

WYROK
z dnia 8 grudnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 grudnia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 listopada 2020 r. przez wykonawcę **PZOM S. Sp. z o.o. Sp. k.** z siedzibą w Konopiskach przy ul. Przemysłowej 7 (42-274 Konopiska) w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Bytom** reprezentowaną przez Prezydenta Miasta Bytomia z siedzibą w Bytomiu przy ul. Parkowej 2 (41-902 Bytom)

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **FCC Polska Sp. z o.o.** z siedzibą w Zabrze przy ul. Lecha 10 (41-800 Zabrze) oraz **Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o.** z siedzibą w Zabrze przy ul. Lecha 10 (41-800 Zabrze), zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **PZOM S. Sp. z o.o. Sp. k.** z siedzibą w Konopiskach i zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez tego wykonawcę tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 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 Katowicach**.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt KIO 2978/20

Uzasadnienie

Gmina Bytom reprezentowana przez Prezydenta Miasta Bytomia z siedzibą w Bytomiu zwana dalej: „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp”, w trybie przetargu nieograniczonego pn. *Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie miasta Bytom* o numerze referencyjnym: PA.271.1.20.2020, zwane dalej postępowaniem.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 10 sierpnia 2020 r., pod numerem 2020/S 153-375201.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Wykonawca PZOM S. Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Konopiskach, zwany dalej: „odwołującym” w dniu 16 listopada 2020 r. wniósł odwołanie od czynności i zaniechań zamawiającego polegających na:

- zaniechaniu czynności wezwania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: FCC Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze oraz Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze (zwanych dalej: „Konsorcjum”) do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3a Pzp wymaganych pełnomocnictw tj.: pełnomocnictwa dla osoby, która podpisała ofertę złożoną przez Konsorcjum;
- bezpodstawnym uznaniu, iż oferta złożona przez Konsorcjum jest skutecznie zabezpieczona wadium;
- zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum, pomimo faktu, że wadium zostało wniesione w sposób nieprawidłowy;
- czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum, pomimo że oferta ta podlegała odrzuceniu wobec nieskutecznego wniesienia wadium;
- zaniechaniu przewidzianych przepisami prawa czynności w zakresie prawidłowej oceny ofert, w szczególności poprzez zaniechanie uzyskania dodatkowych wyjaśnień bezpośrednio od Gminy Zabrze w zakresie dokumentu – referencji złożonego na potwierdzenie spełnienia przez Konsorcjum warunku udziału w postępowaniu określonym w rozdziale V punkt 4 pkt 1) specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej: „SIWZ”);
- zaniechaniu wykluczenia Konsorcjum jako wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale V punkt 4 pkt 1) SIWZ oraz udzielenie temu wykonawcy zamówienia publicznego;
- czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum, pomimo że oferta najkorzystniejsza została wniesiona przez wykonawcę, który powinien podlegać wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 26 ust. 3a Pzp przez zaniechanie czynności wezwania Konsorcjum do uzupełnienia w trybie art. 26 ust 3a Pzp wymaganych pełnomocnictw tj.: pełnomocnictwa dla osoby, która podpisała ofertę złożoną przez Konsorcjum;

2.1) art. 7 ust. 1, art. 89 ust 1 pkt 7b w zw. z art. 23 ust. 1 i 3 w zw. z art. 45 ust. 6 pkt 3 Pzp polegające na bezzasadnym przyjęciu, iż oferta Konsorcjum, jest zabezpieczona skutecznie wniesionym wadium;

2.2) art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum, pomimo iż wadium zostało wniesione w sposób nieprawidłowy;

3.1) art. 24 ust. 1 pkt 12) w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3) oraz art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz udzielenie temu wykonawcy niniejszego zamówienia publicznego;

3.2) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp przez wybór oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej w postępowaniu, pomimo że oferta najkorzystniejsza została wniesiona przez wykonawcę, który powinien podlegać wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp;

3.3) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 1, art. 24 ust. 1 pkt 12) Pzp oraz § 2 ust. 6 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1282) dalej zwanego: „rozporządzeniem”, przez zaniechanie przewidzianych przepisami prawa czynności w zakresie prawidłowej oceny ofert, w tym bezpodstawne ustalenie faktu wykonania przez członka Konsorcjum MPGK sp. z o.o. usługi odbioru odpadów komunalnych realizowanej od co najmniej 50 000 mieszkańców w sposób ciągły przez okres 12 miesięcy w ramach konsorcjum dla Gminy Zabrze, w szczególności przez zaniechanie uzyskania dodatkowych wyjaśnień bezpośrednio od Gminy Zabrze w zakresie dokumentów złożonych na potwierdzenie spełniania przez Konsorcjum warunków udziału w postępowaniu określonych w rozdziale V punkt 4 ppkt 1) SIWZ.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia dokonanej czynności badania i oceny ofert;
- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- dokonania czynności ponownego badania, oceny ofert;
- dokonania czynności wezwania Konsorcjum do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3a Pzp wymaganych pełnomocnictw tj.: pełnomocnictwa dla osoby, która podpisała ofertę złożoną przez Konsorcjum;
- dokonania czynności odrzucenia oferty Konsorcjum na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp z uwagi na brak prawidłowego wniesienia wadium;
- wykluczenia z postępowania Konsorcjum które nie wykazało spełnienia warunków udziału w postępowaniu ze względu na niepotwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w postaci wymaganego doświadczenia;
- dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu na podstawie ustalonych w SIWZ kryteriów oceny ofert, przy uwzględnieniu konsekwencji wynikających z powtórnej oceny ofert;
- zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący wyjaśnił, że ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę wskutek naruszenia przepisów Pzp przez zamawiającego. Odwołujący zwrócił uwagę, że jego oferta uzyskała drugą pod względem kolejności liczbę punktów, a co za tym idzie w przypadku odrzucenia oferty Konsorcjum, to odwołujący mógłby spodziewać się uzyskania dla siebie zamówienia. Odwołujący wyjaśnił tym samym, że może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp wskazanych w odwołaniu i utracić korzyści związane z realizacją przedmiotowego zamówienia.

W zakresie pierwszego zarzutu dotyczącego naruszenia art 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 26 ust. 3a Pzp odwołujący wyjaśnił, że oferta złożona przez Konsorcjum została podpisana przez panią M.K, a wraz z ofertą Konsorcjum złożono następujące dokumenty pełnomocnictwa:

- dokument pełnomocnictwa z dnia 1 października 2020 r., którym Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej sp. z o.o. w Zabrzu – Członek Konsorcjum reprezentowane zgodnie z zasadą reprezentacji udzieliło FCC Polska sp. z o.o. – Liderowi Konsorcjum pełnomocnictwa do reprezentowania Konsorcjum w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego p.n. *Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie miasta Bytom*, w którym zamawiającym jest Gmina Bytom. Wśród spraw obejmujących zakres pełnomocnictwa wymieniono podpisanie i złożenie w imieniu Konsorcjum oferty; podpisanie i złożenie wszelkich oświadczeń woli i wiedzy; potwierdzenie za zgodność z oryginałem wszelkich dokumentów składanych przez Konsorcjum; składanie wszelkiego rodzaju dokumentów, wyjaśnień i odpowiedzi dotyczących udziału w postępowaniu; uzyskiwanie od zamawiającego wszelkiego rodzaju dokumentów, wyjaśnień i odpowiedzi; podpisanie umowy oraz ewentualnych zmian umowy w formie aneksów; wnoszenie w imieniu Konsorcjum środków ochrony prawnej. Pełnomocnictwo upoważniało również do udzielania dalszych pełnomocnictw w powyższym zakresie;
- pełnomocnictwo z dnia 1 października 2020 r. treścią którego Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej sp. z o.o. w Zabrzu, zgodnie z zasadą reprezentacji w związku z ubieganiem się o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie miasta Bytom* sygnatura postępowania PA271.1.20.2020 udzieliło pani M.K. pełnomocnictwa do reprezentowania MPGK w ww. postępowaniu oraz do dokonywania w imieniu MPGK wszelkich czynności związanych z udziałem w postępowaniu to jest: podpisanie i złożenie oferty; podpisanie i złożenie oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu (w tym JEDZ); podpisanie i złożenie oświadczeń o przynależności bądź braku przynależności do grupy kapitałowej; podpisywanie i składanie wszelkich oświadczeń woli i wiedzy; podpisanie i złożenie oświadczeń o braku przesłanek wykluczenia; potwierdzenia za zgodność z oryginałem wszystkich dokumentów w związku z postępowaniem; podpisywanie i składanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia wszelkiego rodzaju dokumentów; uzyskiwania od zamawiającego wszelkiego rodzaju dokumentów, wyjaśnień i odpowiedzi;
- pełnomocnictwo z dnia 1 października 2020 r. treścią którego FCC Polska sp. z o.o. w Zabrzu, zgodnie z zasadą reprezentacji w związku z ubieganiem się o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *Odbieranie i zagospodarowanie: odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie miasta Bytom* sygnatura postępowania PA.271.1.20.2020 udzieliło pani M.K. pełnomocnictwa do reprezentowania FCC w ww. postępowaniu oraz do dokonywania w imieniu FCC wszelkich czynności związanych z udziałem w postępowaniu to jest: podpisanie i złożenie oferty; podpisanie i złożenie oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu (w tym JEDZ); podpisanie i złożenie oświadczeń i przynależności bądź braku przynależności do grupy kapitałowej; podpisywanie i składanie wszelkich oświadczeń woli i wiedzy; podpisanie i złożenie oświadczeń o braku przesłanek wykluczenia; potwierdzenia za zgodność z oryginałem wszystkich dokumentów w związku z postępowaniem; podpisywanie i składanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia wszelkiego rodzaju dokumentów; uzyskiwania od zamawiającego wszelkiego rodzaju dokumentów, wyjaśnień i odpowiedzi.

Przedłożono również Jednolite europejskie dokumenty zamówienia (JEDZ) dla każdego z członków Konsorcjum odrębnie. Każdy dokument JEDZ – zarówno ten złożony przez FCC Polska sp. z o.o. czy ten złożony przez MPGK sp. z o.o. został podpisany przez panią M.K.

W ocenie odwołującego, na podstawie złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przez Konsorcjum dokumentów wynika, iż nie wykazano umocowania pani M.K. do złożenia oferty w imieniu Konsorcjum. Dalej

odwołujący wyjaśnił, że bez wątpienia, zgodnie z art. 23 ust 2 Pzp, wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienia publiczne mają obowiązek ustanowienia pełnomocnika. Pełnomocnik musi posiadać co najmniej upoważnienie do reprezentowania konsorcjum w postępowaniu (w tym też podpisywania ofert). Pełnomocnikiem może być jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne albo konkretny przedstawiciel jednego z wykonawców. Może też być to osoba trzecia, niezwiązana z żadnym z wykonawców. Ustawa żadnych ograniczeń nie wprowadza w tym zakresie. Dopuszczalne jest, aby pełnomocnikiem była zarówno osoba fizyczna, jak i osoba prawna oraz dopuszczalna jest reprezentacja wykonawcy w postępowaniu przez kilku jednakowo umocowanych pełnomocników (vide: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 grudnia 2007 r., sygn. akt KIO/UZP 1432/07). Dla skutecznego złożenia oferty wykonawców ubiegających się wspólnie o uzyskanie zamówienia, Pzp nie przewiduje żadnych dodatkowych formalności, oprócz konieczności ustanowienia pełnomocnika do reprezentacji ich w postępowaniu albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 23 ust. 2 Pzp). Wskazać należy, iż pełnomocnictwo udzielone Liderowi Konsorcjum – FCC Polska sp. z o.o. przez Członka Konsorcjum – MP GK sp. z o.o. wypełnia dyspozycję art. 23 ust. 2 Pzp. Znajduje się w nim bowiem umocowanie do reprezentowania konsorcjum wobec zamawiającego – Gminy Bytom, w tym do podpisania i złożenia oferty wraz z załącznikami. Pełnomocnictwo zostało poza tym udzielone przez osoby upoważnione do reprezentacji MP GK sp. z o.o. oraz przewidywało prawo do ustanawiania dalszych pełnomocników. Jednakże; pełnomocnik – FCC Polska sp. o.o. ustanowiony przez MP GK sp. z o.o. do reprezentowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, nie przeniósł w granicach swego umocowania, umocowania do dokonania czynności na rzecz dalszego pełnomocnika pani M.K. Pełnomocnictwo udzielone przez FCC Polska sp. z o.o. pani M.K. nie zostało udzielone w granicach umocowania spółki FCC Polska sp. z o.o. do reprezentowania Konsorcjum. Udzielone pełnomocnictwo dotyczy tylko i wyłącznie spółki FCC Polska sp. z o.o. i wskazuje wprost, iż jest pełnomocnictwem do reprezentowania FCC w postępowaniu, w którym zamawiającym jest Gmina Bytom.

