gospodarki leśnej prowadzonych przez Nadleśnictwo Sucha, przy czym w tym postępowaniu członkiem konsorcjum są firmy

- F.H.U.P PIOTR WÓJCIK 34-481 Chyżne 43 (lider) Grzegorz Mikołajek Działalność usługowa związana z leśnictwem Tarnawa Górna 40; 34-210 Zembrzyce (stanowiące skład ofert składanych w Nadleśnictwie Bielsko – krzyżowo) oraz

- Konsorcjum firm: F.H.U.P. Piotr Wójcik 34-481 Chyżne 43 (lider) Ogólne Usługi Leśne BÓR A.Mirocha 34-211 Budzów 694 JAWOREK M.Wojtyczko 34-221 Skawica 461 (stanowiące skład ofert składanych w Nadleśnictwie Bielsko – krzyżowo)

Dowód nr 4 – informacja z art. 222 ust. 5 ustawy Pzp odpowiednio dla Babiogórskiego Parku Narodowego

Dowód nr 5 – informacja z art. 222 ust. 5 ustawy Pzp odpowiednio dla Nadleśnictwa Sucha

Z punktu widzenia zamówień publicznych kluczowe znaczenie ma ostatni wyspecyfikowany w art. 6 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów typ porozumienia, zwany **zmową przetargową**. Zmowy przetargowe mogą występować zarówno w układzie **horyzontalnym**, czyli pomiędzy przedsiębiorcami przystępującymi do przetargu, jak i w układzie **wertykalnym**, a więc pomiędzy przedsiębiorcą a przedsiębiorcą będącym organizatorem przetargu. Stwierdzić należy, iż

art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp ma zastosowanie do porozumień mających na celu zakłócenie konkurencji zawieranych pomiędzy wykonawcami. Zmowa przetargowa w układzie horyzontalnym może przybrać różne formy. W literaturze wyróżnia się trzy podstawowe mechanizmy takich zmw: oferty kurtuazyjne, ograniczanie ofert oraz rozstawianie i wycofanie ofert. **Oferty kurtuazyjne** polegają na uzgodnieniu, że potencjalny konkurent złoży ofertę, która będzie celowo mniej korzystna dla zamawiającego od oferty wytypowanej na zwycięską. Oferta kurtuazyjna ma na celu stworzenie pozoru konkurencyjności przetargu lub też wywołanie wrażenia, że cena oferty wytypowanej jest relatywnie korzystna. Z kolei w przypadku mechanizmu **ograniczania ofert** strony porozumienia uzgadniają, że jeden lub kilka podmiotów zainteresowanych przetargiem nie weźmie w nim udziału albo wycofa już złożoną ofertę lub w inny sposób spowoduje, że dana oferta nie będzie mogła być brana pod uwagę jako najkorzystniejsza (np. nie uzupełni braków formalnych oferty), w celu umożliwienia wybranemu spośród siebie przedsiębiorcy wygranie przetargu ofertą o zawyżonej cenie. Ten sam skutek wywołuje odmowa zawarcia umowy przez uczestnika przetargu, którego oferta została wybrana, dla umożliwienia zawarcia umowy z konkurentem, który złożył drugą w kolejności ofertę. Natomiast **rozstawianie i wycofywanie ofert** to wariant mechanizmu oferty kurtuazyjnej połączony z ograniczeniem ofert. Najpierw zamawiający się konkurenci uzgadniają treści ofert, w szczególności cen. Poszczególne oferty są „rozstawiane” – oferowane przez przedsiębiorców ceny są odpowiednio różnicowane tzn. przez poszczególnych uczestników zmowy składane są oferty znacznie różniące się ceną. Następnie, jeśli po otwarciu i upublicznieniu ofert lub po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty okazuje się, że oferty uczestników zmowy zajmują dwa pierwsze miejsca, oferta najkorzystniejsza jest „wycofywana”. Celem tej strategii jest zwiększenie szans zamawiających się wykonawców na wygranie przetargu wobec swoich konkurentów, przy jednoczesnej chęci zaoferowania jak najwyższej ceny. Rekompensata za „wycofanie” oferty polega zwykle na udzieleniu podwykonawstwa w uzyskanym zamówieniu bądź też na zamienieniu się rolami w ramach kolejnych zmw przetargowych.