Odwołujący podniósł, iż zgodnie z wymaganiami zamawiającego opisanymi w SIWZ wstępne potwierdzenie braku podstaw wykluczenia – JEDZ (Część VI pkt 8 SIWZ), oświadczenie ws. grupy kapitałowej (Część VI pkt 11 SIWZ) dokumenty i oświadczenia w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu czy też potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia w przypadku wspólnego ubiegania się o zamówienie (np. konsorcjum) (Część VI pkt 12 ppkt 1), 2) SIWZ) składa każdy z wykonawców odrębnie. Należy zatem wywieść, iż pełnomocnictwo udzielone pani M.K. przez każdego członka konsorcjum oddzielnie dotyczy działania tylko w tych granicach, gdyż żaden z członków Konsorcjum nie składał odrębnej oferty w postępowaniu będącym przedmiotem niniejszego odwołania. Zdaniem Odwołującego, w okolicznościach niniejszej sprawy mamy do czynienia z rzekomym substytutem, gdyż pani M.K. składając ofertę w imieniu Konsorcjum działała jak *falsus procurator*, gdyż przekroczyła zakres swojego pełnomocnictwa udzielonego jej przez, FCC Polska, który równocześnie jest również pełnomocnikiem Konsorcjum, które upoważniało ją do reprezentowania tylko FCC Polska sp. z o.o. oraz złożenia oferty jedynie w FCC Polska sp. z o.o. W orzecznictwie Izby uznano, że wystarczające jest wykazanie umocowania na podstawie jednoczesnego złożenia pełnomocnictw wskazujących kolejne umocowanie pełnomocników, tzw. ciąg pełnomocnictw. W rozpoznawanej sprawie pełnomocnictwa takie nie zostały złożone. W ocenie odwołującego nie tylko oferta ale i wszystkie oświadczenia, dokumenty i wyjaśnienia złożone w toku postępowania i sygnowane w imieniu Konsorcjum przez panią M.K. są wadliwe. Posiłkując się wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 marca 2015 r. KIO 438/15 odwołujący wskazał, iż oczywistą jest ogólna zasada, że oferta w postępowaniu o zamówienie publiczne winna być podpisana przez osobę lub osoby, posiadające do tego stosowne umocowanie. Do złożenia oferty niezbędne jest posiadanie przez osoby składające w imieniu wykonawcy oświadczenie woli w przedmiocie udziału w postępowaniu a także w przedmiocie zaoferowania wykonania przedmiotu zamówienia stosownego umocowania w dacie składania oferty. W przeciwnym bowiem wypadku nie będziemy mieli do czynienia ze złożeniem oferty. Nie bez powodu przy tym ustawodawca stawia w systemie zamówień publicznych bardzo kategoryczny wymóg złożenia oferty w nieprzekraczalnym terminie składania ofert. Konsekwencją powyższego jest konieczność posiadania takiego umocowania w dacie składania ofert. Zgodzić się trzeba z poglądami, że wszelkie nieścisłości i wątpliwości w zakresie uprawnień pełnomocnika wynikających z pełnomocnictwa, szczególnie w obrocie tak sformalizowanym, jakim jest obrót w ramach systemu zamówień publicznych wymagają wyeliminowania. Postępowanie o zamówienie publiczne rządzi się bowiem regułami, które wymagają usunięcia wszelkich wątpliwości, w tym takich które prowadziłyby do ewentualnych sporów co do uprawnienia do zawarcia umowy czy groziły uchYLENIEM się przez wykonawcę od zawartej umowy na podstawie zarzutów osadzonych w treści pełnomocnictwa do złożenia oferty. Stąd wątpliwości co do zakresu umocowania powinny zostać usunięte, a rezultatem ich usunięcia powinno być uzyskanie przez zamawiającego dokumentu, z którego treści, bez jakichkolwiek wątpliwości będzie wynikało uprawnienie pełnomocnika do złożenia oferty. Stąd właściwym instrumentem do eliminowania tego rodzaju wątpliwości jest przede wszystkim uzupełnienie dokumentu pełnomocnictwa, do czego wyraźnie nawiązuje art. 26 ust. 3a Pzp, wymieniając jako dokument podlegający uzupełnieniu pełnomocnictwo. Potwierdza to uzasadnienie wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 17 grudnia 2013 r. sygn. V Ca 3201/13. Nie jest więc dopuszczalne pozostawienie wątpliwości co do tej kwestii i przyjęcie na siebie przez zamawiającego ryzyka, że nie będzie pewności co do prawidłowego złożenia oferty. Ewentualne zastrzeżenia, co do ważności umowy w zamówieniu publicznym powinny być eliminowane na etapie poprzedzającym jej zawarcie – w toku postępowania o zamówienie publiczne, na etapie badania i oceny ofert. Narzędziem, mającym – przynajmniej po części – służyć ograniczeniu lub wyeliminowaniu tego rodzaju ryzyk jest przywołany wyżej przepis art. 26 ust. 3a Pzp, a także przepis art. 23 ust. 2 Pzp, wymagający ustanowienia przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego pełnomocnika do reprezentowania w postępowaniu, lub dodatkowo zawarcia umowy. Wszelkie nieścisłości i wątpliwości w zakresie uprawnień pełnomocnika wynikających z pełnomocnictwa wymagają więc wyeliminowania.

W związku z powyższym, według odwołującego, zarzut naruszenia art. 7 ust 1 i 3 w związku z art. 26 ust. 3a Pzp przez zaniechanie czynności wezwania Konsorcjum do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3a Pzp wymaganych pełnomocnictw tj.: pełnomocnictwa dla osoby, która podpisała ofertę złożoną przez Konsorcjum należy uznać za uzasadniony.

Jeśli chodzi o drugą grupę zarzutów dotyczących wadium wniesionego przez Konsorcjum odwołujący wyjaśnił, że zamawiający treścią Rozdziału VIII SIWZ wskazał wymagania dotyczące wadium. W punkcie 4 Rozdziału VI wyraźnie wskazano, iż w przypadku wnoszenia wadium na rzecz wykonawcy przez inny podmiot należy wskazać na rzecz jakiego wykonawcy wnoszone jest wadium. Tym samym zamawiający wyraźnie precyzowały nie tylko jego wysokość, termin obowiązywania, ale także zakres i wymagania szczegółowe. Wadium przedłożone w toku postępowania przez Konsorcjum złożone w formie Gwarancji Bankowej Przetargowej (dot. zam. publ.) Nr GW/005792/20 z dnia 7 października 2020 r. zostało wystawione dla Gminy Bytom reprezentowanej przez Prezidenta

Miasta z siedzibą w Urzędzie Miejskim w Bytomiu („Beneficjent”) przez BNP Paribas Bank Polska S.A. z siedzibą w Warszawie. Z treści opisanej Gwarancji Bankowej wynika, iż Bank został poinformowany, że FCC Polska sp. z o.o. jako Wykonawca ma zamiar złożyć ofertę w ogłoszonym przez Beneficjenta przetargu, którego przedmiotem jest: *Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie miasta Bytom* znak sprawy: PA.271.1.20.2020. Gwarancja zabezpieczała ziszczenie się przesłanek określonych w art. 46 ust. 4a lub ust. 5 Pzp.

Odwołujący wyjaśnił, że Pzp nie zawiera definicji wadium. Pojęcie to jest zdefiniowane w art. 704 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym w warunkach aukcji lub przetargu można zastrzec, że przystępujący do aukcji albo przetargu powinien, pod rygorem niedopuszczenia do nich, wpłacić organizatorowi określoną sumę albo ustanowić odpowiednie zabezpieczenie jej zapłaty (wadium). Jedną z form wniesienia wadium, jaką przewiduje Pzp, jest forma gwarancji bankowej (art. 45 ust. 6 pkt 3). Ustawa nie stawia szczególnych warunków dla wadium w formie gwarancji bankowej. Wymagania odnośnie wnoszonego wadium muszą być określone w SIWZ (art. 36 pkt 8 Pzp). Przepisy Pzp nie wymagają, aby w przypadku wspólnego ubiegania się o zamówienie publiczne wadium było wnoszone w jakiś szczególny sposób, w tym aby wadium było wnoszone wspólnie przez wykonawców tworzących konsorcjum, jednakże pod warunkiem, że nie sprzeciwiają się temu zapisy SIWZ. W przypadku gwarancji bankowych nie mogą istnieć jakiegokolwiek wątpliwości, co do tego, w jakich okolicznościach, kto, wobec kogo, do jakiej wysokości i za kogo odpowiada. Wadium stanowi bowiem zabezpieczenie zamawiającego i musi być skuteczne. Sąd Najwyższy w wyroku z 20 września 2013 r. o sygn. II CSK 670/12 wskazał, że gwarancja występująca we współczesnym obrocie prawnym, w tym także gwarancja bankowa, jest umową i jak każda umowa powinna zawierać precyzyjnie określone elementy przedmiotowo istotne, które nie będą dawały jej stronom, czyli beneficjentowi i gwarantowi, pola do interpretacji, także co do jej strony podmiotowej. Niewątpliwie dokument gwarancji wadialnej jest dokumentem, którego nie można uzupełnić na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, czy poddawać interpretacji w jej kluczowych elementach dodatkowymi oświadczeniami. Dla ważności wadium wnoszonego przez konsorcjum nie jest wystarczające wpisanie w treść gwarancji wyłącznie jednego wykonawcy, lecz prawidłowy jest dokument, którym gwarant bierze także odpowiedzialność za działania i zaniechania znanych sobie konsorcjantów, zamierzających realizować zamówienie. Wadium wniesione w formie gwarancji bankowej musi mieć taką samą płynność, jak wadium wniesione w pieniądzu, co oznacza, że dochodzenie roszczenia z tytułu zapłaty wadium nie może być utrudnione, wadium stanowi bowiem zabezpieczenie zamawiającego i musi być skuteczne. Dlatego też umowa winna zawierać precyzyjnie określone elementy przedmiotowo istotne, które nie będą dawały jej stronom, czyli beneficjentowi i gwarantowi, pola do interpretacji. Płynność i pewność zapłaty zamawiającemu kwoty wadialnej może zależeć w dużej mierze od zajętego stanowiska w tej sprawie przez gwaranta, co jest niedopuszczalne. Mając na uwadze abstrakcyjny charakter gwarancji, treść zobowiązania do wypłaty wadium musi wynikać wprost z brzmienia gwarancji. Już samo to brzmienie musi dawać pewność co do możliwości skorzystania z uprawnień z tytułu gwarancji, która nie może być uzależniona od interpretacji gwaranta, a zatem gwarancja musi wskazywać podmioty należące do konsorcjum lub co najmniej fakt, że zlecniodawca gwarancji składa ofertę w konsorcjum. W innym wypadku gwarant może odmówić wypłaty sumy gwarancyjnej, gdy przesłanki przypadku wadium dotyczą niewymienionego w niej podmiotu. Nie można też uzupełniać wadium po terminie składania ofert, a zatem wszelkie wyjaśnienia gwaranta, zapewnienia czy uzupełnienia po tej dacie są niedopuszczalne i nie mogą być brane pod uwagę. Dodatkowo, należy mieć na uwadze, iż art. 141 Pzp dotyczący solidarnej odpowiedzialności wykonawców o których mowa w art. 23 ust. 1 Pzp ma zastosowanie dopiero po podpisaniu umowy. W okolicznościach sprawy, złożona gwarancja bankowa odnosi się ściśle do wykonawcy, którym zgodnie z treścią tejże gwarancji jest tylko i wyłącznie FCC Polska Sp. z o.o. Nie ma w niej mowy chociażby o tym, iż gwarancja jest udzielona na zlecenie spółki FCC Polska Sp. z o.o., która działa jako pełnomocnik Konsorcjum i ma zabezpieczać roszczenia Beneficjenta względem Konsorcjum. Tym samym nie ma tożsamości pomiędzy podmiotem, którego gwarancja dotyczy a oferentem. Ma to doniosłe znaczenie z uwagi również na wymóg zamawiającego, aby w przypadku wnoszenia wadium na rzecz wykonawcy przez inny podmiot wskazać na rzecz jakiego wykonawcy wnoszone jest wadium. Bezwzględnie zatem podmiotem „innym” w niniejszej sprawie będzie FCC Polska Sp. z o.o., gdyż wykonawcą, który złożył ofertę było Konsorcjum firm i to ono jako wykonawca winno być wskazane w treści gwarancji bankowej, czyniąc ją w stanie faktycznym wadliwą. Odwołujący, powołując się na stanowisko wyrażone w orzecznictwie Izby podniósł, iż w treści gwarancji oferent musi być wskazany prawidłowo, a zatem muszą być w niej wymienieni wszyscy wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia (a przynajmniej być zachowana wersja minimum, tj. jeśli wymieniony jest jeden z tych wykonawców, to powinno być zaznaczone, że składa on ofertę wspólną wraz z innymi podmiotami i ta właśnie oferta jest zabezpieczona gwarancją). Posiłkując się licznym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej odwołujący przyjął, iż dla zabezpieczenia interesu zamawiającego w treści gwarancji powinni być wskazani wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia (vide: wyrok KIO z 7 lipca 2017 r. sygn. KIO 1222/17, wyrok KIO z 22 maja 2015 r., sygn. KIO 974/15, wyrok KIO z 1 lipca 2015 r., sygn. 1251/15, wyrok KIO z 14 września 2015 r., sygn. KIO 1881/15, wyrok KIO z 17 września 2015 r., sygn., 1936/15, wyrok KIO z 8 października 2015 r., sygn. KIO 2067/15, KIO 2069/15, KIO 2071/15, wyrok KIO z 2 listopada 2015 r. sygn. KIO 2287/15). Izba dodatkowo słusznie wskazała, iż w braku wskazania w treści gwarancji prawidłowego oferenta (a tym samym i prawidłowej oferty) nie chodzi nawet o to, że gwarant może odmówić realizacji gwarancji, jeśli okoliczności wskazane w art. 46 ust. 4a i ust. 5 Pzp wystąpią w stosunku do konsorcjantów innych niż, w okolicznościach sprawy FCC Polska sp. z o.o., ale także jeśli będą dotyczyły samej spółki FCC sp. z o.o. Z punktu widzenia bowiem treści gwarancji w połączeniu z treścią złożonej oferty żaden z tych podmiotów nie istnieje z punktu widzenia treści gwarancji, bo nie istnieje zabezpieczona tą gwarancją oferta.

Odwołujący zwrócił uwagę na jeszcze jedną okoliczność, a mianowicie na fakt, iż nawet z treści pełnomocnictwa udzielonego przez Członka Konsorcjum – spółkę MPGK sp. z o.o. Liderowi Konsorcjum – spółce FCC Polska sp. z o.o. nie wynika upoważnienie do uzyskania i złożenia wadium w formie gwarancji bankowej w imieniu Konsorcjum. Treść pełnomocnictwa określa kompetencje Lidera do reprezentowania Konsorcjum, co nie czyni z niego wykonawcy samodzielnie ubiegającego się o zamówienie.

Mając na uwadze powyższe, odwołujący wskazał, iż treść uzasadnienia wyroku Izby z dnia 7 lipca 2017 r. KIO 1222/17 jest doskonałym odzwierciedleniem stanowiska odwołującego w sprawie i tym samym w punkt potwierdza zasadność zarzutu odwołującego odnoszącego się do naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 7b w zw. z art. 23 ust. 1 i 3 w zw. z art. 45 ust. 6 pkt 3 Pzp polegającego na bezzasadnym przyjęciu, iż oferta Konsorcjum jest zabezpieczona skutecznie wniesionym wadium, a tym samym zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp polegającego na zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum, pomimo iż wadium zostało wniesione w sposób nieprawidłowy.

W odniesieniu do trzeciej grupy zarzutów odwołujący wskazał, że zgodnie z treścią działu V pkt 4 ppkt 1) SIWZ zamawiający wymagał aby wykonawca wykazał, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert,

a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonał lub wykonuje usługę odbierania odpadów komunalnych, w ramach jednej umowy, od co najmniej 50 000 mieszkańców, wykonaną lub wykonywaną w sposób ciągły przez okres minimum 12 miesięcy. W przypadku usług wykonywanych, zamawiający uzna spełnienie warunku, jeżeli wykonawca wykaże, że zakres wykonanej usługi odpowiada niniejszemu warunkowi. W przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ww. warunek zostanie spełniony, jeżeli co najmniej jeden z wykonawców potwierdzi spełnienie warunku w całości. Na potwierdzenie spełnienia ww. warunku Konsorcjum przedłożyło Wykaz usług oraz dokument GOK.270.3.2020.MG z dnia 4 września 2020r. będący poświadczeniem wykonania na rzecz Gminy Zabrze usługi w ramach umowy nr CRU/954/2017 oraz CRU/955/2017 z dnia 30 marca 2017 r. sporządzony przez Prezydenta Miasta Zabrze, a skierowany do spółki FCC Polska sp. z o. o. potwierdzający należyte wykonanie ww. umów. W Wykazie usług wymienione zostały dwie usługi: pierwsza - obejmująca *Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości położonych na terenie miasta Zabrze – Zadanie I, obszar Północ*, realizowana w okresie od 1 kwietnia 2017 r. do 31 marca 2020 r. na rzecz 87 942 osób (mieszkańców), oraz druga – obejmująca *Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości położonych na terenie miasta Zabrze – Zadanie II, obszar Południe* realizowana w okresie od 1 kwietnia 2017 r. do 31 marca 2020 r. na rzecz 68 40 osób (mieszkańców). W poświadczeniu wykonania usługi w ramach umowy nr CRU/954/2017 oraz CRU/955/2017 z dnia 30 marca 2017 r. sporządzonym przez Prezydenta Miasta Zabrze (dalej: *referencje*) wskazano, iż ww. usługi realizowane były przez Konsorcjum składające się z trzech Firm: 1) FCC Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrzu 2) Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrzu 3) FCC Lubliniec Sp. z o.o. z siedzibą w Lublińcu dla ZADANIA I - OBSZAR PÓŁNOC (umowa CRU/954/2017) oraz ZADANIA II - OBSZAR POŁUDNIE (umowa CRU/955/2017). Z treści przedłożonego poświadczenia nie wynika jaki zakres prac i obowiązków przypadł na poszczególnych członków Konsorcjum, a tym samym który z konsorcjantów faktycznie realizował i na rzecz jakiej ilości mieszkańców Miasta Zabrze usługę odbioru odpadów komunalnych, a także czy usługa miała charakter ciągły. Mając uzasadnione wątpliwości co do treści przedłożonych referencji zamawiający pismem z dnia 30 października 2020 r. wezwał Lidera Konsorcjum na podstawie art 26 ust. 4 Pzp do wyjaśnienia jaki był zakres czynności wykonywanych przez poszczególnych konsorcjantów w ramach realizacji usług wskazanych w Wykazie oraz który z konsorcjantów (FCC Polska Sp. z o.o. czy MPGK Sp. z o.o.) faktycznie zrealizował co najmniej jedną usługę i którą, z wykazanych w Wykazie usług tj. czy faktycznie realizował na rzecz co najmniej 50 000 mieszkańców usługę odbioru odpadów komunalnych w sposób ciągły przez co najmniej 12 miesięcy. W odpowiedzi na otrzymane wezwanie Lider Konsorcjum wyjaśnił pismem z dnia 4 listopada 2020 r., iż *przedstawione referencje wystawione przez Zamawiającego Miasto Zabrze poświadczają realizację dwóch usług, których wykonawcą było konsorcjum w składzie: FCC Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrzu, jako Lider, Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. w Zabrzu z siedzibą w Zabrzu oraz FCC Lubliniec Sp. z o.o. z siedzibą w Lublińcu. W odniesieniu do powyższego Wykonawca oświadcza, że wszelkie usługi objęte przedmiotem zamówień pn. „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości położonych na terenie Miasta Zabrze” dla Zadania 1 – OBSZAR PÓŁNOC dzielnice Biskupice, Centrum Północ, Grzybowice, Helenka, Maciejów, Mikulczyce, Osiedle Kopernika, Osiedle Kotarbskiego, Osiedle Młodego Górnika, Zandka Rokitnica (umowa CRU/954/2017) oraz dla Zadania 2 - OBSZAR POŁUDNIE dzielnice Zaborze Południe, Zaborze Północ, Centrum Południe, Guido, Kończyce, Makoszowy, Pawłów (umowa CRU 955/2017), których przedstawiona referencja dotyczy, realizowane były wyłącznie przez FCC Polska Sp. z o.o. oraz Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. w Zabrzu tj. Wykonawcę, zaś spółka FCC Lubliniec Sp. z o.o. pełniła jedynie funkcję wspierającą i w praktyce w ogóle nie realizowała wyżej oznaczonych usług w żadnym zakresie. Na potwierdzenie powyższego, Lider Konsorcjum wskazał fakt braku jakichkolwiek rozliczeń z tytułu realizacji przedmiotu zamówienia pomiędzy Liderem, a wykonawcą FCC Lubliniec Sp. z o.o. jako dowód powyższego oświadczenia, przedłożono Oświadczenie FCC Lubliniec Sp. z o.o. z treści którego wynika, iż w zamówieniu pn.: „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości położonych na terenie Miasta Zabrze” Zadanie 1 - OBSZAR PÓŁNOC dzielnice Biskupice, Centrum Północ, Grzybowice, Helenka, Maciejów, Mikulczyce, Osiedle Kopernika, Osiedle Kotarbskiego, Osiedle Młodego Górnika, Zandka, Rokitnica, Zadanie 2 - OBSZAR POŁUDNIE dzielnice Zaborze Południe, Zaborze Północ, Centrum Południe, Guido, Kończyce, Makoszowy, Pawłów FCC Lubliniec Sp. z o.o. pełniła jedynie funkcję wspierającą i w praktyce w ogóle nie realizowała wyżej oznaczonych usług w żadnym zakresie. Lider Konsorcjum – FCC Polska Sp. z o.o. treścią wyjaśnień wskazał dalej, iż wszystkie usługi, których dotyczą przedstawione przez wykonawcę referencje zostały zrealizowane przez wykonawcę. Tym samym wykonawca potwierdził, że w ramach przedstawionych referencji wykonał co najmniej jedną usługę odpowiadającą swoim rodzajem usługę stanowiącej przedmiot zamówienia, obejmującą odbieranie odpadów komunalnych na rzecz co najmniej 50 000 mieszkańców, przy zachowaniu ciągłości usługi, przez okres minimum 12 miesięcy. W ocenie wykonawcy już powyższe stanowi o spełnieniu warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w punkcie V.4.1) SIWZ. Równocześnie wykonawca – Konsorcjum reprezentowane przez Lidera wskazało, że w jego ocenie wynikająca z treści wezwania zamawiającego interpretacja SIWZ jest nieprawidłowa, zaważająca, prowadząca do pogorszenia sytuacji: wykonawców biorących udział w postępowaniu wspólnie. Takie ukształtowanie warunku w ocenie Konsorcjum należy uznać za nieproporcjonalne i niekonkurencyjne, zaś uwzględniając dwoistość możliwości rozumienia treści przywołanego postanowienia SIWZ, przyjąć należy, że byłaby to interpretacja niekorzystna dla wykonawcy, zaś jak wynika jednoznacznie z linii orzeczniczej Krajowe Izby Odwoławczej, w przypadku niejednoznaczności postanowień SIWZ, winna ona być wykładana w sposób korzystny dla wykonawcy. Równocześnie, z daleko idącej ostrożności, wykonawca wyjaśnił dalej, że podmiotem, który wykonał samodzielnie zakres prac wymaganych przez zamawiającego jako warunek doświadczenia tj. usługę odbierania odpadów komunalnych, w ramach jednej umowy, od co najmniej 50 000 mieszkańców, wykonaną w sposób ciągły przez okres minimum 12 miesięcy, jest członek konsorcjum Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrzu. Przedsiębiorca ten bowiem realizował zasadniczą część usług składających się na przedmiot obydwu wyżej oznaczonych umów o zamówienie publiczne realizowanych na rzecz Miasta Zabrze tj. w szczególności samodzielnie realizował odbiór i zagospodarowanie odpadów. FCC Polska Sp. z o.o. w ramach wyżej oznaczonych usług pełniło zasadniczo rolę nadzorczą i administracyjną, prowadziło Biuro Obsługi Klienta, a także odpowiadało za rozliczenia usług. Konsorcjum, powołując się dalej jedynieną analizę rozliczeń pomiędzy członkami ww. konsorcjum, MPGK Sp. z o.o. zrealizowało około 9% usług podług ich wartości, w ramach każdej z umów. Mając zaś na względzie okoliczność, że w ramach realizacji ww. umów o zamówienie publiczne, dokonywano odbioru odpadów od mieszkańców w ilości znacznie przekraczającej wymagane przez zamawiającego minimum (50 tysięcy mieszkańców) tj. odpowiednio dla OBSZARU PÓŁNOC było to 87 942 mieszkańców (stan na grudzień 2019 r.), zaś dla OBSZARU POŁUDNIE 68 840 mieszkańców (stan na grudzień 2019 r.), to zrealizowanie przez MPGK usług odbioru odpadów komunalnych w zakresie, o jakim mowa w punkcie V.4. 1) SIWZ*