Jak słusznie podkreśla Krajowa Izba Odwoławcza (w wyroku z 19 stycznia 2022 r., sygn. akt: KIO 3745/21) - dla wykazania istnienia niedozwolonego porozumienia antykonkurencyjnego możliwe jest zastosowanie domniemań faktycznych, ponieważ porozumienia tego rodzaju (dokonane w jakiegokolwiek formie) nie tylko nie przybierają postaci pisemnych umów, lecz nawet są otaczane przez samych biorących w nich udział przedsiębiorców pełną dyskrecją. Za dopuszczalne uznaje

się wykazanie istnienia zmowy przetargowej za pomocą dowodów pośrednich. Brak bowiem dopuszczalności dowodów pośrednich w praktyce ograniczałby stosowanie zakazu praktyk ograniczających konkurencję. Istnienie więc zmowy przetargowej musi być wywnioskowane ze zbiegu wielu okoliczności i wskazówek, które w przypadku braku innego, spójnego wyjaśnienia – rozpatrywane łącznie, mogą stanowić dowód naruszenia reguł konkurencji.

Pojęcie „porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji” jest jednak pojęciem szerszym od porozumienia ograniczającego konkurencję w rozumieniu art. 6 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. To drugie nie odnosi się bowiem do porozumień zawieranych pomiędzy członkami grupy kapitałowej. Zgodnie z przyjętą w orzecznictwie TSUE oraz akceptowaną w praktyce decyzyjnej UOKiK koncepcją „jednego organizmu gospodarczego” (ang. *single economic unit*) członków grupy kapitałowej traktuje się jako jednego przedsiębiorcę, co wyłącza zawarte pomiędzy nimi porozumienia spod art. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów⁵¹. Tymczasem w świetle definicji wykonawcy zawartej w art. 7 pkt 30 Pzp każdy członek grupy kapitałowej, który złożył odrębną ofertę, jest odrębnym wykonawcą. Dlatego zmowy przetargowe zawarte w ramach grupy kapitałowej nie są wyłączone spod z art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp.

5.3. Zmowa przetargowa w ramach grupy kapitałowej. TSUE w wyroku w sprawie *Assitur* trafnie uznał, że regulacja krajowa, która zakazuje członkom grupy kapitałowej udziału w tym samym postępowaniu przetargowym w sposób oczywisty ma na celu wykluczenie przypadków potencjalnej zmowy między uczestnikami tego samego przetargu oraz zapewnienie równego traktowania oferentów i przejrzystości postępowania (por. wyrok z dnia 19 maja 2009 r. w sprawie C-538/07 *Assitur Srl przeciwko Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano*, ECLI:EU:C:2009:317, pkt 22). Przedsiębiorcy należący do grupy kapitałowej, stanowiąc jeden organizm gospodarczy, co do zasady nie konkurują ze sobą, ponieważ jako grupa kapitałowa realizują wspólny cel gospodarczy. Z tego powodu uczestniczenie w postępowaniu o udzielenie zamówienia dwóch lub więcej przedsiębiorców wchodzących w skład tej samej grupy rodzi podejrzenie, że łączy ich niedozwolone porozumienie, którego celem jest zakłócenie konkurencji.

Istotnym jest, jak podkreśla Komisja Europejska w dokumencie pn. Zawiadomienie w sprawie narzędzi służących zwalczaniu zmów przetargowych oraz w sprawie wytycznych dotyczących stosowania podstawy wykluczenia związanej ze znową ((2021/C 91/01)) – iż domniemanie nie zwalnia zatem zamawiającego z konieczności indywidualnej oceny zaistnienia przesłanki

wykluczenia, a wykonawców nie pozbawia uprawnienia do wykazania swojej rzetelności pomimo stwierdzenia, że doszło do złożenia przez nich odrębnych ofert lub wniosków. KE zauważa - *można zatem ogólnie uznać, że podczas badania możliwości wykluczenia oferenta z toczącego się postępowania o udzielenie zamówienia ze względu na podejrzenie zmowy, instytucja zamawiająca ma prawo, zgodnie z dyrektywą, do oceny wszystkich znanych jej faktów, które mogłyby podważyć wiarygodność tego oferenta jako potencjalnego przyszłego wykonawcy. Instytucja zamawiająca może wziąć pod uwagę jako potencjalnie wiarygodną przesłankę wiedzę, że na przykład oferent zawarł już umowę o podwykonawstwo z innym oferentem w ramach tego samego postępowania lub wstępnie zamówił materiały niezbędne do wykonania konkretnego zamówienia na długo przed zakończeniem oceny ofert. Inne aspekty, które instytucje zamawiające powinny ocenić (za pomocą dostępnych metod analitycznych lub w oparciu o listy tzw. "sygnałów ostrzegawczych") obejmują:*