nie może budzić wątpliwości. Przyjmując bowiem chociażby wyżej wskazany udział MPGK Sp. z o.o. w realizacji usług to przyjąć należy, że przypadał on odpowiednio na około 79 148 mieszkańców dla OBSZARU PÓŁNOC oraz na około 61 956 mieszkańców dla OBSZARU POŁUDNIE, co nadal w znacznym zakresie przekracza wymagane przez zamawiającego minimum dla spełnienia przedmiotowego warunku. Konkludując tak wyartykułowane wyjaśnienia Konsorcjum wskazało, że usługi opisane w Wykazie realizowane były w całości przez wykonawcę tj. FCC Polska Sp. z o.o. oraz MPGK Sp. z o.o. w Zabrzu, przy czym udział w realizacji tychże usług przez FCC Polska wynosił średnio około 10%, podczas gdy udział MPGK Sp. z o.o. wynosił średnio około 90%, a także, że MPGK Sp. z o.o. w Zabrzu faktycznie zrealizował obydwie z usług określonych w Wykazie w zakresie określonym w punkcie V.4 1) SIWZ tj. na rzecz co najmniej 50 000 mieszkańców usługę odbioru odpadów komunalnych w sposób ciągły przez co najmniej 12 miesięcy. Na podstawie przedłożonych wyjaśnień, zamawiający dnia 6 listopada 2020 r. dokonał wyboru oferty Konsorcjum uznając ją za najkorzystniejszą i wskazując, iż wykonawca nie podlega wykluczeniu, a oferta Konsorcjum nie podlega odrzuceniu. Odwołujący nie zgodził się z działaniem zamawiającego. W ocenie odwołującego w powyższym zakresie przedłożona referencja w rzeczywistości nie potwierdziła spełnienia przez Konsorcjum warunków udziału określonych w Części V pkt 4 ppkt 1) SIWZ, co więcej przedłożone w trybie wezwania z art. 26 ust. 4 Pzp wyjaśnienia nie wyjaśniły w żadnym zakresie wątpliwości dotyczących warunków udziału w postępowaniu. Sam wykonawca jakim jest Konsorcjum w swych wyjaśnieniach jest niekonsekwentne. Najpierw wskazuje, iż spełnia warunek udziału w postępowaniu jako Konsorcjum, a następnie z „ostrożności” próbuje dowieść, iż wykonawcą który spełnił wymagania jest jedynie członek konsorcjum – MPGK Sp. z o.o. Brak spójności złożonych wyjaśnień winien wzbudzić już wątpliwości zamawiającego, co jednak się nie wydarzyło. Odwołujący bezwzględnie wskazał, iż zamawiający, formułując warunki udziału w postępowaniu, zobowiązany jest uczynić to w sposób jasny i precyzyjny, tak, aby wykonawcy weryfikujący czy są w stanie spełnić warunki i złożyć ofertę w postępowaniu, nie mieli trudności z odczytaniem wymogów Zamawiającego, a także, aby na etapie badania i oceny ofert ograniczyć pole ewentualnych niejasności i nieporozumień. Następstwem ustalenia przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu, jest konieczność wskazania jakie środki dowodowe, w postaci oświadczeń i dokumentów, należy złożyć w celu wykazania spełnienia określonego warunku. W niniejszym postępowaniu zamawiający opisał te warunki bardzo precyzyjnie.

Odwołujący wskazał, iż z referencji z dnia 4 września 2020 r. wynikało, że wskazana w nich usługa była realizowana przez FCC Polska sp. z o.o. działające w ramach konsorcjum z MPGK sp. z o.o. oraz z FCC Lubliniec sp. z o.o. Jednocześnie z treści powyższego dokumentu nie wynikało, jaka część usługi była realizowana przez FCC Polska sp. z o.o., a jaka część przez MPGK sp. z o.o. Powyższe rozróżnienie jest o tyle istotne, że zgodnie z aktualnie obowiązującym orzecznictwem realizacja usługi przez członków konsorcjum, pozwala im na uzyskanie doświadczenia przy wykonywaniu umowy w takim zakresie w jakim realnie dany członek konsorcjum (za pośrednictwem swoich pracowników) wykonuje określoną usługę.

W związku z powyższym, w celu wykazania spełnienia warunków udziału, nie jest dopuszczalne posługiwanie się referencjami wystawionymi na rzecz Konsorcjum bez sprecyzowania w jakim zakresie każdy z członków realizował przedmiot zamówienia. Działając w sprzeczności z powyższą regułą Konsorcjum przedstawiło referencje z dnia 4 września 2020 r., a z dokumentu tego nie wynika zakres prac realnie wykonanych wyłącznie przez FCC Polska sp. z o.o. czy też przez MPGK sp. z o.o. Z powyższej referencji nie wynika także, czy w realizacji usługi odbioru odpadów brali udział podwykonawcy.

W konsekwencji zamawiający pozostał zobowiązany w zakresie konieczności przeprowadzenia jednoznacznych wyjaśnień równolegle przeprowadzanych z wykonawcą – Konsorcjum jak i bezpośrednio z usługodawcą tego zadania, zgodnie z regulacjami § 2 ust. 6 rozporządzenia zwrócić się do Gminy Zabrze celem ustalenia zakresu wykonania usługi odbierania odpadów komunalnych przez poszczególnych konsorcjantów, co w konsekwencji dopiero pozwoli zamawiającemu na ocenę czy wymagana usługa od co najmniej 50 000 mieszkańców w sposób ciągły przez okres 12 miesięcy została zrealizowana przez MPGK sp. z o.o., na co wskazywało treścią wyjaśnień z dnia 4 listopada 2020 r. Konsorcjum. Jak wyjaśnił odwołujący odnośnie nabywania przez członka konsorcjum doświadczenia jedynie w zakresie, w którym rzeczywiście zrealizował prace w ramach konsorcjum Izba podkreślała wielokrotnie, że istotne w tym względzie jest doświadczenie realnie nabyte przez członka konsorcjum. W związku z powyższym, w celu wykazania spełnienia warunków udziału, nie jest dopuszczalne posługiwanie się referencjami wystawionymi na rzecz konsorcjum bez sprecyzowania w jakim zakresie taki członek konsorcjum realizował przedmiot zamówienia. Co więcej Izba wyraźnie zaznaczała, że tego rodzaju przesłanka nie może być przedmiotem dowodzenia (procedowania) przed KIO, a jedynie może być ustalana w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Mając na uwadze okoliczności sprawy, zamawiający dopuścił się naruszenia ww. przepisu rozporządzenia ze względu na zaniechanie skorzystania z jego dyspozycji, podczas gdy wątpliwości dotyczące przedłożonego przez Konsorcjum Wykazu usług oraz referencji są tak daleko idące, że dokonanie takiej czynności było wręcz konieczne. Tymczasem zamawiający w przedmiotowej sprawie wolał opierać się wyłącznie na oświadczeniach uzyskiwanych bezpośrednio od Konsorcjum, przez co dopuścił się m.in. naruszenia § 2 ust. 6 cytowanego powyżej rozporządzenia.

Odwołujący wskazał, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w oparciu o przepisy Pzp jest postępowaniem bardzo sformalizowanym. Zamawiający jest zatem związany procedurami obowiązującymi w przepisach Pzp. Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia zgodnie ze swoimi wymaganiami, wykonawca ma natomiast obowiązek sprostać wymaganiom zamawiającego lub nie składać oferty w postępowaniu. Odwołujący zaznaczył, że wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia w postępowaniu są związani treścią SIWZ. Jednocześnie podkreślił, iż również zamawiający jest zobowiązany do prowadzenia postępowania zgodnie z ustalonymi w postanowieniach SIWZ zasadami. Treść przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, nie pozostawia wątpliwości, iż skoro Konsorcjum nie potwierdziło spełnienia warunków udziału w postępowaniu, powinno zostać z tego postępowania wykluczone.

W ocenie odwołującego warunek udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia, o którym mowa w art. 22 ust. 1b pkt 3 Pzp, odnosi się do rzeczywistego zrealizowania przez wykonawcę części lub całości zamówienia. W związku z tym, członek konsorcjum nabywa wyłącznie doświadczenie związane z zakresem prac jakie wykonywał samodzielnie albo przy pomocy podwykonawców, nie nabywa jednak doświadczenia odnośnie prac wykonanych przez innych konsorcjantów. Przyjęcie odmiennego poglądu, prowadziłoby do zaaprobowania fikcji, polegającej po pierwsze na wniosku, że wykonanie w ramach konsorcjum znikomej części zamówienia skutkuje nabyciem doświadczenia odnoszącego się do pełnego zakresu jego realizacji. Po drugie, wielokrotnianiem doświadczenia. Po trzecie, ograniczeniem zainteresowania większych wykonawców w tworzeniu konsorcjów z mniejszymi podmiotami (wykonawcy posiadający większe doświadczenie nie będą bowiem zainteresowani kreowaniem sobie na przyszłość konkurencji ze strony wykonawców o mniejszym potencjale w wyniku jednorazowej współpracy z nimi w ramach konsorcjów), bądź też

przeciwnie, tworzeniu „fikcyjnych” konsorcjów z mniejszymi wykonawcami tylko po to, aby umożliwić tym ostatnim „nabycie” doświadczenia umożliwiającego im w przyszłości samodzielne ubieganie się o kolejne zamówienia. Wreszcie, przyjęcie wniosku, że podmiot, który zrealizował tylko część zamówienia w ramach konsorcjum ma takie samo doświadczenie jak podmiot, który zrealizował podobne zamówienie samodzielnie lub z udziałem podwykonawców, skutkowałoby nierównym traktowaniem wykonawców. Naruszeniem zasady równego traktowania jest bowiem traktowanie identyczne dwóch diametralnie różnych sytuacji.

Mając na uwadze powyższe odwołujący uznał, że zamawiający oceniając potencjał zawodowy wykonawców powinien badać jaki zakres prac został rzeczywiście wykonany przez danego wykonawcę w ramach Konsorcjum, a w przypadku braku takich danych w treści referencji – ma obowiązek zwrócić się do wykonawcy o złożenie wyjaśnień co do zakresu rzeczywiście wykonanych prac w trybie art. 26 ust. 4 Pzp. Co więcej, co wskazywano już powyżej zamawiający może skorzystać z uprawnienia do wystąpienia do podmiotu, który wystawił takie referencje, z wnioskiem o przekazanie mu niezbędnych informacji dotyczących realizacji umowy, odnoszących się do zakresu i rodzaju prac wykonywanych przez poszczególnych członków konsorcjum. Jednakże, stosując tryb przewidziany w § 2 ust. 6 rozporządzenia zamawiający powinien pamiętać, że zgodnie z art. 9 ust. 1 Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem wyjątków określonych w ustawie, prowadzi się z zachowaniem formy pisemnej. Prezentowane stanowisko znajduje odzwierciedlenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, które ukształtowało przeważająca linia orzecznicza Krajowej Izby Odwoławczej uznającą, że zamawiający powinien poddać badaniu i ustalić realny udział wykonawcy przy realizacji zamówienia, na które powołuje się w celu wykazania spełnienia warunku dotyczącego potencjału technicznego i zawodowego, a które wykonała grupa wykonawców (Konsorcjum), której był członkiem. Należy bowiem stwierdzić, iż zasada równego traktowania wykonawców wymaga, aby uznawać doświadczenie zdobyte przez wykonawcę w ramach konsorcjum jedynie w zakresie jego faktycznego wkładu w realizację przedsięwzięcia. Zatem, jeżeli w treści przedłożonych na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 lub 2 Pzp dokumentów nie zawarto informacji o zakresie prac faktycznie wykonanych przez wykonawcę, który zamówienie realizował wraz z innymi wykonawcami w formie Konsorcjum, to zamawiający był zobligowany do wezwania tego wykonawcy do wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp. W sytuacji faktycznej wyjaśnienia Konsorcjum złożone w wyniku wezwania na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp nie mogły wyjaśnić wątpliwości zamawiającego. Uznanie za wystarczające oświadczenie Konsorcjum, iż w toku realizacji referencyjnej usługi członek Konsorcjum – MP GK Sp. z o.o. realizowało ok. 90% zakresu usługi, a FCC Polska Sp. z o.o. ok. 10%, za to członek konsorcjum powołanego do realizacji usługi na rzecz Gminy Zabrze FCC Lubliniec sp. z o.o. nie realizowało w ogóle usługi jest rażącym naruszeniem przepisów Pzp. Poza tym wyjaśnieniami tymi w żaden sposób nie uprawdopodobniono nawet, iż usługa świadczona rzekomo przez MP GK Sp. z o.o. była realizowana w sposób ciągły przez okres 12 miesięcy. Powoływana bowiem analiza rozliczeń konsorcjantów w ramach usługi realizowanej na rzecz Gminy Zabrze mogłaby nawet zakładać ok. 90% udział w wynagrodzeniu za usługę ale nie wyklucza to sytuacji gdy usługa jest świadczona nawet w 100% przez kilka miesięcy, a następnie następuje tylko 10% udział w świadczeniu usługi bądź zupełny jej brak przez miesiąc. Wymóg w zakresie ciągłości tejże usługi w zakresie co najmniej 50 000 miesięcy będzie zatem nieosiągnięty.

Odwołujący wskazał, że Konsorcjum powołuje się w treści wyjaśnień z dnia 4 listopada 2020 r. na analizy rozliczeń pomiędzy członkami Konsorcjum powołanego do realizacji usług na rzecz Gminy Zabrze, jednakże nie przedkłada żadnych dowodów celem wykazania tej okoliczności. Dysponując przecież rozliczeniami w postaci faktur VAT pomiędzy członkami Konsorcjum, protokołami odbioru usługi czy wręcz samą umową konsorcjum nie popiera swoich oświadczeń żadnymi z ww. dokumentów czyniąc swe oświadczenia niezwyfikowanymi. Poprzestając na lakonicznym oświadczeniu nie wykazuje faktu spełnienia warunku udziału w postępowaniu objętym niniejszym odwołaniem, a przecież zgodnie z przepisami Pzp warunek się „nie udowadnia”, tylko właśnie „wykazuje” (vide: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 maja 2020 r. KIO 457/20).

Poza tym odwołujący wyjaśnił, że należy mieć na uwadze okoliczność, iż każdy z członków Konsorcjum to profesjonalny podmiot na rynku gospodarki odpadami. Członkowie Konsorcjum należą do grupy FCC, która sama opisuje swoje doświadczenie w taki sposób: *FCC należy do grona największych firm świadczących kompleksowe usługi z zakresu ochrony środowiska. Działalność prowadzi przede wszystkim na terenie Polski południowej obsługując w zakresie odbioru odpadów komunalnych ok. 800.000 mieszkańców w 40 gminach oraz reszcie klientów przemysłowych i komercyjnych reprezentowanych przez uznane na polskim rynku marki.* (<https://www.fcc-sroup.eu/vl/volska/o-firmie/faktv-i-Uczhv.html>). Trudno zatem uznać, iż brak przedłożenia dowodów na potwierdzenie swoich oświadczeń wynika z niewiedzy, wręcz przeciwnie świadczyć może tylko i wyłącznie o celowym działaniu. Grupa FCC sama o sobie pisze, iż obsługuje 40 gmin i odbiera odpady od ok. 800 000 mieszkańców, czyli dokonując tak samo jak Konsorcjum wyliczenia niewskazanego żadnymi dowodami można założyć, że odbiera odpady od ok. 20 000 mieszkańców na gminę. Może zatem polityka grupy FCC skupiona jest na obsłudze mniejszych gmin, stąd konieczność występowania w postępowaniach o tak dużej liczbie mieszkańców jak np. w Gminie Zabrze czy Gminie Bytom podmiotów z grupy FCC w ramach konsorcjów. Umyka jednakże Konsorcjum, że referencje udzielone w ramach konsorcjum będą podzielone pomiędzy członków konsorcjum proporcjonalnie do zakresu faktycznie świadczonej przez jej członków usługi.

Zdaniem odwołującego pamiętać należy, że aby wykonawca mógł się legitymować stosownym doświadczeniem w realizacji zamówienia, na które się powołuje, winien w sposób jednoznaczny wykazać, że takie zamówienie, lub jego część faktycznie realizował. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jest postępowaniem sformalizowanym, dlatego to na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania faktów, z których wywodzi określone skutki oraz przedstawienie dowodów na powoływane okoliczności. W okolicznościach faktycznych, Konsorcjum nie wykazało, iż spełnia warunki stawiane przez zamawiającego w zakresie posiadanego doświadczenia. Brzmienie art. 24 ust 1 pkt 12 Pzp akcentuje fakt wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a nie samo spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Wykluczenie może zatem mieć miejsce w odniesieniu do wykonawcy, który w istocie spełnia opisany przez zamawiającego warunek udziału w postępowaniu, jednak tego formalnie nie wykazał w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Nie biorąc nawet pod uwagę udziału któregośkolwiek z członków Konsorcjum, nawet znaczącego, w wykonywaniu usług na rzecz Gminy Zabrze, zamawiający pomimo wynikającego z procedury faktu ponownego złożenia dokumentów i wyjaśnień na potwierdzenie spełnienia wymaganego warunku udziału w postępowaniu, nie otrzymał takiego potwierdzenia. W konsekwencji bezwzględnie winien stwierdzić, że wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu i nie wykazał braku podstaw do wykluczenia. Zamawiający prawidłowo zwrócił się z wezwaniem z dnia 30 października 2020 r., a zwracanie się kolejny raz do uzupełnienia przedłożonego wykazu usług naruszałoby zasadę z art. 7 ust: 1 Pzp.

W związku z powyższymi zarzutami odwołujący wskazał, że wybór jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum był niedopuszczalny i został dokonany wbrew przepisom Pzp i w sposób naruszający zasady równego traktowania

wykonawców i uczciwej konkurencji, ponieważ wszystkie wymienione w niniejszym odwołaniu argumenty przesądzą o zasadności podniesionych zarzutów, a tym samym skutkują koniecznością wykluczenia Konsorcjum na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp. Wybór najkorzystniejszej oferty jest bowiem związany z koniecznością prawidłowego przeprowadzenia badania i oceny ofert, a tym samym z obowiązkiem dokonania przez zamawiającego odrzucenia ofert i wykluczenia wykonawców wobec ziszczenia się ustawowych przesłanek do podjęcia takich czynności.

Ponadto – jak wyjaśnił odwołujący – wybór oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej jest równoznaczny z niespełnieniem wymogu opisanego w art. 91 ust. 1 Pzp tj. *wyboru oferty najkorzystniejszej* w postępowaniu, gdyż oferta najkorzystniejsza została wniesiona przez wykonawcę, który powinien podlegać wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: FCC Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrzu oraz Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrzu.

Zamawiający w dniu 2 grudnia 2020 r. złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania oraz przedstawił uzasadnienie dla tego wniosku.

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego, wykonawca zgłaszający przystąpienie złożył pismo procesowe, zawierające wniosek o oddalenie odwołania oraz argumentację w tym zakresie.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, złożonych dowodów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba uznała, że odwołujący spełnił określone w art. 179 ust. 1 Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na utracie możliwości uzyskania zamówienia. Nie została wypełniona także żadna z przesłanek ustawowych wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Skład orzekający stwierdził, że zgłoszone przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego spełniało wymogi wynikające z art. 185 ust. 2 i 3 Pzp. W związku z tym Izba dopuściła jako uczestnika postępowania odwoławczego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: FCC Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrzu oraz Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrzu (zwanych dalej: „przystępującym” lub nadal: „Konsorcjum”).

Izba dopuściła w przedmiotowej sprawie dowody z:

1) dokumentacji przekazanej w postaci elektronicznej zapisanej na płycie DVD, przesłanej do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 20 listopada 2020 r., w tym w szczególności z treści:

- SIWZ wraz z załącznikami;
- oferty złożonej przez przystępującego zawierającej m. in. trzy pełnomocnictwa z dnia 1 października 2020 r. tj. od członka konsorcjum dla lidera konsorcjum, od członka konsorcjum dla pani M.K. i od lidera konsorcjum dla pani M.K.;
- gwarancji bankowej Nr GW/005792/20 z dnia 7 października 2020 r. złożonej przez przystępującego wraz z ofertą;
- wezwania z dnia 16 października 2020 r. skierowanego do przystępującego na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp oraz cz. VI pkt 12 SIWZ;
- dokumentów i oświadczeń złożonych przez przystępującego w odpowiedzi na powyższe wezwanie w tym przede wszystkim wykazu usług oraz poświadczenia wykonania usługi w ramach umowy nr CRU/954/2017 oraz CRU/955/2017 wystawionego w dniu 4 września 2020 r. przez Prezydenta Miasta Zabrza;
- wezwania z dnia 30 października 2020 r. skierowanego do przystępującego na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp;
- pisma przystępującego z dnia 4 listopada 2020 r. stanowiącego odpowiedź na powyższe wezwanie wraz z załącznikiem;

2) złożonych na rozprawie przez przystępującego:

- umowy konsorcjum z 1 października 2020 r.;
- trzech przykładowych formularzy ofertowych oraz gwarancji składanych przez przystępującego w innych postępowaniach;
- oświadczenia gwaranta z 25 listopada 2020 r.;
- trzech plików faktur dotyczących realizacji zamówienia dla Miasta Zabrza obejmujących: zestawienie przychodów i kosztów w latach 2018-2019 z informacją o przychodach oraz dwa pliki stanowiące wydruki faktur wystawionych przez partnera na rzecz lidera w zakresie przychodów i kosztów w latach 2018-2019.

Izba ustaliła co następuje

Konsorcjum złożyło wraz z ofertą następujące pełnomocnictwa:

- pełnomocnictwo z dnia 1 października 2020 r., na mocy którego Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrzu działając jako członek konsorcjum udzielił liderowi konsorcjum – FCC Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrzu, do reprezentowania Konsorcjum *we wszystkich sprawach związanych z udzieleniem zamówienia oraz do dokonywania w imieniu i na rzecz Konsorcjum a także każdego z członków Konsorcjum z osobna, wszelkich czynności związanych z udziałem w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia, w szczególności do:*
 - podpisania i złożenia w imieniu Konsorcjum oferty (wraz z załącznikami) przedstawianej Zamawiającemu,
 - podpisania i złożenia wszelkich oświadczeń woli i wiedzy niezbędnych w postępowaniu,
 - potwierdzania za zgodność z oryginałem wszelkich dokumentów składanych przez Konsorcjum w związku z postępowaniem o udzielenie Zamówienia,
 - składania w postępowaniu o udzielenie Zamówienia wszelkiego rodzaju dokumentów, wyjaśnień i odpowiedzi dotyczących udziału w przedmiotowym postępowaniu,
 - uzyskiwania od Zamawiającego wszelkiego rodzaju dokumentów, wyjaśnień i odpowiedzi związanych z prowadzonym postępowaniem o udzielenie Zamówienia,
 - podpisania umowy oraz ewentualnych zmian umowy w formie pisemnych aneksów w imieniu Konsorcjum, w przypadku

wyboru złożonej oferty jako najkorzystniejszej w postępowaniu

- wnoszenia w imieniu Konsorcjum środków ochrony prawnej, o których mowa w Dziale VI ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przedmiotowe pełnomocnictwo upoważnia do udzielania dalszych pełnomocnictw w powyższym zakresie;

- pełnomocnictwo z dnia 1 października 2020 r., na mocy którego FCC Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrzu w związku z ubieganiem się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, udzieliła pani M.K. pełnomocnictwa do reprezentowania FCC w niniejszym postępowaniu. Pełnomocnictwo obejmuje w szczególności umocowanie do reprezentowania FCC w niżej wyszczególnionych sprawach związanych z Postępowaniem o udzielenie zamówienia oraz do dokonywania w imieniu FCC wszelkich czynności związanych z udziałem w Postępowaniu, tj.:

- Podpisania i złożenia oferty wraz z załącznikami Zamawiającemu,
- Podpisania i złożenia oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu (w tym JEDZ),
- Podpisania i złożenia oświadczeń o przynależności bądź braku przynależności do grupy kapitałowej,
- Podpisywania i składania wszelkich oświadczeń woli i wiedzy,
- Podpisania i złożenia oświadczeń o braku przesłanek wykluczenia, a także innych oświadczeń woli i wiedzy niezbędnych w toku przedmiotowego postępowania
- Potwierdzenia za zgodność z oryginałem wszystkich dokumentów w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia,
- Podpisywania i składania w postępowaniu o udzielenie Zamówienia wszelkiego rodzaju dokumentów, wyjaśnień i odpowiedzi dotyczących udziału w przedmiotowym postępowaniu,
- Uzyskiwaniu od Zamawiającego wszelkiego rodzaju dokumentów, wyjaśnień i odpowiedzi związanych z prowadzonym postępowaniem o udzielenie Zamówienia;

- pełnomocnictwo z dnia 1 października 2020 r., na mocy którego Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrzu w związku z ubieganiem się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, udzieliło pani M.K. pełnomocnictwa do reprezentowania MPGK w niniejszym postępowaniu. Pełnomocnictwo obejmuje w szczególności umocowanie do reprezentowania MPGK w niżej wyszczególnionych sprawach związanych z Postępowaniem o udzielenie zamówienia oraz do dokonywania w imieniu MPGK wszelkich czynności związanych z udziałem w Postępowaniu, tj.:

- Podpisania i złożenia oferty wraz z załącznikami Zamawiającemu,
- Podpisania i złożenia oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu (w tym JEDZ),
- Podpisania i złożenia oświadczeń o przynależności bądź braku przynależności do grupy kapitałowej,
- Podpisywania i składania wszelkich oświadczeń woli i wiedzy,
- Podpisania i złożenia oświadczeń o braku przesłanek wykluczenia, a także innych oświadczeń woli i wiedzy niezbędnych w toku przedmiotowego postępowania
- Potwierdzenia za zgodność z oryginałem wszystkich dokumentów w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia,
- Podpisywania i składania w postępowaniu o udzielenie Zamówienia wszelkiego rodzaju dokumentów, wyjaśnień i odpowiedzi dotyczących udziału w przedmiotowym postępowaniu,
- Uzyskiwaniu od Zamawiającego wszelkiego rodzaju dokumentów, wyjaśnień i odpowiedzi związanych z prowadzonym postępowaniem o udzielenie Zamówienia.

W części VIII SIWZ zamawiający opisał wymagania dotyczące wadium. Zgodnie z pkt 1 ww. części wykonawca powinien wnieść wadium w wysokości 800 000,00 zł. W pkt 4 zamawiający określił, że w przypadku wniesienia wadium przez na rzecz wykonawcy przez inny podmiot należy wskazać na rzecz jakiego wykonawcy wnoszone jest wadium.

Szczegółowe uregulowania dotyczące wadium złożonego w formie gwarancji zostały podane w pkt 9, w którym wskazano, że wadium przekazywane w takiej formie powinno:

- a. być wystawione na Gminę Bytom reprezentowaną przez Prezydenta z siedzibą w Urzędzie Miejskim w Bytomiu, ul. Parkowa 2, 41-902 Bytom
- b. zawierać w swej treści oświadczenie gwaranta (poręczyciela), w którym zobowiązuje się on do bezwarunkowej wypłaty kwoty wadium na pierwsze żądanie zamawiającego w przypadku zaistnienia co najmniej jednej z przesłanek wymienionych w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp
- c. mieć okres ważności nie krótszy niż okres związania ofertą
- d. zawierać informację, jakiego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dotyczy (tytuł postępowania, numer sprawy lub numer i data ogłoszenia o zamówieniu)

Przystępując wraz z ofertą złożył gwarancję bankową Nr GW/005792/20 z dnia 7 października 2020 r. wystawioną przez BNP Paribas S.A. Gwarancja została wystawiona dla Gminy Bytom reprezentowanej przez Prezydenta z siedzibą w Urzędzie Miejskim w Bytomiu, ul. Parkowa 2, 41-902 Bytom (zwanego: Beneficjentem). W treści gwarancji zawarta została informacja, iż wystawca gwarancji został poinformowany, że **FCC POLSKA SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ**, z siedzibą: UL. LECHA 10, 41-800 ZABRZE **Wykonawca**), ma zamiar złożyć ofertę w ogłoszonym przez Beneficjenta przetargu, którego przedmiotem jest: "Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie miasta Bytom". Znak sprawy: PA.271.1.20.2020.

Mając na uwadze powyższe, bezwarunkowo i nieodwołalnie zobowiązujemy się wobec Beneficjenta do zapłaty sumy gwarancyjnej do kwoty **800 000,00 PLN** (słownie: **osiemset tysięcy złotych, 00/100**) na pierwsze żądanie Beneficjenta skierowane do Banku, zawierające oświadczenie, że zaistniała którakolwiek z przesłanek określonych w art. 46 ust. 4a lub ust. 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 Prawo zamówień publicznych („**Ustawa PZP**”) tj. gdy:

1. Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a Ustawy PZP, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Ustawy PZP, oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1 Ustawy PZP, pełnomocnictw lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy PZP, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez Wykonawcę jako najkorzystniejszej,

2. Wykonawca, którego oferta została wybrana:

- a) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie,
- b) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy,
- c) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, wraz ze wskazaniem, która konkretnie z nich zaistniała.

W części V pkt 4 ppkt 1) SIWZ zamawiający postawił warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej, w którym wymagał, aby wykonawca wykazał, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonał lub wykonuje usługę odbierania odpadów komunalnych, w ramach jednej umowy, od co najmniej 50 000 mieszkańców,

wykonaną lub wykonywaną w sposób ciągły przez okres minimum 12 miesięcy. W przypadku usług wykonywanych, zamawiający wskazał, że uzna spełnienie warunku, jeżeli wykonawca wykaże, że zakres wykonanej usługi odpowiada niniejszemu warunkowi. Ponadto zamawiający wskazał, że przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ww. warunek zostanie spełniony, jeżeli co najmniej jeden z wykonawców potwierdzi spełnienie warunku w całości.

Pismem z dnia 16 października 2020 r. zamawiający wezwał przystępującego na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp oraz cz. VI pkt 12 SIWZ do złożenia m. in. dokumentów w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Konsorcjum złożyło wraz z pismem z dnia 23 października 2020 r., na potwierdzenie spełnienia ww. warunku: wykaz usług oraz poświadczenie wykonania usługi w ramach umowy nr CRU/954/2017 oraz CRU/955/2017 wystawione w dniu 4 września 2020 r. przez Prezydenta Miasta Zabrze.

W wykazie usług przystępujący podał dwie usługi:

- na *Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości położonych na terenie miasta Zabrze – Zadanie I, obszar Północ* realizowaną w okresie od 1 kwietnia 2017 r. do 31 marca 2020 r., na rzecz Miasta Zabrze. Ilość mieszkańców od których odbierano odpady w ramach jednej umowy została wskazana na 87 942 osób (ilość mieszkańców stan na 31 grudnia 2019 r.);

- na *Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości położonych na terenie miasta Zabrze – Zadanie II, obszar Południe* realizowaną w okresie od 1 kwietnia 2017 r. do 31 marca 2020 r., na rzecz Miasta Zabrze. Ilość mieszkańców od których odbierano odpady w ramach jednej umowy została wskazana na 68 840 osób (ilość mieszkańców stan na 31 grudnia 2019 r.).

W poświadczeniu wykonania usługi w ramach umowy nr CRU/954/2017 oraz CRU/955/2017 wystawionym w dniu 4 września 2020 r. przez Prezydenta Miasta Zabrze wskazano, iż ww. usługi realizowane były przez Konsorcjum składające się z trzech Firm:

1) FCC Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrzu

2) Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrzu

3) FCC Lubliniec Sp. z o.o. z siedzibą w Lublińcu

dla ZADANIA I - OBSZAR PÓŁNOC (umowa CRU/954/2017) oraz ZADANIA II - OBSZAR POŁUDNIE (ur. CRU/955/2017).

Zamawiający pismem z dnia 30 października 2020 r. wezwał przystępującego w trybie art. 26 ust. 4 Pzp do złożenia następujących wyjaśnień:

1) *jaki był zakres czynności wykonywanych przez poszczególnych konsorcjantów w ramach realizacji usług wskazanych w Wykazie ?*

2) *który z konsorcjantów (FCC Polska Sp. z o.o. czy MPGK Sp. z o.o.) faktycznie zrealizował co najmniej jedną usługę, którą, z wykazanych w Wykazie usług ? tj. czy faktycznie realizował na rzecz co najmniej 50 000 mieszkańców usługę odbioru odpadów komunalnych w sposób ciągły przez co najmniej 12 miesięcy*

Przystępujący przekazał wyjaśnienia pismem z dnia 4 listopada 2020 r. W przedmiotowym piśmie opisał swoją argumentację, którą następująco zreasumował:

Ad. 1 Usługi wskazane w Wykazie realizowane były w całości przez Wykonawcę tj. FCC Polska Sp. z o.o. oraz MPGK Sp. z o.o. w Zabrzu, przy czym udział w realizacji tychże usług przez FCC Polska wynosił średnio około 10%, podczas gdy udział MPGK Sp. z o.o. wynosił średnio około 90 %.

Ad. 2 MPGK Sp. z o.o. w Zabrzu faktycznie zrealizował obydwie z usług określonych w Wykazie w zakresie określonym w punkcie V.4 1) SIWZ tj. na rzecz co najmniej 50 000 mieszkańców usługę odbioru odpadów komunalnych w sposób ciągły przez co najmniej 12 miesięcy.

Pismem z dnia 6 listopada 2020 r. zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu. Jako najkorzystniejsza została wybrana oferta przystępującego.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 7 ust. 1 Pzp – *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości;*

- art. 7 ust. 3 Pzp – *Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy;*

- art. 26 ust. 3a Pzp – *Jeżeli wykonawca nie złożył wymaganych pełnomocnictw albo złożył wadliwe pełnomocnictwa, zamawiający wzywa do ich złożenia w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania;*

- art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, jeżeli zamawiający żądał wniesienia wadium;*

- art. 23 ust. 1 Pzp – *Wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia;*

- art. 23 ust. 3 Pzp – *Przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców, o których mowa w ust. 1;*

- art. 45 ust. 6 pkt 3 Pzp – *Wadium może być wnoszone w jednej lub kilku następujących formach: (...) gwarancjach bankowych;*

- art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp – *Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia;*

- art. 22 ust. 1b pkt 3 Pzp – *Warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć zdolności technicznej lub zawodowej;*

- art. 91 ust. 1 Pzp – *Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia;*

- art. 26 ust. 1 Pzp – *Zamawiający przed udzieleniem zamówienia, którego wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1. Przepisu zdania pierwszego nie stosuje się do udzielania zamówień w przypadkach, o których mowa w art. 101a ust. 1 pkt 1 lub pkt 2 lit. a;*

- § 2 ust. 6 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1282) – *Jeżeli wykaz, oświadczenia lub inne złożone przez wykonawcę dokumenty budzą wątpliwości zamawiającego, może on zwrócić się bezpośrednio do właściwego podmiotu, na rzecz którego roboty budowlane, dostawy lub usługi były wykonane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, o dodatkowe informacje lub dokumenty w tym zakresie.*

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Zarzut podniesiony w pkt 1 *petitum* odwołania sprowadzał się w istocie do stwierdzenia, że osoba podpisująca ofertę przystępującego nie była odpowiednio umocowana, ponieważ pełnomocnictwo udzielone przez FCC Polska Sp. z o.o. pani M.K. nie zostało udzielone w granicach umocowania tej spółki do reprezentowania Konsorcjum. Odwołujący uzasadnił swój zarzut faktem dysponowania przez pełnomocnika (panią M.K.) dwoma odrębnymi dokumentami pełnomocnictwa wystawionymi niezależnie przez obu konsorcjantów.

Jak słusznie zwrócili uwagę zarówno zamawiający jak i przystępujący termin „konsorcjum” jest zwyczajowym, potocznym określeniem dwóch lub więcej podmiotów ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia publicznego, które nie tworzą żadnego osobnego podmiotu posiadającego osobowość prawną. Stąd określenia „reprezentowanie Konsorcjum” lub „działanie w imieniu Konsorcjum” mogą być traktowane jedynie jako pewne skróty myślowe określające reprezentowanie i działanie w imieniu podmiotów tworzących dane konsorcjum, na podstawie łączących pełnomocnika ze wszystkimi członkami konsorcjum stosunków pełnomocnictw.