- ogólne zachowanie rynkowe oferentów uczestniczących w postępowaniu (np. oferentów, którzy nigdy nie składają ofert w ramach tego samego postępowania o udzielenie zamówienia, lub oferentów, którzy składają oferty tylko w niektórych regionach, lub oferentów, którzy wydają się na zmianę brać udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia),*
- ceny oferowane w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia (np. przez oferentów, którzy oferują wyższą cenę niż w poprzednich podobnych postępowaniach o udzielenie zamówienia lub oferują nadmiernie wysokie lub niskie ceny),*
- szczegółowe dane administracyjne (np. oferty złożone przez tego samego przedstawiciela przedsiębiorstwa)*

Domniemanie zmowy przetargowej dotyczy również przypadku, gdy wykonawcy należący do grupy kapitałowej złożyli odrębne **oferty częściowe**. *Ratio legis* przepisu art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp jest przeciwdziałanie porozumieniom mającym na celu wyeliminowanie, ograniczenie lub w inny sposób naruszenie konkurencji.

Bez względu na charakter zmowy, zakres oraz formę, niewątpliwie jest że działanie to jest szkodliwe dla systemu zamówień publicznych, ponieważ prowadzi do sytuacji, w której wykonawcy działający na rynku zaburzają konkurencję, co często skutkuje wzrostem cen na danym rynku i obniżeniem jakości realizowanych świadczeń. Zjawisko to jest wyjątkowo szkodliwe, na co uwagę zwróciła Komisja Europejska w Zawiadomieniu w sprawie narzędzi służących do zwalczania zmwów przetargowych oraz w sprawie wytycznych dotyczących stosowania podstaw wykluczenia

związanych ze zmwą (2021/C 91/01) stwierdzając, że „*zmowa zasadniczo podważa korzyści płynące z uczciwego, przejrzystego, opartego na konkurencji i zorientowanego na inwestycje rynku zamówień publicznych, ograniczając dostęp przedsiębiorców do tego rynku oraz możliwość wyboru dla nabywców publicznych*”. Co więcej, zawieranie przez niektóre podmioty porozumień ograniczających konkurencję, może zniechęcać podmioty działające na rynku, posiadające potencjał do wykonania zamówienia lub podmioty, które są zdolne i chętne do opracowywania rozwiązań innowacyjnych. Wpływa to negatywnie na cały system zamówień publicznych, gdyż zmniejsza konkurencyjność, co może prowadzić do obniżenia jakości świadczeń przy jednoczesnym wzroście cen. W konsekwencji, skutkuje nieefektywnością lub niską efektywnością zamówień publicznych. Zamawiający powinni podejmować więc działania mające na celu zwalczanie takich porozumień. Jednym z podstawowych narzędzi walki z tego typu porozumieniami w zamówieniach publicznych jest możliwość wykluczenia z postępowania wykonawców, którzy zawarli niedozwolone porozumienie. Przesłanka określona w art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp, jest obligatoryjną podstawą do wykluczenia wykonawcy z postępowania. W konsekwencji zamawiający nie tylko może, ale musi wykluczyć z postępowania wykonawców, w przypadku których stwierdzi, że doszło do zawarcia niedozwolonego porozumienia.

W zakresie zarzutu odnoszącego się do niepotwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu Odwołujący zwraca również uwagę, iż złożone na potwierdzenie spełnienia warunku udziału referencje dotyczą usługi realizowanej tylko i wyłącznie przez firmę - F.H.U.P "WÓJCIK" EXPORT IMPORT ZBIGNIEW WÓJCIK, 34-482 Lipnica Mała 608A

Dowód nr 6 – wykaz usług złożony przez Konsorcjum na Załączniku nr 9

Natomiast z treści referencji wystawionych przez Babiogórski Park narodowy, wynika, iż usługa realizowana była w ramach konsorcjum firm F.H.U.P "WÓJCIK" EXPORT IMPORT ZBIGNIEW WÓJCIK, 34-482 Lipnica Mała 608A oraz F.H.U.P. Piotr Wójcik, 34-481 Chyżne 43. Jednocześnie podkreślić należy, iż żaden z zapisów referencji nie stanowi, iż są to wielkości realizowane tylko i wyłącznie przez jednego z konsorcjantów. Niewątpliwie Zamawiający powinien był minimum wezwać Wykonawcę do wyjaśnień w zakresie wielkości usługi zrealizowanej przez firmę F.H.U.P "WÓJCIK" EXPORT IMPORT ZBIGNIEW WÓJCIK. Bowiem nieprawdopodobnym wydaje się, aby 100 % wielkości umowy zrealizował tylko jeden z konsorcjantów, zwłaszcza iż w trakcie realizacji

umowy na rzecz Babiogórskiego Parku Narodowego obaj konsorcjanci realizowali umowę wspólnie tym samym też wielkość przerobu powinna była być odrębnie wykazana dla każdego z konsorcjantów.