Zgodnie z art. 23 ust. 2 Pzp wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. W ocenie składu orzekającego, użytego w przepisie terminu *ustanawiają* nie należy utożsamiać z czynnością udzielania pełnomocnictwa, ale należy rozumieć go szerzej, jako poinformowanie zamawiającego, kto jest *pełnomocnikiem Konsorcjum* i wykazanie mu, iż jest uprawniony do działania w imieniu wszystkich wykonawców wchodzących w skład tego konsorcjum. Takie wykazanie będzie oczywiście najczęściej dokonywało się przez przedłożenie stosownych dokumentów udzielonych pełnomocnikowi.

Ponadto przepis art. 23 ust. 2 Pzp stanowiący o obowiązku ustanowienia pełnomocnika, nie ogranicza prawa wykonawców występujących wspólnie do ustanowienia więcej niż jednego pełnomocnika, o ile tylko zostanie spełniony wymóg minimalnego zakresu pełnomocnictwa wskazany w przepisie. Użycie liczby pojedynczej (*ustanawiają pełnomocnika*) wskazuje jedynie na minimalny zakres obowiązku, a ustanowienie kilku pełnomocników nie uchybia obowiązkowi powołania pełnomocnika. Ponadto wykonawcy ubiegający się wspólnie o udzielenie zamówienia, ustanawiając pełnomocnika, nie wyzbywają się prawa do osobistego działania.

Dodatkowo należy stwierdzić, że pełnomocnictwo jest oświadczeniem woli mocodawcy, które podlega wykładni w oparciu o dyrektywy oświadczeń woli sformułowane w art. 65 k.c. W związku z tym w tym przypadku należało badać jaki był zamiar i cel mocodawcy. Tym celem i zamiarem było niewątpliwie upoważnienie dla pani M.K. do złożenia oferty w imieniu i na rzecz obu wykonawców ubiegających się wspólnie o zamówienie.

W związku z tym Izba stwierdziła, że zamawiający słusznie uznał, iż oferta złożona przez przystępującego, została podpisana przez prawidłowo umocowanego pełnomocnika. Wykonawcy ustanowili i wskazali zamawiającemu kto jest „pełnomocnikiem Konsorcjum” (jest to FCC Polska Sp. z o.o.). Jednocześnie złożyli wspólną ofertę działając przez innego pełnomocnika (osobę fizyczną) – pełnomocnika prawidłowo umocowanego przez każdego z nich odrębnie.

Jedynie na marginesie należy wskazać, że skład orzekający przyjmując argumentację przystępującego, uznał za okoliczność oczywistą, iż pełnomocnictwa dla pani M.K. były pełnomocnictwami rodzajowym do reprezentowania danych podmiotów w określonym postępowaniu, które wymieniały dodatkowo przykładowe, szczególne czynności, które w ramach powyższego mógł wykonywać pełnomocnik – co też dokładnie, w zakresie i w myśl tych umocowań, pani M.K. uczyniła reprezentując obu wykonawców. W szczególności w tekście udzielanych przez obu członków Konsorcjum pełnomocnictw brak było jakichkolwiek ograniczeń i warunków, co do zakresu tej reprezentacji.

W związku z powyższym każda dopuszczalna i sensowna interpretacja przedłożonych pełnomocnictw prowadziła do wniosku, iż oferta oraz dokumenty zostały w tym przypadku podpisane przez osobę należycie umocowaną do działania w imieniu obu wykonawców tworzących konsorcjum. Tym samym Izba oddaliła zarzut naruszenia art 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 26 ust. 3a Pzp przez zaniechanie czynności wezwania Konsorcjum do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3a Pzp wymaganych pełnomocnictw tj.: pełnomocnictwa dla osoby, która podpisała ofertę złożoną przez Konsorcjum.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego wadium za punkt wyjścia do jego rozpoznania skład orzekający przyjął argumentację podaną przez Sąd Najwyższy w wyroku z 15 lutego 2018 r. o sygn. IV CSK 86/171. Przedmiotowy wyrok odnosił się co prawda do gwarancji ubezpieczeniowej a nie bankowej, jednakże charakter prawny i cel takich gwarancji należy uznać za tożsamy, przy czym w zasadzie jedyną różnicą pomiędzy obiema gwarancjami odnosi się do podmiotów, które je wystawiają, zatem rozważania dotyczące gwarancji ubezpieczeniowej można zastosować także do gwarancji bankowej. W orzeczeniu tym wskazano, że *należy zgodzić się z Prezesem Urzędu Zamówień Publicznych, że Sąd Okręgowy błędnie ocenił, iż obciążające wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia obowiązki, które zabezpiecza wadium, nie mają charakteru solidarnego. Wniosku takiego nie uzasadnia brak wyraźnej regulacji ustawowej w tym względzie ani rozumowanie a contrario na podstawie art. 141 p.z.p. Decydujące znaczenie ma natomiast stwierdzenie, że przedmiotem obowiązków, których naruszenie uzasadnia zatrzymanie wadium (art. 46 ust. 4a i 5 p.z.p.), są świadczenia niepodzielne. Także bowiem wtedy, gdy wykonawcy ubiegają się o udzielenie zamówienia wspólnie, zamówienie jest jedno, jedna (wspólna) jest składana przez nich oferta i jako wspólne powinny być postrzegane wszelkie obowiązki związane z jej złożeniem oraz wadium. Jedynie częściowe wykonanie tych obowiązków - ich wykonanie przez poszczególnych wykonawców w odniesieniu do nich samych, bez ich wykonania przez pozostałych - nie ma żadnej wartości dla Zamawiającego, nie umożliwia bowiem wyboru oferty ani zawarcia umowy. Dlatego też należy uznać, zgodnie z art. 380 § 1 k.c., że wykonawcy ubiegający się wspólnie o udzielenie zamówienia ponoszą solidarną odpowiedzialność za ich wykonanie. In casu oznacza to, że w razie niewykonania któregośkolwiek z obowiązków przez R. sp. z o.o. odpowiedzialność z tego tytułu ponosiłby także P.B.(...) S.A. W przypadku wniesienia wadium w pieniądzu wyrażałoby się to w tym, że Zamawiający miałby podstawę do jego zatrzymania w całości, choćby bezpośrednią przyczyną zatrzymania były tylko zaniechania R. sp. z o.o.*

Jeżeli wadium wniesione zostało w formie gwarancji ubezpieczeniowej, o przesłankach jego realizacji decyduje - jak wyjaśniono - treść gwarancji. W sytuacji, w której jako dłużnika (zleceńdawcę, dostawcę, wykonawcę, oferenta) zobowiązanego do zaspokojenia zabezpieczonego roszczenia wskazano w gwarancji jedynie jednego z wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia, a wskazane w gwarancji przyczyny uzasadniające żądanie zapłaty pokrywają się z wymienionymi w art. 46 ust. 4a i 5 p.z.p., decydujące znaczenie dla oceny, czy wadium wniesiono prawidłowo, powinna mieć wykładnia zastrzeżenia „z przyczyn leżących po jego stronie” (por. art. 46 ust. 4a i ust. 5 pkt 3 p.z.p.). Rozważenia wymaga – w świetle czynników wskazanych w art. 65 k.c. (zwłaszcza ustalonych zwyczajów, praktyki ubezpieczeniowej) - czy określenie to obejmuje sytuacje, w których przyczyna uzasadniająca zatrzymanie wadium tkwi wprawdzie bezpośrednio w zaniechaniu wykonawcy pominiełego w gwarancji, jednakże wykonawca w niej wymieniony

również ponosi za to zaniechanie odpowiedzialność. Inaczej mówiąc, wymaga rozstrzygnięcia, czy pojęcie „z przyczyn leżących po jego stronie” może być utożsamione z pojęciem „z przyczyn, za które odpowiada”. Ma to także znaczenie dla dopuszczalności złożenia przez beneficjenta stosownego oświadczenia o tym, że zaistniały przyczyny aktualizujące zobowiązanie gwaranta - także wtedy, gdy przyczyna uzasadniająca zatrzymanie wadium tkwi bezpośrednio w zaniechaniu wykonawcy pominiętego w gwarancji - a tym samym spełnienia formalnej przesłanki zapłaty.

W razie odpowiedzi pozytywnej – z zastrzeżeniem ewentualnych, odmiennych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia - wniesienie wadium w formie takiej gwarancji ubezpieczeniowej należałoby uznać za prawidłowe i skuteczne. Ewentualne skutki niepoinformowania gwaranta o tym, że wykonawca wskazany w gwarancji jako dłużnik (zleceniodawca, oferent itp.) był jedynie liderem konsorcjum (jednym z wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia), a nie wyłącznym wykonawcą, mogłyby wpływać tylko na stosunek zlecenia gwarancji i w żaden sposób nie oddziaływałyby na skuteczność nieakcesoryjnego zobowiązania gwaranta.

W związku z powyższą argumentacją należy wskazać, że niezależnie od całej dyskusji jaką wywołał przedmiotowy wyrok oraz znaczenia dla orzecznictwa zapadłego po jego wydaniu, Sąd Najwyższy w przedmiotowym orzeczeniu przesądził, iż solidarna odpowiedzialność wykonawców składających wspólnie ofertę rozciąga się nie tylko na etap realizacji zamówienia, ale dotyczy również zobowiązań powstałych w trakcie trwania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ponadto Sąd Najwyższy zwrócił uwagę, że gwarancja powinna podlegać wykładni na podstawie dyrektyw wskazanych w art. 65 k.c.

W związku z powyższym nie można z góry zakładać, że każde wadium ustanowione w postaci gwarancji przez jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, niewskazujące w swej treści pozostałych wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, jest wadliwe. Ocena w tym zakresie winna być dokonywana w sposób zindywidualizowany, tj. z uwzględnieniem okoliczności faktycznych danej sprawy.

W przedmiotowej sprawie skład orzekający z pełnym przekonaniem zaaprobował argumentację zaprezentowaną w wyroku z 31 października 2019 r. o sygn. akt 2093/19, w którym wskazano, iż Izba podziela stanowisko prezentowane w orzecznictwie, że z uwagi na abstrakcyjny i samoistny charakter gwarancji, ubezpieczyciel (gwarant) nie może przedstawiać wierzycielowi (beneficjentowi) zarzutów ze stosunku podstawowego, a tym samym w stosunku wewnętrznym gwarant nie jest zobligowany lub upoważniony do badania merytorycznej zasadności zgłoszonego roszczenia przez beneficjenta gwarancji. W konsekwencji zatem, wobec jednoznacznego określenia przedmiotu zamówienia, podmiotu zamawiającego będącego beneficjentem gwarancji, wykonawcy, który w postępowaniu złożył ofertę (fakt złożenia jej wspólnie z drugim wykonawcą nie odbiera mu przymiotu wykonawcy) powoduje, że niezależnie od tego, po stronie którego z konsorcjantów ziszcza się przesłanki z art. 46 ust. 4a i 5 Pzp, gwarant będzie zobowiązany do wypłaty kwoty zabezpieczenia uwidocznionej w dokumencie gwarancyjnym. Działania, zaniechania czy cechy jednego wykonawcy wywierają bowiem skutki prawne względem wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia wspólnie i względem ich wspólnej oferty oraz jej zabezpieczeń (patrz: wyrok KIO z dnia 25 marca 2019 r. sygn. akt KIO 392/09). Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 15 lutego 2018 r., sygn. IV CSK 86/17 orzekł, iż obowiązki obciążające wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, które zabezpiecza wadium, mają charakter solidarny, a tym samym gwarancja ubezpieczeniowa wystawiona tylko na lidera konsorcjum w sposób prawidłowy zabezpiecza interesy Zamawiającego. Ewentualne skutki niepoinformowania gwaranta o tym, że wykonawca wskazany w gwarancji jako dłużnik (zleceniodawca, oferent itp.) był jedynie liderem konsorcjum (jednym z wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia) a nie wyłącznym wykonawcą mogłaby wpływać tylko na stosunek zlecenia gwarancji i w żaden sposób nie oddziaływałyby na skuteczność nieakcesoryjnego zobowiązania gwaranta. Podkreślić przy tym należy w szczególności, że złożona przez Lidera Konsorcjum gwarancja ubezpieczeniowa czyni zadość także wymogom SIWZ, określonym przez Zamawiającego. Zamawiający przewidywał i dopuszczał sytuację (pkt 18.9 SIWZ), w której wadium będzie wniesione przez jednego lub niektórych członków konsorcjum oraz w imieniu jednego lub niektórych członków konsorcjum. Spełniony został też wymóg formalny postawiony przez Zamawiającego dotyczący oświadczenia w imieniu jakich podmiotów gwarancja jest wnoszona, fakt ten wynika jednoznacznie z treści oświadczenia złożonego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - w formularzu ofertowym. Zauważyć należy, że celem wadium jest zabezpieczenie zapłaty określonej sumy (przez wykonawcę lub podmiot trzeci na rzecz zamawiającego) w okresie związania ofertą. Wadium zabezpiecza roszczenia zamawiającego na wypadek uchylenia się przez wybranego wykonawcę od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Ocena wobec tego, czy złożone przez Konsorcjum ROLLMEX wadium jest prawidłowe, powinna polegać na zbadaniu czy Zamawiający jest w stanie skutecznie zaspokoić swoje roszczenia na podstawie złożonego dokumentu gwarancyjnego i weryfikacji, czy w jego treści zostały zawarte wszystkie wymagane w SIWZ elementy. W ocenie Izby, wadium wniesione przez jednego z wykonawców składających ofertę wspólnie z innymi podmiotami w postępowaniu o udzielenie zamówienia zabezpiecza działania wszystkich podmiotów występujących razem. Przesłanki określone w art. 46 ust. 4a i 5 Pzp odnoszą się do wszystkich wykonawców składających ofertę wspólnie, jak i do każdego z nich z osobna. Gwarancja ubezpieczeniowa jest zobowiązaniem o charakterze abstrakcyjnym, „oderwanym” i niezależnym od jakichkolwiek stosunków prawnych oraz relacji faktycznych, które doprowadziły do powstania tego zobowiązania. Istotne jest to, aby gwarancja prawidłowo wskazywała zamawiającego oraz postępowanie, w jakim wadium jest wnoszone w celu zabezpieczenia roszczeń o wypłatę sumy gwarancyjnej na wypadek wystąpienia zdarzeń opisanych treści gwarancji.