Orzecznictwo i doktryna wypracowały stanowisko, zgodnie z którym przyjmuje się, że wykonawca nie nabywa doświadczenia „merytorycznego” przez sam fakt bycia członkiem grupy wykonawców. Realne doświadczenie nabywa wyłącznie przez bezpośredni udział w realizacji chociażby jednej z części zamówienia, do którego całościowego wykonania zobowiązana była grupa wykonawców. Gdy wykonawca polega na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem, doświadczenie to należy oceniać w zależności od konkretnego zakresu udziału tego wykonawcy, a więc jego faktycznego wkładu w prowadzenie działań, które były wymagane od tej grupy w ramach danego zamówienia publicznego. Takie stanowisko jest pokłosiem opinii wyrażonej w wyroku TSUE z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 Esaprojekt: 62) (...), gdy wykonawca polega na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem, doświadczenie to należy oceniać w zależności od konkretnego zakresu udziału tego wykonawcy, a więc jego faktycznego wkładu w prowadzenie działań, które były wymagane od tej grupy w ramach danego zamówienia publicznego. 63) (...), Wykonawca nabywa realne doświadczenie nie przez sam fakt bycia członkiem grupy wykonawców i bez względu na to, jaki miał w tę grupę wkład, lecz wyłącznie przez bezpośredni udział w realizacji przynajmniej jednej z części zamówienia, do którego całościowego wykonania zobowiązana jest ta grupa wykonawców. 64) Wynika z tego, że wykonawca nie może polegać, do celów wymaganego przez instytucję zamawiającą doświadczenia, na realizacji świadczeń przez innych członków grupy wykonawców, w których realizacji faktycznie i konkretnie nie brał udziału. 65) W świetle powyższego odpowiedź na piąte pytanie powinna brzmieć tak, iż art. 44 dyrektywy 2004/18/WE w związku z art. 48 ust. 2 lit. a) tej dyrektywy oraz zasadą równego traktowania wykonawców, zapisaną w art. 2 tej dyrektywy, należy interpretować w ten sposób, że nie dopuszcza on, aby wykonawca biorący indywidualnie udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polegał na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem przy innym zamówieniu publicznym, jeżeli faktycznie i konkretnie nie uczestniczył w jego realizacji. W innym orzeczeniu Trybunał Sprawiedliwości UE podkreśla, iż warunkiem uznania możliwości powołania się na doświadczenie całego konsorcjum przez pojedynczego wykonawcę jest jego czynny udział w zarządzaniu sprawami konsorcjum (vide:

wyrok z dnia 18 lipca 2007 r. w sprawie C-399/05 Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Grecji, podobnie wyrok z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14).

Reasumując w przypadku gdy Wykonawca pozyskał doświadczenie w ramach umowy, której stroną był wspólnie z innym podmiotem, konieczne jest ustalenie zakresu wykonywania przez niego poprzedniego zamówienia – zakresu, który stanowi faktyczne doświadczenie tego konkretnego wykonawcy.

W świetle powyższego niniejsze odwołanie jest zasadne i zasługuje na uwzględnienie. Wnoszę o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności określonych na wstępie.

(podpis składającego Odwołanie)

Załącznik:

1. **Dowód nr 1** - informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej - pismo z dnia 20 grudnia 2024 roku (w aktach sprawy)
2. **Dowód nr 2** - specyfikacja warunków zamówienia pn. „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Bielsko w roku 2025” (w aktach sprawy)
3. **Dowód nr 3** – informacja z art. 222 ust. 5 ustawy Pzp - pismo z dnia 19 listopada 2024 roku
4. **Dowód nr 4** – informacja z art. 222 ust. 5 ustawy Pzp odpowiednio dla Babiogórskiego Parku Narodowego
5. **Dowód nr 5** – informacja z art. 222 ust. 5 ustawy Pzp odpowiednio dla Nadleśnictwa Sucha
6. **Dowód nr 6** – wykaz usług złożony przez Konsorcjum na Załączniku nr 9
7. **Dowód nr 7** – referencje wystawione przez Babiogórski Park Narodowy
8. wypisy z CEIDG dla konsorcjantów
9. pełnomocnictwo dla lidera konsorcjum
10. potwierdzenie przekazania kopii odwołania Zamawiającemu
11. dowód uiszczenia wpisu