Warto przy tym zwrócić uwagę, że zamawiający nie nakazywał w SIWZ, aby wadium w postaci gwarancji musiało w swej treści wskazywać na wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. W ocenie składu orzekającego przywoływane przez odwołującego postanowienie z części VIII pkt 4 SIWZ nie miało zastosowania do przedmiotowej sytuacji, w której wadium zostało wystawione na jednego wykonawcę, który następnie złożył ofertę wspólnie z innym wykonawcą. W tym zakresie należy mieć na uwadze, wynikającą z powyższych orzeczeń, solidarną odpowiedzialność wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia dla zobowiązań powstałych na etapie składania oferty oraz treść postanowienia z części VIII pkt 9 SIWZ, które wyraźnie odnosiło się do wadium składanego w formie gwarancji i nie nakładało na wykonawcę obowiązku wskazywania w swej treści wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Ponadto gwarancja złożona w postępowaniu przez przystępującego opiewała na kwotę wymaganą przez zamawiającego, spełniała pozostałe wymagania określone w SIWZ tj. została wystawiona na Gminę Bytom reprezentowaną przez Prezydenta z siedzibą w Urzędzie Miejskim w Bytomiu, zawierała w swej treści oświadczenie gwaranta (poręczyciela), w którym zobowiązał się on do bezwarunkowej wypłaty kwoty wadium na pierwsze żądanie zamawiającego w przypadku zaistnienia co najmniej jednej z przesłanek wymienionych w art. 46 ust. 4a i 5 Pzp, posiadała okres ważności nie krótszy niż okres związania ofertą oraz zawierała informację, jakiego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dotyczy.

W przedmiotowej sprawie z jednej strony należy zwrócić uwagę na przepisy dotyczące wadium i wynikające z nich

orzecznictwo w tym zakresie, które podkreśla pewność jaką powinien mieć zamawiający w zaspokojeniu swojej wiarytelności powstałej w wyniku zatrzymania wadium. Z drugiej strony brak wadium lub nieprawidłowe jego wniesienie skutkiem odrzuceniem niezabezpieczonej lub nieprawidłowo zabezpieczonej oferty. Czynność odrzucenia oferty nie może opierać się wyłącznie na abstrakcyjnych i niepotwierdzonych wątpliwościach zamawiającego. W okolicznościach przedmiotowej sprawy zamawiający nie miał wątpliwości co do wadium zabezpieczającego ofertę Konsorcjum. Wątpliwości w tym zakresie wynikały z odwołania. Mając na uwadze kontrydiktoryjny charakter postępowania przed Izba, odwołujący nie powinien skupiać się głównie na nieskonkretyzowanych wątpliwościach co do możliwości niezrealizowania gwarancji w związku z zatrzymaniem wadium, ale powinien także udowodnić jak te wątpliwości mogą realnie doprowadzić do niemożliwości zaspokojenia zamawiającego w związku z zatrzymaniem wadium. Odwołujący nie wskazywał jakie konkretnie działania członka konsorcjum nieujawnionego w treści gwarancji mogłyby spowodować niemożność uruchomienia takiej gwarancji. Ponadto odwołujący nie złożył żadnego dowodu, który pozwoliłby na przyjęcie, że na rynku bankowym, ubezpieczeniowym lub podmiotów wystawiających gwarancje zabezpieczające oferty składane w postępowaniach przetargowych funkcjonuje praktyka lub chociaż prawdopodobieństwo jej zaistnienia, prowadząca do niezrealizowania gwarancji z tego tylko powodu, że nie wymienia w swojej treści wszystkich członków wchodzących w skład konsorcjum, które złożyło ofertę w postępowaniu, przy założeniu, że pozostałe wymogi dotyczące wadium wynikające z Pzp jak i z SIWZ zostały spełnione. Tymczasem przystępujący złożył dowody w postaci umowy konsorcjum oraz oświadczenia gwaranta, które w ustalonym stanie sprawy tym bardziej potwierdzały słuszność decyzji zamawiającego. Skład orzekający nie potraktował ww. dokumentów jako uzupełnienie, wyjaśnienie lub konwalidowanie wadium wniesionego przez Konsorcjum. Izba uznała przedmiotowe dokumenty jako dowody złożone w związku z prowadzonym postępowaniem odwoławczym w celu poparcia stanowiska uczestnika postępowania, które wobec bierności odwołującego w tym zakresie, miały charakter pomocniczy dla prezentowanej argumentacji. W związku z powyższym Izba uznała, że oferta przystępującego była prawidłowo zabezpieczona wadium i oddaliła zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 7b) w zw. z art. 23 ust. 1 i 3 w zw. z art. 45 ust. 6 pkt 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp.

Przechodząc do trzeciej grupy zarzutów dotyczących spełnienia przez Konsorcjum warunku udziału w postępowaniu wskazanego w części V pkt 4 ppkt 1) SIWZ, Izba przede wszystkim uznała, że przywoływany przez odwołującego fragment SIWZ wskazujący, iż w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ww. warunek zostanie spełniony jeżeli, co najmniej jeden z wykonawców potwierdzi spełnienie warunku w całości należało rozumieć funkcjonalnie, jako wykluczające „składanie” się na spełnienie warunku doświadczenia w wykonaniu usługi o określonym zakresie lub wielkości przez wielu wykonawców realizujących, mniejsze usługi w ramach różnych stosunków umownych, a następnie składających wspólnie ofertę w przedmiotowym postępowaniu. W przypadku wykonawców tworzących Konsorcjum przystępującego i razem składających ofertę nie miało miejsca oddzielne wykonywanie usług, ponieważ obaj wykonawcy razem wykonali referencyjne usługi, a nabyte przy nich doświadczenie odpowiadało warunkowi udziału w postępowaniu. Ww. wymaganie SIWZ należy odnosić do konsorcjum, które nie ma wspólnego doświadczenia. W takim przypadku „co najmniej” jeden z wykonawców winien dysponować doświadczeniem odpowiadającym wymaganiom SIWZ. Natomiast przy składaniu oferty przez Konsorcjum, w takiej konfiguracji, w jakiej nabywali swoje doświadczenie, należy uznać, iż obaj potwierdzają spełnienie warunku i dysponują stosownym doświadczeniem. Na przedmiotową okoliczność zwracał uwagę przystępujący w swoich wyjaśnieniach z dnia 4 listopada 2020 r. złożonych w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego skierowane w trybie art. 26 ust. 4 Pzp.

Jeśli przyjąć pismo zamawiającego z 30 października 2020 r., stanowiące wezwanie przystępującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp, jako przejaw wątpliwości zamawiającego wobec spełnienia przez Konsorcjum warunku udziału w postępowaniu wskazanego w części V pkt 4 ppkt 1) SIWZ, to w dalszej kolejności należy przyjąć, że przystępujący rozwiał wątpliwości zamawiającego przez złożenie wyjaśnień, ponieważ zamawiający nie wykluczył przystępującego z postępowania w związku z niespełnieniem tego warunku.

Stosownie do podstawowej zasady wynikającej z art. 6 k.c., znajdującej swe odzwierciedlenie w art. 190 ust. 1 Pzp, ciężar dowodu w zakresie okoliczności faktycznych spoczywa na tym, kto ze swoich twierdzeń wywodzi skutek prawny. W tym wypadku ciężar dowodu w zakresie wykazania, że wyjaśnienia przystępującego z 4 listopada 2020 r. nie mogły rozwiać wątpliwości zamawiającego spoczywał na odwołującym. Tymczasem odwołujący pozostał w tym zakresie bierny, ograniczając się do niepopartych żadnymi dowodami twierdzeń wskazujących, że przystępujący nie spełnił postawionego w SIWZ warunku.

Warto przy tym wskazać, że złożone przez Konsorcjum poświadczenie dotyczące ww. warunku, wystawione przez Prezydenta Miasta Zabrze, nie zawierało potwierdzenia wszystkich wymogów składających się na postawiony warunek. Jednakże zgodnie z dość utrwalonym i jednolitym orzecznictwem Izby, istota referencji sprowadza się do potwierdzenia, iż usługa, dostawa lub roboty budowlane wskazane w wykazie zostały wykonane należycie. Referencje nie muszą być wystawiane na potrzeby danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i często w praktyce nie są, a zatem ich treść nie musi w pełni odpowiadać treści postawionego warunku udziału w postępowaniu (zob. wyrok z 26 września 2018 r. sygn. akt KIO 1756/18).

W stanie przedmiotowej sprawy odwołujący, chcąc skutecznie dla niego popierać przedmiotowy zarzut, powinien podważyć treść wykazu, poświadczenia (referencji) oraz wyjaśnień z 4 listopada 2020 r. złożonych przez przystępującego dla wykazania spełnienia warunku, przez złożenie stosownych dowodów i wskazując na wynikające z nich okoliczności. Stanowisko odwołującego pozostało jednak gołosłowne, a ponadto odwołujący nie podniósł zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 Pzp, zatem należy przyjąć, że nie kwestionował prawdziwości złożonych przez przystępującego oświadczeń i dokumentów w zakresie spełnienia przedmiotowego warunku.

Izba pominęła przy tym dowody złożone przez przystępującego na rozprawie odnośnie tej grupy zarzutów. Wobec powyższych ustaleń przedmiotowe dowody nie miały znaczenia dla rozstrzygnięcia.

W związku z powyższym Izba oddaliła zarzuty naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12) w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3) oraz art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz udzielenie temu wykonawcy niniejszego zamówienia publicznego, art. 91 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp przez wybór oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej w postępowaniu, pomimo że oferta najkorzystniejsza została wniesiona przez wykonawcę, który powinien podlegać wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp oraz art. 91 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 1, art. 24 ust. 1 pkt 12) Pzp oraz § 2 ust. 6 rozporządzenia, przez zaniechanie przewidzianych przepisami prawa czynności w zakresie prawidłowej oceny ofert, w tym bezpodstawne ustalenie faktu wykonania przez członka Konsorcjum MPGK sp. z o.o. usługi odbioru odpadów komunalnych realizowanej od co najmniej 50 000 mieszkańców w sposób ciągły przez okres 12 miesięcy w ramach konsorcjum dla Gminy Zabrze, w szczególności przez zaniechanie uzyskania dodatkowych wyjaśnień bezpośrednio od Gminy Zabrze w zakresie

dokumentów złożonych na potwierdzenie spełniania przez Konsorcjum warunków udziału w postępowaniu określonych w rozdziale V punkt 4 ppkt 1) SIWZ.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp tj. stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972), zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez odwołującego.

Przewodniczący:.....